



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

BANQUE DES MEMOIRES

Master de Droit public approfondi
Dirigé par M. le Professeur Guillaume Drago
2018

***La théorie de l'imprévision dans les
contrats de concession de service
public***

Une approche comparée entre la France et le Brésil

Auteur Leticia Chaves Freitas Barbosa

Sous la direction de M. le Professeur Thomas Perroud



**LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION DANS LES
CONTRATS DE CONCESSION DE SERVICE PUBLIC**
Une approche comparée entre la France et le Brésil

Leticia CHAVES FREITAS BARBOSA

Mémoire de droit public approfondi sous la direction du Professeur Thomas Perroud

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier les professeurs Thomas Perroud et Fernando Dias Menezes de Almeida pour ses grandes disponibilités et ses conseils judicieux, et à Pascal et Martine Guillon, pour la révision de mon mémoire.

SOMMAIRE

INTRODUCTION

PARTIE I. UNE THÉORIE À L'ORIGINE COMMUNE

CHAPITRE 1. La genèse de la théorie de l'imprévision en droit des contrats de concession de service public français

SECTION 1. Une création prétorienne : l'arrêt *Compagnie Générale d'Éclairage de Bordeaux* de 1916 du Conseil d'État

A. L'arrêt du Conseil d'État de 1916

B. La consolidation de la théorie de l'imprévision en droit français

SECTION 2. La consécration de la théorie en droit administratif interne

A. La Loi *Failliot*

B. La Directive Concessions de 2014 et l'incorporation du droit européen

C. Le Code de la commande publique de 2019

CHAPITRE 2. La réception de la théorie de l'imprévision en droit des contrats de concession de service public brésilien

SECTION 1. La création du droit administratif brésilien à l'image du droit administratif français

A. Le droit français : une source d'inspiration majeure

B. Les particularités brésiliennes relatives à la théorie générale des contrats administratifs

SECTION 2. La jurisprudence du Conseil d'État comme source de la théorie de l'imprévision au Brésil

A. L'accueil de la théorie par la doctrine administrativiste brésilienne et le droit positif

B. L'accueil de la théorie par les tribunaux

PARTIE II. UN DÉVELOPPEMENT DIVERGENT

CHAPITRE 1. Des effets d'une portée hétéroclite

SECTION 1. Les effets de l'application de la théorie de l'imprévision en France

- A. Les conditions d'application : une applicabilité limitée aux circonstances vraiment imprévisibles
 - a) Condition relative à la nature des contrats conclus par l'Administration
 - b) Condition relative aux événements qui surviennent
 - c) Condition relative au bouleversement dans le contrat
- B. Les conséquences moins favorables en France
 - a) Les conséquences *in concreto* de la théorie de l'imprévision
 - b) Les enseignements qui peuvent en être retirés

SECTION 2. Des effets beaucoup plus étendus au Brésil

- A. Les conditions d'application : une applicabilité étendue aux circonstances prévisibles, mais aux conséquences incalculables
 - a) L'imprévisibilité assouplie
 - b) L'extériorité
 - c) Le déséquilibre de l'économie du contrat
- B. Les conséquences plus favorables au Brésil

CHAPITRE 2. Des fondements juridiques différents

SECTION 1. La justification majeure en France : la continuité du service public

- A. La continuité du service public comme justification majeure
 - a) Le principe de continuité de service public en droit interne
 - b) La continuité du service public comme fondement majeur de la théorie de l'imprévision
- B. D'autres arguments secondaires

SECTION 2. La justification majeure au Brésil : le droit de propriété

- A. Le droit de propriété comme justification majeure
- B. D'autres arguments secondaires

CONCLUSION

BIBLIOGRAPHIE

DÉCISIONS CITÉES

INTRODUCTION

Systematisée pour la première fois par le Conseil d'État à l'occasion de la Première Guerre Mondiale dans l'arrêt CE, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, du 30 mars 1916, la théorie de l'imprévision avait vocation à gérer une situation extrême, censée demeurer provisoire, comme l'a souligné Ludivine Clouzot. La mise à jour d'un tel instrument répondait, continue l'auteur, à la « *volonté de préserver une certaine stabilité dans l'exécution contractuelle et par là même, selon une position doctrinale traditionnelle, la continuité du service public* »¹. En effet, dans un contexte social, juridique, économique et institutionnel aussi profondément troublé, l'équilibre des conventions conclues pour une longue durée se trouvait bouleversé, rendant trop lourde l'exécution du service public par les concessionnaires. C'est ainsi que la théorie de l'imprévision en France a été érigée dans l'optique d'aider le cocontractant de l'administration à poursuivre l'exécution de la convention malgré la survenance d'un événement *imprévisible, extérieur* et de nature à *bouleverser l'économie du contrat* en lui permettant d'obtenir une indemnité destinée à compenser les charges extracontractuelles apparues lors de l'exécution du contrat².

L'histoire de la théorie de l'imprévision se confond avec celle de la clause *rebus sic stantibus*³, dont elle est le précurseur. Cette clause signifie, en droit des obligations, que « les choses demeurent en l'état », et elle implique que les parties d'un contrat quelconque soient tenues par leurs engagements sous condition d'une certaine stabilité des circonstances de fait qui cadrent un contrat.⁴ L'idée inhérente à ladite clause était d'atténuer les effets préjudiciables résultant de l'exécution d'un contrat de longue durée lorsque les conditions existantes à la formation de l'accord ne sont plus maintenues.

La théorie de l'imprévision existerait en droit écrit depuis au moins 2700 ans à travers l'article 48 du Code d'*Hammourabi*, texte juridique babylonien qui est à ce jour le plus

¹ CLOUZOT, Ludivine. *La théorie de l'imprévision en droit des contrats administratifs : une improbable désuétude*. RFDA, p. 937, 2010.

² CLOUZOT, Ludivine. *La théorie de l'imprévision en droit des contrats administratifs : une improbable désuétude*. RFDA, p. 937, 2010.

³ Abréviation de la formule latine « *contractus qui habent tractum succesivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur* »

⁴ Cf. site internet <https://actu.dalloz-etudiant.fr/le-saviez-vous/article/quest-ce-quune-clause-rebus-sic-stantibus/h/bae1a713a2220be0ab71c5d1ac3533b5.html>.

complet des codes de lois connus de la Mésopotamie antique⁵, selon lequel : « *Quiconque est débiteur d'un emprunt, et qu'un orage couche le grain, ou que la récolte échoue, ou que le grain ne pousse pas faute d'eau, n'a besoin de donner aucun grain au créancier cette année-là, il efface la tablette de la dette dans l'eau et ne paye pas d'intérêt pour cette année* »⁶. D'autres auteurs, pour ne pas commettre d'anachronismes, affirment que la formulation de la clause *rebus sic stantibus* remonte au droit canon à travers l'action des glossateurs des XIV^e au XVI^e siècles⁷.

§1. Clause *rebus sic stantibus*, *pacta sunt servanda* et théorie de l'imprévision

La clause *rebus sic stantibus* a été créée en contradiction avec le principe selon lequel les conventions doivent être respectées, du latin *pacta sunt servanda*, déterminant que les parties sont liées aux contrats conclus et qu'à ce titre elles ne sauraient déroger aux obligations issues de cet accord de volontés. C'est ainsi que le principe *pacta sunt servanda* a orienté la nécessité de préserver le contrat aussi bien que le respect fidèle des obligations contractuellement définies par les parties. Face à une conception individualiste du droit et l'attribution d'un sens absolu à l'autonomie des volontés, la clause *rebus sic stantibus* est tombée en désuétude.

Cependant, les français ont très vite compris que le respect de la force obligatoire des contrats, matérialisée par le principe *pacta sunt servanda*, ne pouvait pas être aveugle et littéral car la survenance de changements abrupts de circonstances de fait, économique et sociale, dans lesquelles le contrat a été conclu peut entraîner des déséquilibres disproportionnés dont le droit doit tenir compte. Maurice Hauriou a montré que la crise financière du début du XX^{ème} siècle a fait apparaître, en Droit administratif français, la

⁵ Tel est le cas, par exemple, de Vânia da Cunha Bruno, en citant le juriste privatiste brésilien J. M. Othon Sidou. Cf. BRUNO, Vânia da Cunha. *A Teoria da Imprevisão nos Contratos Administrativos*. In: Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo, dez. 1990, n° 34, pp. 125-132.

⁶ Cf. site internet <http://www.wikistrike.com/article-traduction-en-fran-ais-du-code-d-hammurabi-66925501.html>.

⁷ « *Atribui-se aos canonistas e aos glosadores dos séculos XIV a XVI a formulação da cláusula rebus sic stantibus em contraposição ao princípio pacta sunt servanda, segundo o qual sempre se deveria respeitar o contrato firmado entre as partes, quaisquer que fossem os fatos ocorridos posteriormente. Os criadores daquela cláusula buscavam minorar os efeitos danosos da execução dos contratos que gerassem obrigações sucessivas e a termo, quando as condições contemporâneas à formação do vínculo contratual já estariam completamente modificadas* ». Cf. CUNHA, Thadeu Andrade da. *A Teoria da Imprevisão e os Contratos Administrativos*. In : Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 201 : pp. 35-44, jul./sept. 1995.

version moderne de la clause *rebus sic stantibus*.⁸ Ce mouvement commença avec les arrêts du Conseil d'État *Compagnie Générale Française des Tramways* du 21 mars 1910, qui a consacré le principe de mutabilité du contrat administratif et le principe de l'équation financière du contrat et celui de 1916, *Compagnie Générale d'Éclairage de Bordeaux*, précité, qui consacre expressément la théorie de l'imprévision.

Nous partageons l'avis du juriste brésilien Thadeu Andrade da Cunha quand il affirme que les théories de l'imprévision, du fait du Prince et de la force majeure⁹ sont « *la conclusion d'un procès évolutif initié historiquement par la clause rebus sic stantibus* »¹⁰.

⁸ HAURIUO, Maurice. *La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*. Librairie du Recueil Sirey, Paris, 1920.

⁹ Une autre question qui mérite d'être soulevée est celle de la différenciation entre le concept d'imprévision et les autres notions juridiques relatives aux faits nouveaux, c'est-à-dire la force majeure et le fait du Prince. Alors qu'en France cette différence est clairement établie, en droit brésilien la différence est très floue. En application de la théorie de l'imprévision en droit français, comme on verra par la suite, le concessionnaire de service public a droit à l'indemnisation par la puissance publique du surcroît de charges que fait peser, temporairement, sur la fourniture normale du service, l'intervention d'événements extracontractuels. Ces événements doivent cumuler trois caractéristiques successives : l'imprévisibilité, l'extériorité et le bouleversement temporaire de l'économie du contrat. Si, au contraire, ces événements sont dus à l'action non fautive de la collectivité publique, s'ouvre alors un régime distinct de compensation, sur le fondement du *fait du Prince*. Par ses décisions licites, mais prises en une qualité autre que celle de partie du contrat, la collectivité publique contractante, ou une autre personne publique, modifie l'équilibre du contrat initial. Cette modification ne procède donc pas du pouvoir général de direction du service qui appartient à l'administration. Elle résulte plutôt de la modification de l'environnement juridique général du contrat. De l'autre côté, si les événements remettent en cause l'« économie du contrat » sont de nature à entraîner une impossibilité totale de l'exécuter – auquel dernier cas, ces événements seraient qualifiés « d'irrésistibles », le contrat serait interrompu pour raison de *force majeure*. Au Brésil, par contre, ces définitions ne sont pas si faciles d'être uniformément dégagées. Par exemple, parmi quelques auteurs on trouve ceux qui disent que la force majeure et fait du Prince font partie de la théorie de l'imprévision en tant qu'aléa extraordinaire économique, comme si celle-ci était une catégorie comprenant d'autres deux sous catégories.⁹ Pour d'autres auteurs comme Thadeu Andrade da Cunha, la différence entre fait du Prince et imprévision c'est que le premier dérive d'une prérogative publique représentée par un acte de l'Administration qui aura des réflexes sur les obligations du cocontractant, tandis que dans la théorie de l'imprévision l'événement est imprévu et par le pouvoir public et par le cocontractant privé. Ou encore, pour le juriste brésilien Alexandre Santos de Aragão, le fait du Prince est une détermination générale et imprévisible, juridique ou matérielle, parfaitement légitime, de l'Administration cocontractante ; il s'agit d'une mesure étatique générale qui affecte le contrat d'une manière reflexe. Pour lui, l'Administration cocontractante doit être l'auteur de cette mesure générale, car lorsqu'il s'agit d'une autre personne publique c'est la théorie de l'imprévision qui devra être appliquée.⁹ Quelques auteurs soutiennent au moins une définition de la force majeure semblable à celle retenue en France, c'est-à-dire, que tandis que la théorie de l'imprévision n'empêche pas l'exécution du contrat et peut servir de base légale pour sa modification, dans les cas de force majeure il y a une impossibilité absolue de continuer l'exécution contractuelle, la rescision de l'instrument étant la seule solution possible. Il est intéressant de noter, néanmoins, qu'une grande différence entre les deux pays demeure : si en France la théorie de l'imprévision ne peut jamais être à l'origine de la rescision du contrat, au Brésil sa caractérisation peut donner lieu à l'un des deux effets – la modification du contrat ou sa rescision, comme l'on verra par la suite.

Cependant, le délicat équilibre entre le principe *pacta sunt servanda* et la clause *rebus sic stantibus* soulève des questions qui demeurent tout à fait intéressantes en ce qui concerne le rapport entre droit privé et droit public, notamment en ce qui concerne l'inclusion des contrats administratifs dans un contexte plus ample de la théorie générale des contrats.

Par contrat, il faut entendre un « accord de volonté destiné à produire des effets en droit »¹¹. Cette définition importe car, bien que présentant diverses caractéristiques spéciales, le contrat administratif – et *a fortiori* le contrat de concession de service public – demeure d'abord et avant tout une espèce du genre des contrats¹². De ce fait, quelques principes généraux s'appliquent à toutes les espèces contractuelles, qu'elles soient de droit administratif ou de droit civil. C'est le cas, dans une certaine mesure, du principe de la force obligatoire des contrats. Comme le souligne le professeur Pierre Delvolvé, ce principe est sans doute le plus important en droit civil et le plus délicat pour le droit administratif¹³.

Ce n'est pas le lieu ici de reprendre toute la théorie de la force obligatoire des contrats administratifs. Il convient néanmoins de rappeler le raisonnement par lequel le Conseil d'État commence l'arrêt *Gaz de Bordeaux* de 1916 : « en principe le contrat de concession règle de façon définitive, jusqu'à son expiration, les obligations respectives du concessionnaire et du concédant »¹⁴. Or, ce n'est rien d'autre que la consécration du principe *pacta sunt servanda* pour les contrats de concession de service public – sachant que cette formule vaut pour tous les contrats administratifs. Ayant toujours ce principe en tête, le Conseil d'État va poursuivre son raisonnement pour effectuer les aménagements dus aux circonstances imprévisibles qui sont intervenues, comme on le verra plus en détail par la suite. Ce qui nous importe pour le moment c'est uniquement le constat que, même en faisant partie de la généralité des contrats, le contrat administratif garde des particularités fondamentales vis-à-vis du contrat de droit privé, qui imposent des aménagements importants au principe de la force obligatoire De ce

¹⁰ « A Teoria da Imprevisão é a conclusão do processo evolutivo iniciado pela cláusula rebus sic stantibus ». Cf. CUNHA, Thadeu Andrade da. *A Teoria da Imprevisão e os Contratos Administrativos*. In : Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 201 : pp. 35-44, jul./sept. 1995.

¹¹ Sur ce critère de l'accord de volonté pour définir les contrats administratifs v. G. Dupuis, *Définition de l'acte unilatéral*. In: Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann, Cujas, 1975, p. 205.

¹² CE Sect., 11 février 1972, *OPHLM du Calvados et Caisse franco-néerlandaise du cautionnement*, concl. G. Guillaume qui résume la pensée du Conseil d'État : « Un contrat administratif, comme tout contrat, suppose d'existence et la rencontre de deux consentements ».

¹³ DELVOLVÉ, Pierre. *Les nouvelles dispositions du Code Civil et le Droit administratif*. RFDA, p. 613, 2016.

¹⁴ Considérant n° 2 de l'arrêt du CE, *Compagnie générale d'Éclairage de Bordeaux*, 1916 : « Considérant qu'en principe le contrat de concession règle d'une façon définitive, jusqu'à son expiration, les obligations respectives du concessionnaire et du concédant ».

fait, « si normalement le contrat administratif est « la loi des parties » en droit administratif comme en droit civil, l'un permet des changements que ne connaît pas l'autre ».¹⁵

Par une « *délicate alchimie* », pour utiliser l'expression de Julien Antoine, le Conseil d'État a su concilier le principe de la force obligatoire des contrats administratifs, nécessaire à sa pérennité, avec l'adaptabilité du contrat aux événements le bouleversant. La théorie de l'imprévision témoigne en ce sens.¹⁶ Or, avec la décision *Gaz de Bordeaux* de 1916 la Haute juridiction n'a pas remis en cause la force obligatoire du contrat et l'obligation impérative qui pèse sur le concessionnaire de poursuivre l'exécution du service public. Elle a néanmoins « *tempéré les effets de la règle en admettant, selon des conditions strictes, que l'administration cocontractante participe aux pertes subies par le titulaire sous la forme d'une indemnité* ».¹⁷

Dans cette mesure, le même système juridique qui impose le respect des accords de volonté librement formés consacre des mécanismes pour comptabiliser l'exécution des engagements pris lors de la conclusion d'un contrat en vertu du changement des circonstances de fait qui atteignent son exécution.

C'est ainsi que la réflexion relative à l'adoption de la théorie de l'imprévision en droit positif met en lumière un conflit apparent entre la sécurité juridique et la justice commutative, entre *pacta sunt servanda*¹⁸ et *rebus sic stantibus*. Certes, nul ne peut discuter l'importance de la stabilité, de la prévisibilité et, par conséquent, de la force obligatoire des conventions, pour assurer la sécurité juridique des rapports contractuels.¹⁹ Toutefois, nous concordons avec Séverain Abbattucci, Bertrand Sablier et Vincent Sablier lorsqu'ils affirment que la recherche d'une intangibilité à tout prix du contrat, reposant sur le dogme de l'autonomie de la volonté, n'est pas toujours porteuse de sécurité juridique ; bien plus que cela, « *la*

¹⁵ DELVOLVÉ, Pierre. *Les nouvelles dispositions du Code Civil et le Droit administratif*. RFDA, p. 613, 2016.

¹⁶ ANTOINE, Julien. *La mutabilité contractuelle née des faits nouveaux extérieurs aux parties. Analyse comparée entre droit des contrats administratifs et droit privé des obligations*. RFDA, p. 80, 2004

¹⁷ ABBATUCCI, Séverain ; SABLIER, Bertrand ; SABLIER, Vincent. *Crise de l'acier : le retour de l'imprévision dans les marchés de travaux*. AJDA, p. 2192, 2004.

¹⁸ Depuis la décision du Conseil constitutionnel dite *Maastricht I* du 9 avril 1992¹⁸, ce principe a désormais acquis une valeur constitutionnelle. En droit positif, ce principe se trouve inscrit aujourd'hui dans l'article 1.103 du Code civil français, selon lequel : « *les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont fait* ».

¹⁹ PRADO, Mauricio Almeida. *Regards croisés sur les projets de règles relatifs à la théorie de l'imprévision en Europe*. In: *Revue internationale de droit comparé*, vol. 62, n° 4, 2010, pp. 863-894

*consécration d'un principe d'intangibilité absolue conduit à des problèmes économiques bien plus importants qu'une adaptabilité sous condition du contrat ».*²⁰

Par conséquent, « *le principe de la force obligatoire des contrats ne saurait devenir source d'insécurité* »²¹, ce qui peut se produire en pratique lorsque l'équilibre contractuel est profondément bouleversé suite à la survenance d'événements imprévisibles. Selon Mauricio Almeida Prado, dans ces situations exceptionnelles, la sécurité juridique n'est alors pas assurée par l'intangibilité totale du contrat, justement parce-que ces circonstances imprévisibles n'ont par définition pas été envisagées par le contrat lui-même.²² Dans ces cas, l'intangibilité contractuelle est inversement au centre du problème. Elle est la source d'insécurité compte tenu du fait que, si on la prend au sens littéral, le contrat doit être exécuté fidèlement alors que le contexte socio-économique qui l'entoure a changé radicalement et a renversé l'équilibre économique établi lors de sa conclusion. En ce sens, nous convenons avec l'auteur lorsqu'il affirme que « *l'intangibilité crée une dissociation radicale entre le texte contractuel et l'équilibre économique à la base du contrat* ».²³

Partant de ce présupposé, si on appréhende *pacta sunt servanda* comme un principe absolu, on se trouve face à une contradiction profonde entre, d'une part, la fonction principale dudit principe, à savoir la sécurité juridique du rapport contractuel, et, d'autre part, son effet concret, « *soit la transformation des contrats commutatifs en contrats aléatoires à partir du faux postulat selon lequel le contrat étant intangible, les cocontractants ont accepté de supporter tous les risques, même imprévisibles, en découlant* ».²⁴

Il est alors évident que dans des circonstances exceptionnelles le droit doit assurer une sécurité juridique substantielle en commandant le rééquilibrage de l'équilibre financier du contrat qui a été atteint.²⁵ Dans l'ordre juridique, les principes *pacta sunt servanda* et *rebus*

²⁰ ABBATUCCI, Séverain ; SABLIER, Bertrand ; SABLIER, Vincent. *Crise de l'acier : le retour de l'imprévision dans les marchés de travaux*. AJDA, p. 2192, 2004.

²¹ PRADO, Mauricio Almeida. *Regards croisés sur les projets de règles relatifs à la théorie de l'imprévision en Europe*. In: Revue internationale de droit comparé, vol. 62, n° 4, 2010, pp. 863-894

²² PRADO, Mauricio Almeida. *Regards croisés sur les projets de règles relatifs à la théorie de l'imprévision en Europe*. In: Revue internationale de droit comparé, vol. 62, n° 4, 2010, pp. 863-894

²³ PRADO, Mauricio Almeida. *Regards croisés sur les projets de règles relatifs à la théorie de l'imprévision en Europe*. In: Revue internationale de droit comparé, vol. 62, n° 4, 2010, pp. 863-894.

²⁴ PRADO, Mauricio Almeida. *Regards croisés sur les projets de règles relatifs à la théorie de l'imprévision en Europe*. In: Revue internationale de droit comparé, vol. 62, n° 4, 2010, pp. 863-894.

²⁵ PRADO, Mauricio Almeida. *Regards croisés sur les projets de règles relatifs à la théorie de l'imprévision en Europe*. In: Revue internationale de droit comparé, vol. 62, n° 4, 2010, pp. 863-894.

sic stantibus, base de l'application de la théorie de l'imprévision dans les contrats en principe antagoniques, opèrent en réalité de façon complémentaire.

Néanmoins, même après cette constatation il est facile de voir dans quelle mesure la théorie de l'imprévision a pu jouer différemment dans le droit privé et dans le droit public, donnant lieu pendant un siècle à une opposition frontale entre la jurisprudence administrative et la jurisprudence judiciaire.²⁶

Tandis que le Conseil d'État consacre la théorie de l'imprévision dans les contrats de concession de service public dès 1916, en obligeant le concédant à verser au concessionnaire une indemnité extracontractuelle en cas de survenance d'un événement imprévisible bouleversant l'économie générale du contrat, dès la même époque²⁷, la Cour de cassation refuse catégoriquement d'appliquer ce principe aux contrats de droit privé avec sa jurisprudence *Canal de Craponne* de 1876²⁸. Selon le juge judiciaire, la clause *rebus sic stantibus* était manifestement écartée par le Code Civil – en vertu de son ancien article 1134²⁹ – au profit du postulat *pacta sunt servanda*, lequel traduit la conception volontariste du contrat de droit privé, issue du dogme de l'autonomie de la volonté³⁰. Hauriou a expliqué ainsi le refus du juge judiciaire de reconnaître l'imprévision : « *La théorie civiliste du contrat est que toutes les éventualités possibles sont censées avoir été prévues par le contractant qui s'engage à une prestation; la théorie administrative, au contraire, est que les contractants ne sont censés avoir prévu que les éventualités habituelles, d'après le droit commun de la vie, lequel s'établit avant tout dans l'état de paix, et qu'ainsi, il y a une marge pour l'imprévision* »³¹. Selon Julien Antoine, le juge judiciaire assimilait le contrat à un texte général et absolu, dont l'intangibilité ne saurait être remise en cause par le temps et les circonstances (sauf cas

²⁶ V. notamment DELVOLVÉ, Pierre. Droit public de l'économie, Dalloz, 1988, coll. Droit public-Science politique, n° 524 ; P. Lecoq, Les grands arrêts contradictoires, Ellipses, 1997, p. 65).

²⁷ Cass. civ., 6 juin 1921, *Bécou c/ Saint-Pé*, D. 1921, 1, p. 73, rapp. A Colin.

²⁸ Cass. civ., 6 mars 1876, DP 1876, I, p. 193, note A. Giboulot.

²⁹ Ancien art. 1134 du Code civil français antérieur à la réforme de 2016 : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise* ».

³⁰ LOUVEAU, André. *Théorie de l'imprévision en droit civil et en droit administratif*. Thèse, Rennes, 1920, p. 44.

³¹ HAURIOU, Maurice. Note sous l'arrêt du Conseil d'Etat, Section, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'électricité de Bordeaux*, requête numéro 59928, rec. p. 125.

Site internet: <https://www.revuegeneraledudroit.eu/blog/2015/03/25/les-consequences-dune-imprevision-dans-un-marche-declairage-au-gaz/>.

de force majeur). Pour ce faire, il se fondait sur le « *respect illimité des effets de la parole donnée, cette conception exclut toute considération d'équité* ». ³²

Pour autant, cette opposition frontale s'est progressivement effacée ³³ en raison d'un mouvement perceptible de rapprochement du droit privé des obligations vers le droit des contrats administratifs. L'apogée de ce processus s'est finalement réalisé avec l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, avec l'introduction dans le Code Civil d'un nouvel article 1195 ³⁴, qui consacre expressément la théorie de l'imprévision aux contrats de droit privé français. Ainsi, admise depuis cent ans en droit administratif, elle trouve sa place un siècle plus tard dans les nouvelles dispositions du Code civil, sans y être pour autant identique ³⁵.

Apparaît ainsi, avec la théorie administrative de l'imprévision, « *une convergence dans l'admission des effets des événements imprévisibles sur le contrat et dans la négociation à laquelle ils doivent conduire les parties* ». Pourtant, des différences subsistent « *notamment quant à la condition du bouleversement de l'économie du contrat, à la compensation pour partie par l'administration contractante de la charge extracontractuelle pesant sur le contractant, et à l'absence de révision du contrat par le juge lui-même* ». ³⁶

Il est très intéressant de noter que, en ce qui concerne le droit brésilien, la théorie de l'imprévision, telle qu'elle a été dégagée par le Conseil d'État français, a été accueillie dès le début par les privatistes aussi bien que par les publicistes. Au Brésil, que ce soit en doctrine ou en jurisprudence, la théorie de l'imprévision a été acceptée en droit privé depuis très longtemps. Dès 1943, le juriste Arnaldo Medeiros Fonseca affirmait que l'imprévision « *vise*

³² ANTOINE, Julien. *La mutabilité contractuelle née des faits nouveaux extérieurs aux parties. Analyse comparée entre droit des contrats administratifs et droit privé des obligations*. RFDA, p. 80, 2004.

³³ Quoi qu'il en soit, la Cour de cassation avait certes depuis lors tempéré sa solution (v., spéc., Com., HS 3 nov. 1992, n° 90-18.547, *Huard*, Bull. civ. IV, n° 338 ; JCP 1993. II. 22164, note G. Virassamy ; Com. 24 nov. 1998, n° 96-18.357, *Chevassus-Marche*, Bull. civ. IV, n° 277).

³⁴ Art. 1195, Code civil : « *Si un changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation du contrat à son cocontractant. Elle continue à exécuter ses obligations durant la renégociation.*

En cas de refus ou d'échec de la renégociation, les parties peuvent convenir de la résolution du contrat, à la date et aux conditions qu'elles déterminent, ou demander d'un commun accord au juge de procéder à son adaptation. A défaut d'accord dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe ».

³⁵ CHÉNEDÉ, François. *Les emprunts au droit privé en matière contractuelle*, AJDA 2009, p. 923.

³⁶ BRAIBANT, Guy; DELVOLVÉ, Pierre; GENEVOIS, Bruno; LONG, Marceau; WEIL, Prosper. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 21^e éd., Dalloz, 2017, pp. 175-183.

à ce que le principe de la force obligatoire du contrat puisse conduire à l'enrichissement sans cause »³⁷. Dans le même sens, l'éminent privatiste brésilien Orlando Gomes a affirmé en 1966 que « l'imprévision est un moyen de relativiser la force obligatoire des contrats »³⁸.

De la même manière lesdites leçons relatives à l'application de la théorie de l'imprévision en droit privé ont été acceptées par la jurisprudence civile. On pourrait citer comme exemple une décision de la 4^{ème} Chambre de Droit Civil de la Cour de Justice de São Paulo (*Tribunal de Justiça de São Paulo*) : « la force obligatoire des contrats ne peut pas être réduite, sauf dans le cas d'une circonstance concrète qui cause, en vertu de son avènement imprévisible, modifie de manière significative la nature des obligations contractés. La théorie de l'imprévision est, en effet, ancrée sur des éléments objectifs. Ainsi, il ne suffit pas que n'importe quel événement se produise, plus fort qu'il soit, pour autoriser la révision du contrat. Une condition essentielle pour que cette théorie puisse être appliquée c'est que le scénario sous lequel le contrat a été conclu ait été bouleversé d'une manière complètement inattendue, en dehors de toute prévision raisonnable »³⁹. Aujourd'hui, la théorie de l'imprévision se trouve expressément inscrite dans notre droit positif à l'article 478 du Code Civil brésilien de 2002⁴⁰.

Le fait que cette jurisprudence relative à la théorie de l'imprévision ait été dégagée sur le fondement d'un contrat de concession de service public n'est absolument pas anodin. En effet, Ludivine Clouzot nous montre qu'au regard du contexte existant derrière l'origine de la théorie de l'imprévision, il est apparu naturel de l'envisager comme intrinsèquement dédiée à

³⁷ « A noção de imprevisão estaria destinada a impedir que o salutar princípio da irretroatividade das convenções pudesse, por sua vez, conduzir a injustos enriquecimentos ». FONSECA, Arnaldo Medeiros da. Caso fortuito e a teoria da imprevisão. Rio de Janeiro: Forense, 1958.

³⁸ « A imprevisão, de fato, é um modo de tonar relativo o poder vinculante do contrato ». Cf. GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

³⁹ « A força do contrato não se reduz, salvo circunstância concreta que geral, pelo inopinado de seu advento, modificação substantiva na natureza das obrigações contratadas. Há, de fato, elementos objetivos que lastreiam a aplicação da teoria da imprevisão. Não basta qualquer fato, por forte que seja, para autorizar que os termos do pacto sejam alterados. Pode-se afirmar, de logo, que é requisito essencial para que tal ocorra, que o cenário sob o qual o contrato foi formado tenha sofrido alteração absolutamente inesperada, fora de toda a cogitação razoável ». TJSP, 4a Câmara de Direito Civil.

⁴⁰ « Art. 478. Dans les contrats échelonnés dans de temps, si la prestation de l'une des parties devenir excessivement onéreuse, avec une extrême avantage pour l'autre partie, en vertu d'évènements extraordinaires et imprévisibles, le débiteur pourra demander la résiliation du contrat. (...) ». « Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. (...) ». Code Civil brésilien de 2002.

la préservation de l'exécution des concessions de service public.⁴¹ Selon les professeurs André de Laubadère, Frank Moderne et Pierre Delvolvé, il est « *traditionnellement reconnu que les concessions de service public constituent le terrain d'application par excellence, celui qui a donné lieu (...) à la première consécration de la théorie et où on l'y voit encore le plus souvent appliquée* »⁴².

Cela s'explique certainement par le fait que les contrats de longue durée tels que les contrats de concession de service public sont par définition soumis à des mutations constantes et à des divers aléas, ordinaires ou extraordinaires, ce qui s'accroît dans des scénarios macroéconomiques fortement globalisés. Si on analyse le contexte qui a marqué l'apparition de la théorie de l'imprévision, on peut observer qu'il était marqué par une « *prise en compte de risques peu sophistiquée* »⁴³ par les parties cocontractantes. Le principal intérêt donc de la construction dégagée par le Conseil d'État au début du XX^e siècle était donc évident : « *pallier les insuffisances des stipulations contractuelles* ». ⁴⁴

§2. Le risque et la théorie de l'imprévision

À ce stade, il convient de s'arrêter un instant pour mettre en évidence le fait que le thème de la théorie de l'imprévision évoque directement les questions des risques affectant l'exécution d'un contrat, de son partage et des conséquences de son partage entre les parties cocontractantes, raison pour laquelle il est intéressant de comprendre ce que l'on veut dire par là. Aymeric Ruellan et Albane Hugé nous montrent les deux acceptions possibles du terme risque, bien qu'il soit très polysémique⁴⁵ : une acception plus large et l'une plus stricte. Dans une approche large, le risque renvoie à « *toute situation se situant entre les événements futurs mais certains et ceux qui sont futurs et incertains* »⁴⁶. Mais les économistes retiennent une définition plus étroite du risque comme étant la « *possibilité ou la probabilité d'un fait ou*

⁴¹ CLOUZOT, Ludivine. *La théorie de l'imprévision en droit des contrats administratifs : une improbable désuétude*. RFDA, p. 937, 2010.

⁴² LAUBADÈRE, André de ; MODERNE, Frank ; DELVOLVÉ, Pierre. *Traité des contrats administratifs*. T. 2, 2^e éd., Paris : L.G.D.J, 1984.

⁴³ RUELLAN, Aymeric ; HUGÉ, Albane. *Le partage des risques et la portée matérielle des théories de la force majeure, du fait du prince et de l'imprévision*. AJDA, 2006, pp. 1597.

⁴⁴ CLOUZOT, Ludivine. *La théorie de l'imprévision en droit des contrats administratifs : une improbable désuétude*. RFDA, p. 937, 2010.

⁴⁵ LE CHATELIER, Gilles. *L'encadrement institutionnel et financier des nouveaux contrats*, RDI 2003, p. 515.

⁴⁶ RUELLAN, Aymeric ; HUGÉ, Albane. *Le partage des risques et la portée matérielle des théories de la force majeure, du fait du prince et de l'imprévision*. AJDA, p. 1597 et ss., 2006.

d'un événement considéré comme un mal ou un dommage ». Franck Knight, cofondateur de l'École de Chicago, considère que le mot « risque » fait référence à une situation où la distribution du résultat parmi un ensemble de cas est déterminable, soit par le calcul *a priori*, soit par des statistiques fondées sur des fréquences observées. A partir de cette définition, il peut distinguer le risque de l'incertitude : alors que le risque renvoie à des événements connus et probabilisables (bien que leur survenance demeure incertaine), l'incertitude porte sur des événements non connus et non probabilisables⁴⁷.

Il est intéressant de noter que le choix de l'acceptation du risque (c'est-à-dire, l'opposition ou non du risque à l'incertitude radicale) par l'ordre juridique aura une conséquence directe sur l'application de la théorie de l'imprévision dans les contrats de concession de service public. Cela est d'autant plus intéressant dans la mesure où l'analyse des systèmes juridiques français et brésilien est de nature à révéler que les deux pays ont opéré un choix d'acceptations implicitement différent, ce qui est un réflexe d'un traitement divergent accordé à la théorie de l'imprévision.

Quelle que soit l'acceptation du terme risque choisie, le contrat de concession sera toujours, pour la partie privée, un « *outil de couverture du risque, car plus les aléas sont circonscrits, plus la sécurité d'exécution est grande dans la mesure où la survenance des aléas ne déséquilibre pas l'économie du contrat* ». Pour la personne publique, il sera l'œuvre d'un arbitrage entre « *la maîtrise de la dépense et la garantie apportée aux cocontractants de conditions économiques aptes à assurer leur maintien dans l'activité* ». Mais surtout, l'importance du risque se trouve dans le fait qu'« *il est implicitement mais incontestablement au centre des théories de l'imprévision, de la force majeure et des sujétions imprévues à travers le prisme de l'équilibre financier du contrat* »⁴⁸, d'après Thierry Kirat, Frédéric Marty et Laurent Vidal.

Avec cette idée du concept de risque en tête, il convient de souligner ensuite un fort processus de prise de conscience liée à la nécessité d'adapter les contrats aux changements de circonstances susceptibles d'intervenir en cours d'exécution, ce qui a conduit à une profonde évolution des pratiques contractuelles. Aymeric Ruellan et Albane Hugé affirment qu'« *aujourd'hui, une contractualisation fine des risques s'est progressivement instaurée en*

⁴⁷ KNIGHT, Franck. *Risk, uncertainty and profit*, éd. Houghton Mifflin Company, 1921.

⁴⁸ KIRAT, Thierry ; MARTY, Frédéric ; VIDAL, Laurent. *Le risque dans le contrat administratif ou la nécessaire reconnaissance de la dimension économique du contrat*. In : *Revue internationale de droit économique*, t. XIX, 3, pp. 291-318, 2005.

pratique sous l'influence des évolutions normatives récentes ». D'après ces auteurs, l'Administration et ses cocontractants sont de plus en plus incités à identifier des risques, leur mode de répartition ainsi que les conditions de leur traitement. Les contrats administratifs anticipent davantage les risques par le biais de clauses permettant, soit d'adapter directement le contrat à un environnement défavorable en cours d'exécution, soit de fixer les conditions et procédures d'une révision différée.⁴⁹

Dans ce nouveau contexte, nous sommes d'accord avec le juriste brésilien Flávio Amaral Garcia lorsqu'il affirme qu'une allocation efficace des risques est l'un des progrès les plus importants dans la dogmatique contemporaine des contrats de concession, puisque c'est ce partage qui va permettre l'établissement d'une structure rationnelle d'inventives aux parties. Autrement dit, un partage rationnel des risques dans un contrat va induire des comportements qui prennent en compte l'assomption de responsabilités et, principalement, les conséquences financières dans les cas où l'événement décrit dans le contrat se produit.⁵⁰ En d'autres termes, la répartition rationnelle des risques dans les contrats encourage économiquement la partie dotée de la plus grande capacité de le gérer à agir pour éviter sa concrétisation ou même pour atténuer ses effets les cas échéant.⁵¹

⁴⁹ Ces clauses sont en conséquence susceptibles d'être formalisées sous deux ensembles distincts, en fonction de leur caractère substantiel (autrement dit, les clauses de variation ou d'indexation des prix) ou procédural (autrement dit les clauses de rendez-vous ou de *hardship*). Pour Ayméric Ruellan et Albane Hugé, au final, la dissociation des clauses substantielles et procédurales est justifiée par la dualité des faits dommageables en jeu. Au sens strict que lui attribue Franck Knight, le risque serait appréhendé par les clauses de variation, tandis que l'incertitude relèverait des clauses de rendez-vous. Alors que les clauses substantielles figent les règles applicables par la mise en place d'une répartition claire des risques et d'une formule mathématique à même de déterminer les conséquences de variables préétablies, les clauses procédurales sont d'une nature autre; elles stipulent des obligations de moyens et se bornent à envisager de manière générale les principes et les finalités de leur mise en œuvre. V. notamment RUELLAN, Ayméric ; HUGÉ, Albane. *Le partage des risques et la portée matérielle des théories de la force majeure, du fait du prince et de l'imprévision*. AJDA, p. 1597 et ss., 2006.

⁵⁰ « *A alocação eficiente dos riscos é um dos maiores avanços na dogmática contemporânea dos contratos concessionais, afinal, é por meio de uma partilha adequada de riscos que se estabelece uma estrutura racional de incentivos para as partes, induzindo a adoção de comportamentos que levem em consideração a assunção de responsabilidades e, principalmente, as consequências financeiras no caso da ocorrência do evento descrito no contrato* ». Cf. GARCIA, Flávio Amaral. *A imprevisão na previsão e os contratos concessionais*. In : DUTRA, Joisa Campanher ; SAMPAIO, Patrícia Regina Ribeiro (Orgs.). *20 anos de concessões em infraestrutura no Brasil*. Rio de Janeiro : Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017.

⁵¹ « *Regular os riscos previamente no contrato implica a efetiva concretização do princípio da eficiência e da própria consecução do interesse público, reduzindo os espaços de conflitos ex post em relações duradouras complexas e que são, por natureza, submetidas a constantes mutações, o que se acentua em cenários macroeconômicos marcadamente globalizados. A alocação racional dos riscos é contributiva para a produção de incentivos econômicos para que a parte com maior capacidade de gerenciá-los possa operar no sentido de*

Pourtant, aussi fine soit la contractualisation du risque, elle ne pourra jamais aboutir à une intégration totale de l'incertitude dans un instrument contractuel quelconque: pour reprendre les mots de Thierry Kirat, les contrats ne peuvent prévoir *ex ante* « *tous les états du futur possibles, et y associer des clauses de comportements certaines* »⁵². Or, aujourd'hui seule une chose est certaine : *la sécurité contractuelle résulte de la certitude du changement.*

53

Lors de la négociation du prix, pendant la phase précontractuelle, les parties doivent tenir compte des facteurs qui peuvent affecter le prix pendant toute la vie contractuelle. Si l'une des parties devait assumer ces risques imprévisibles, elle devrait alors les intégrer dans le prix (qui serait désormais impossible à déterminer). Le juriste brésilien Maurício Almeida Prado emphatise cette question en se posant la question suivante : *comment calculer la valeur monétaire de tous les événements imprévisibles qui peuvent survenir et dont les impacts économiques sur le contrat sont également imprévisibles ?* La question est, bien évidemment, rhétorique. Une telle logique empêcherait tout simplement les contrats commutatifs à long terme d'exister. Dans la pratique de ce type de contrat, les propositions économiques sont établies sur la base des scénarios raisonnablement prévisibles lors des négociations, auxquels l'on affecte une certaine marge de fluctuation. Le prix et l'équilibre économique des contrats commutatifs sont accomplis dans ces paramètres.⁵⁴

Il est évident, donc, que la théorie de l'imprévision trouve son champ d'application encore aujourd'hui malgré la modernisation des techniques contractuelles de gestion des aléas.⁵⁵ En effet, tous ces phénomènes d'instabilité et de crise combinés avec l'impossibilité pour les parties de prévoir tous les événements futurs qui peuvent impacter l'exécution du

evitar a sua materialização ou mesmo a atenuação das suas consequências, cabendo a cada parte suportar os efeitos danosos quando da sua ocorrência ». GARCIA, Flávio Amaral. *A imprevisão na previsão e os contratos concessionais*. In : DUTRA, Joisa Campanher ; SAMPAIO, Patrícia Regina Ribeiro (Orgs.). *20 anos de concessões em infraestrutura no Brasil*. Rio de Janeiro : Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017.

⁵² KIRAT, Thierry. L'allocation des risques dans les contrats : de l'économie des contrats « incomplets » à la pratique des contrats administratifs, RID éco. 2003, p. 11-46.

⁵³ « *Nestes tempos pós-modernos é adequado afirmar que a segurança contratual advém da certeza da mudança* ». MOREIRA, Egon Bockmann. *O contrato administrativo como instrumento de governo*. In: Pedro Costa Gonçalves (org.). *Estudos de contratação pública*. Coimbra: Coimbra Editora (CEDIPRE), 2013, p. 17.

⁵⁴ PRADO, Maurício Almeida. *Regards croisés sur les projets de règles relatifs à la théorie de l'imprévision en Europe*. In: Revue internationale de droit comparé, vol. 62, n° 4, 2010, pp. 863-894

⁵⁵ CLOUZOT, Ludivine. *La théorie de l'imprévision en droit des contrats administratifs : une improbable désuétude*. RFDA, p. 937, 2010.

contrat ne font que mettre en exergue l'importance de cette théorie. Dans ce contexte, au lieu de perdre tout son intérêt, la théorie de l'imprévision joue un rôle fondamental dans le système juridique puisqu'elle établit « *le point d'équilibre entre sécurité juridique et équité dans les contrats administratifs* », selon Almeida Prado⁵⁶.

Dans un pays émergent comme le Brésil, les crises macroéconomiques sont beaucoup plus fréquentes et peuvent être d'une gravité telle qu'elles auront d'autant plus d'incidences directes sur les contrats administratifs de long terme, notamment les concessions de service public. Comme le souligne bien Flávio Amaral Garcia, « *la survenance de déséquilibres dans ce type de contrat arrive de plus en plus en raison changements drastiques du scénario macroéconomique, ce qui met encore plus en évidence la question de l'application de la théorie de l'imprévision* »⁵⁷. Nécessaire, la théorie de l'imprévision l'est donc incontestablement car elle reflète l'effort de sécurisation des conventions dont n'a eu cesse de faire preuve le droit des contrats administratifs depuis le début du XX^e siècle.⁵⁸

§3. L'importation au Brésil de la théorie française de l'imprévision dans les contrats administratifs

Notre propos se réfère à un aspect de l'intérêt de la théorie de l'imprévision qui passe souvent inaperçu. Souligné par Ludivine Clouzot, il s'agit du fait que le traitement administrativiste de l'imprévision a pu servir d'inspiration aux droits étrangers.⁵⁹ En d'autres termes, la théorie de l'imprévision a été l'une des formes de « *promotion du droit public français à l'étranger* »⁶⁰, notamment au Brésil. L'analyse comparative de la théorie de l'imprévision dans les contrats de concession en France et au Brésil part donc du présupposé

⁵⁶ PRADO, Maurício Almeida. *Regards croisés sur les projets de règles relatifs à la théorie de l'imprévision en Europe*. In: Revue internationale de droit comparé, vol. 62, n° 4, 2010, pp. 863-894

⁵⁷ « *Tem sido frequente a ocorrência de desequilíbrios nesses contratos em razão da drástica mudança do cenário macroeconômico, colocando-se o problema com maior intensidade em razão da incidência/aplicação ou não Teoria da Imprevisão na matriz de riscos pactuada entre as partes* ». Cf. GARCIA, Flávio Amaral. *A imprevisão na previsão e os contratos concessionais*. In : DUTRA, Joísa Campanher ; SAMPAIO, Patrícia Regina Ribeiro (Orgs.). *20 anos de concessões em infraestrutura no Brasil*. Rio de Janeiro : Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017.

⁵⁸ CLOUZOT, Ludivine. *La théorie de l'imprévision en droit des contrats administratifs : une improbable désuétude*. RFDA, p. 937, 2010.

⁵⁹ CLOUZOT, Ludivine. *La théorie de l'imprévision en droit des contrats administratifs : une improbable désuétude*. RFDA, p. 937, 2010

⁶⁰ Phrase utilisée par Raphaël Apelbaum pour parler des PPP et du développement du droit public français à l'étranger in APELBAUM, Raphaël. *Les PPP et le développement du droit public français à l'étranger*. AJDA, p. 1759, 2004.

selon lequel le droit public français et, plus spécifiquement, sa théorie générale des contrats administratifs, a été une ressource majeure pour la création et le développement du droit public brésilien, y compris en ce qui concerne la théorie de l'imprévision.

Néanmoins, le véritable intérêt du sujet réside dans le fait que l'importation de cette théorie n'a pas été en quelque sorte « complète ». C'est d'ailleurs le risque de toute importation d'un concept juridique d'un système à un autre. En d'autres termes, le droit brésilien a transposé l'*institut* juridique et son idée générale sans pour autant transposer le raisonnement qui se cache derrière. Que cela ait été fait d'une manière intentionnelle ou non (en vertu des conditions sociologiques, institutionnelles, juridiques ou économiques qui existent dans ce pays importateur) ou même la valeur que l'on peut accorder à cette transposition, ne relèvera pas de notre propos. Mais une chose est sûre : le fait de transposer la théorie de l'imprévision aux contrats de concession de service public sans pour autant transposer son fondement juridique a des implications intéressantes, que nous entendons exploiter.

Comme on le verra, la réflexion relative à l'adoption, au développement et à l'application de la théorie de l'imprévision dans les contrats de concession de service public met en lumière non seulement l'idée que les deux pays se font des contrats de concession des services publics, mais aussi de la théorie générale de l'obligation, de la relation entre droit public et droit privé, de l'intérêt général, du droit de propriété, de l'intersection entre économie et droit et, *in fine*, du droit administratif *per se*.

À ce stade il convient de définir quelques concepts juridiques qui serviront de base pour le développement de notre propos. Premièrement nous allons tracer un panorama général de la typologie des contrats conclus par les personnes publiques avec les personnes privées⁶¹ en France et au Brésil, ce qui pourra servir de base pour une meilleure comparaison entre les systèmes juridiques.

En France, les contrats conclus par l'Administration sont parallèlement soumis à deux cultures juridiques aux critères de classification différents car les nouvelles classifications du droit de l'Union européenne se sont ajoutées aux classifications traditionnelles françaises⁶². En partant du plus général, par contrat public on peut entendre *tout contrat conclu par les*

⁶¹ Nous laisserons de côté la typologie des contrats conclus par les personnes publiques avec d'autres personnes publiques.

⁶² Pour approfondir, v. PLESSIX, Benoît. *Droit administratif général*. LexisNexis, 2016, p. 1130-1165.

personnes morales de droit public. Comme le souligne le professeur Benoît Plessix, conformément au dualisme juridictionnel français, tout contrat public n'est pas pour autant un contrat administratif : pour qu'ils soient ainsi qualifiés – relevant donc de la compétence de la juridiction administrative et de l'application du droit administratif *stricto sensu* – il faut répondre à plusieurs critères. Le contrat peut être administratif par volonté du législateur. En l'absence de qualification législative, la jurisprudence du Conseil d'État a dégagé des critères : en plus de satisfaire au critère organique⁶³ (c'est-à-dire qu'une personne publique doit être partie au contrat, sauf exceptions⁶⁴), le contrat doit remplir l'une de ces conditions alternatives : avoir une clause⁶⁵ ou être régi par un régime exorbitant du droit commun⁶⁶, ou avoir pour objet l'exécution d'un service public⁶⁷. Les contrats administratifs conclus avec les personnes privées peuvent être soit des *marchés publics* – qui dépassent le champ de notre étude – soit des *délégations*. Il va de soi donc que parler de la théorie de l'imprévision dans les contrats de concession (ou délégation) de *service public* signifie parler d'une sous-catégorie des contrats administratifs, avec toutes les conséquences contentieuses et le régime juridique que cela implique.⁶⁸

Parmi les contrats de délégation⁶⁹ nous allons nous concentrer plus spécifiquement sur les *conventions de délégation de service public*, appellation introduite par la Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, dite Loi Sapin. Il s'agit aujourd'hui d'une sous-catégorie plus générique des concessions (Code Général des Collectivités Territoriales, art. L.1411-1 et ss). L'article 58 de l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 définit la délégation de service public comme le contrat « *conclu par écrit, par lequel une autorité délégante confie la gestion d'un service public à un ou plusieurs opérateurs économiques, à qui est transféré un risque lié à l'exploitation du service, en contrepartie soit du droit d'exploiter le service qui fait l'objet du contrat, soit de ce droit assorti d'un prix. La part du risque transférée au*

⁶³ TC, 1969, *Sté Interlait* ; TC, 1983, *Union des Assurances de Paris*.

⁶⁴ Mandataire d'une personne publique, selon les formes du Code civil (CE, 1936, *Prade*; CE, 1961, *Leduc*); Association transparente (CE, 2007, *Cne de Boulogne-Billancourt*) ; Contrat accessoire (TC, 2013, *Société d'exploitation des Energies photovoltaïques c. Société ERDF*).

⁶⁵ CE, 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*.

⁶⁶ TC, 2014, *Axa France IARD*. Le Conseil d'État vise aujourd'hui un "régime exorbitant du droit commun".

⁶⁷ CE, 1956, *Époux Bertin*.

⁶⁸ Nous ne nous intéresserons pas ici ni aux contrats de droit privé conclus par l'Administration ni aux contrats de marché public.

⁶⁹ Les délégations peuvent être réparties entre les (i) concessions de travaux publics, les (ii) concessions d'aménagement et les (iii) conventions de délégation de service public. Pour un approfondissement des deux premiers thèmes, v. PLESSIX, Benoît. *Droit administratif général*. LexisNexis, 2016, p. 1130-1165.

délégataire du marché implique une réelle exposition aux aléas du marché, de sorte que toute perte potentielle supportée par le délégataire ne doit pas être purement nominale ou négligeable. Le délégataire assume le risque d'exploitation lorsque, dans les conditions d'exploitation normales, il n'est pas assuré d'amortir les investissements ou les coûts qu'il a supportés, liés à l'exploitation du service » (cf. art. L.1411-1, CGCT). En d'autres termes, le vrai critère distinctif de la délégation du service public c'est le transfert du risque d'exploitation.⁷⁰

Cette définition laisse entrevoir quatre critères d'identification principaux de ce type de contrat, qui sont : (i) la présence d'une activité de service public, (ii) la présence d'un acte contractuel, (iii) le transfert d'exploitation et (iv) le mode de rémunération. La convention de délégation de service public porte en effet sur un service public caractérisé par les sujétions et les prérogatives de puissance publique qui lui sont traditionnellement assorties. Par ailleurs, la convention de service public suppose la conclusion d'un contrat entre la personne publique délégante et son délégataire, ce qui exclut les actes unilatéraux qui habilent un tiers à gérer un service public. En outre, elle doit consister en un transfert réel du service public, en ce sens que le contrat a non seulement pour objet la dévolution d'un service, y compris dans sa composante organisationnelle, mais surtout que le délégataire dispose d'une autonomie avérée dans sa gestion dudit service. Enfin, le critère du mode de rémunération, selon lequel la convention de délégation de service public ne peut être caractérisée comme telle que si les revenus du délégataire sont substantiellement liés à l'exploitation du service.

La concession de service public est la formule la plus répandue des délégations, et elle peut être définie comme « le contrat par lequel le cocontractant de l'Administration, appelé concessionnaire, prend en charge pour une certaine durée la gestion même d'une activité de service public et la réalisation des équipements et des investissements nécessaires, en se rémunérant grâce au droit de percevoir les redevances versées par les usagers du service »⁷¹. Il convient de noter que c'est cette définition que nous utiliserons pendant ce travail lorsque nous parlerons de concession de service public en France. Il y a bien évidemment d'autres formes de délégation de service public dégagées par la doctrine et la jurisprudence (contrats

⁷⁰ CE, 15 avril 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône*, arrêt à l'occasion duquel le Conseil d'État a étroitement associé le risque à la distinction opérée entre marchés publics et conventions de délégation de service public une rémunération assise substantiellement sur les résultats de l'exploitation est présumée traduire un transfert du risque d'exploitation. Si ce transfert du risque est significatif ou substantiel, alors il est indéniable que le risque de gestion du service sous-tend le critère de la rémunération de la délégation de service public.

⁷¹ PLESSIX, Benoît. *Droit administratif général*. LexisNexis, 2016, p. 1141.

d'affermage et de régie intéressée), mais qui échappent également au champ de notre étude, raison pour laquelle nous ne les aborderons pas.

Finalement, une dernière précision doit être faite concernant la typologie des contrats conclu entre les personnes publiques et les personnes privées en France: il s'agit de la question de la classification en droit de l'Union européenne, beaucoup plus élémentaire⁷² que celle entreprise en droit interne. En droit de l'Union européenne on désigne les contrats publics par le terme de *commande publique*, caractérisant les seuls contrats par lesquels les entités du secteur public achètent des biens et services, et se procurent des prestations économiques.⁷³ Au sein de ces contrats le droit européen opère ensuite une sous-division opposant le *marché* – qui ne nous intéresse pas ici – et la *concession*.⁷⁴ Il est notable de constater que le nouveau Code de la Commande publique, entré en vigueur en avril 2019, reprend cette dichotomie entre marchés publics et contrats concession⁷⁵. La concession au sens du droit européen signifie un contrat d'une entité du secteur public qui porte sur l'exécution de travaux ou la réalisation de prestations de services, ayant pour contrepartie soit uniquement le droit d'exploiter les travaux ou les services objet dudit contrat, soit ce droit accompagné d'un prix, pourvu que, dans tous les cas, le contrat transfère au concessionnaire le risque opérationnel d'exploitation (PE et Cons. UE, Directive n° 2014/23/UE, 26 février 2014, art. 5). Ainsi, le droit de l'Union européenne vise la concession de toute activité de service, et non uniquement les services publics.

§4. Les concessions de service public en France et au Brésil

La théorie générale des contrats administratifs au Brésil a été créée à l'image et à la ressemblance du droit public français. Nous aurons l'occasion d'approfondir ce sujet par la suite. Dans ce sens, l'éminent administrativiste brésilien Fernando Dias Menezes de Almeida, dans son ouvrage *Contrat Administratif*, affirme que le Droit brésilien a « *clairement adopté, selon la doctrine majoritaire, un régime de contrat administratif fondé sur le modèle français* ». Pourtant, il est intéressant de noter qu'au moment d'opérer la cristallisation de ces idées en droit positif national, le système brésilien a poussé à l'extrême le modèle sur lequel

⁷² RICHER, Laurent. *L'Europe des marchés publics. Marchés publics et concessions en droit communautaire*. LGDJ, 2009.

⁷³ PLESSIX, Benoît. *Droit administratif général*. LexisNexis, 2016, pp. 1159-1160.

⁷⁴ Pour un approfondissement dans le sujet, v. BRACONNIER, Stéphane. *La typologie des contrats publics d'affaires face à l'évolution du champ d'application des nouvelles directives*. AJDA, p. 832, 2014.

⁷⁵ Code de la commande publique, 1ère partie.

il s'est inspiré, dans une forme de « *radicalisation* » de sa matrice⁷⁶. Cette constatation conduit à diverses conclusions qui nous concernent très vivement dans cette étude. L'une d'entre elles concerne l'existence de différences importantes entre les deux pays concernant les typologies et les définitions des contrats conclus par l'Administration conduisant, *a fortiori*, à des divergences également importantes dans le régime juridique applicable. C'est ainsi que nous nous garderons de démontrer à ce stade la typologie des contrats administratifs au Brésil, ce que l'on fera en temps utile. Pour l'instant, il convient de préciser au moins la définition de contrat de concession de service public (*contrato de concessão de serviço público*) qui sera utilisée tout au long de ce travail.

En général, les contrats de concession des services publics peuvent être qualifiés comme tout accord de volonté dans lequel il y a une collaboration entre l'Administration et au moins un particulier tendant à la réalisation d'une mission d'intérêt public de manière indirecte. Mais c'est l'article 2nd, II de la Loi de Concessions brésilienne, Loi n° 8.987 du 13 février 1995, portant sur le système de concessions et permissions de la prestation des services publics prévu à l'article 175 de la Constitution Fédérale (« Loi de Concessions »), qui le définit formellement : « *concession de service public : [c'est] la délégation de sa prestation, faite par le pouvoir concédant, suivant la procédure d'appel d'offres, dans la modalité de concurrence, à la personne juridique ou consortium d'entreprises qui démontrent avoir la capacité pour l'exécuter, à ses propres risques et pour une durée limitée* »⁷⁷. En droit positif donc le critère formel de définition de concession de service public est l'attribution du risque au cocontractant privé.

Il convient de souligner que nous ne traiterons pas dans ce travail de la question de la théorie de l'imprévision dans les contrats de partenariat public-privés (« PPP »), ni en France et ni au Brésil, mais uniquement des contrats de concession de service public dits « ordinaires » ou « communs » (pour utiliser le *nomen iuris* brésilien). Bien que la question de la répartition des risques dans les contrats de PPP⁷⁸ – et, par conséquent, de l'application

⁷⁶ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

⁷⁷ « Art. 2°. (...) »

II – concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado; », Loi de Concessions.

⁷⁸ En droit français, les contrats de partenariat introduits par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 ce sont des contrats administratifs dont l'une des parties est une personne publique. Ce contrat confie à un tiers, qui peut d'ailleurs être public ou privé, une mission globale relative au financement d'investissements immatériels et

de la théorie de l'imprévision dans ce contexte – soulève des questions très intéressantes, notre propos ici n'est pas exactement d'épuiser le sujet tel qu'il existe dans les deux pays puis ensuite de comparer les conclusions. Il s'agira plutôt de comprendre, à partir de la création et du développement de la théorie de l'imprévision en France, comment s'est produit le processus d'exportation de cet institut juridique au Brésil, en tant que système qui puise presque entièrement ses sources du droit public du système français. Le but ultime de ce travail est, en réalité, d'essayer de mieux comprendre les rapports existants entre les droits des contrats administratifs entre les deux pays. Pour ce faire, nous croyons que l'analyse des contrats de concession ordinaires suffit à la tâche proposée.

§5. Une brève introduction au système juridique brésilien

Pour rendre possible cette comparaison, il convient de faire au préalable une brève présentation générale du système brésilien⁷⁹ : composé de vingt-six États, un District fédéral (qui équivaut à un État fédéré) et de plusieurs communes, le Brésil repose sur une structure fédérale tripartite. Néanmoins, contrairement aux Etats-Unis, le fédéralisme brésilien résulte d'un processus de dissociation, ce qui explique d'ailleurs, encore aujourd'hui, son caractère relativement centralisé. L'État brésilien a en effet pris naissance en 1824 au sein d'une structure unitaire, et ce n'est qu'avec la Constitution de 1891 que le pays s'est engagé sur la voie du fédéralisme.

En ce qui concerne le régime politique et constitutionnel, la Constitution actuelle – la Constitution fédérale de la République du Brésil de 1988 (« Constitution fédérale ») –

d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public, à la construction ou à la transformation des ouvrages ou équipements, ainsi qu'à leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion, et, le cas échéant, d'autres prestations de services concourant à l'exercice par la personne publique de la mission de service public dont elle est chargée. La rémunération du cocontractant est assurée par la personne publique pendant la durée du contrat, et ce critère de la rémunération par la personne publique qui est en fait le principal critère destiné à distinguer les contrats de partenariat des délégations de service public, où la règle générale est le paiement par l'usager. Cf. AUBY, Jean-François. *Les contrats de partenariat était-ils nécessaires ?* RFDA, p. 1095, 2004. Ils consacrent le passage d'une logique de transfert à une logique de partage des risques de même qu'ils suscitent une nouvelle approche du risque, en corollaire avec l'incitation du partenaire à la performance comme la structuration financière du projet, dès le stade de l'évaluation préalable, puis lors des négociations précontractuelles. Cf. RUELLAN, Aymeric ; HUGÉ, Albane. *Le partage des risques et la portée matérielle des théories de la force majeure, du fait du prince et de l'imprévision.* AJDA, p. 1597 et ss., 2006.

⁷⁹ Pour ce faire, nous nous sommes inspirés de la thèse du constitutionnaliste brésilien Thomas Passos Martins, intitulée « *La Cour Suprême du Brésil et l'État démocratique de droit. Contribution à une théorie de la démocratie réflexive* », faite sous la direction de Dominique Rousseau en 2012, à l'Université de Montpellier et qui avait déjà décrit le système juridique et politique national de manière parfaitement claire.

consacre un « *présidentialisme congressionnel* » qui entoure les importantes attributions du chef de l'État de nombreux mécanismes de contrôle parlementaire. En outre, en réaction à la dictature militaire (1964-1985), les garanties de l'État démocratique de droit ont été renforcées, se traduisant par une Constitution fédérale qui est assurément la plus démocratique de toutes les Constitutions brésiliennes. Par ailleurs, il convient de noter que la Constitution de 1988 est souvent qualifiée d'analytique en raison de son ampleur, celle-ci contenant 359 articles⁸⁰ portant sur tous les secteurs d'activités de la vie sociale.

D'autres constatations doivent aussi être faites concernant l'organisation juridictionnelle au Brésil. Contrairement à la France, le système juridictionnel brésilien est unitaire. Le Judiciaire est donc un ordre de juridiction unique au sommet duquel se trouve la Cour suprême fédérale, le *Supremo Tribunal Federal*. Par ailleurs, le système judiciaire est organisé sur la base de différents « types » de juridictions. Il est ainsi possible de classer les instances judiciaires en distinguant les juridictions spécialisées et les juridictions de droit commun et, parmi celles-ci, les juridictions fédérales et les juridictions des États.

En ce qui concerne la première classification, la Constitution organise une « Justice spécialisée » (*Justiça especializada*) composée de juridictions fédérales compétentes pour régler des litiges intervenant dans des domaines spécifiques. Cette justice spécialisée comprend la justice du travail, la justice électorale et la justice militaire, toutes les autres juridictions ne faisant pas partie de cette nomenclature appartenant à ce qu'il a été convenu d'appeler la « Justice du droit commun » (*Justiça comum*). Au sein de la justice de droit commun s'opère une seconde classification entre les juridictions fédérales et les juridictions des États. Le principal critère de distinction entre la justice fédérale et la justice étatique repose sur la qualité des parties en présence, tous les litiges impliquant l'Union, un établissement public ou une entreprise publique fédérale relevant de la compétence des juridictions fédérales. Il est important de noter que la Constitution donne, en outre, la compétence aux juridictions fédérales pour régler les différends opposant un État étranger ou une organisation internationale et une commune ou une personne domiciliée ou résidant au Brésil ; pour juger les infractions politiques et les infractions pénales commises aux dépens de biens, de services ou d'intérêts de l'Union, de ses établissements publics ou des entreprises publiques ; pour connaître des litiges qui concernent les droits des indigènes ; ainsi que pour juger les affaires relatives aux violations graves des droits de l'homme. Dans

⁸⁰ Jusqu'en mai 2019.

ces conditions, les juridictions des États sont compétentes pour statuer sur toutes les autres matières qui n'appartiennent pas au domaine de compétence de la justice fédérale, afin de juger notamment des affaires dans lesquelles l'Union, son administration ou une entreprise publique fédérale ne sont pas partie.

Au demeurant, il convient de préciser que toutes les juridictions sont nationales, de sorte que si des juridictions sont qualifiées d'étatiques c'est en raison du fait que les États membres disposent d'une certaine autonomie (qui n'est que très relative) pour légiférer, dans les limites fixées par la Constitution et la loi organique sur la magistrature nationale, sur certains points touchant au fonctionnement et à l'organisation de la justice étatique. Dans ce cadre, la subdivision entre justice fédérale et la justice des États n'est pas fondée sur la nature du droit applicable au litige, de telle sorte que rien ne s'oppose à ce que les juridictions étatiques appliquent le droit fédéral. Par conséquent, le système judiciaire brésilien est divisé en trois groupes juridictionnels, à savoir les juridictions spécialisées, les juridictions fédérales de droit commun et les juridictions étatiques de droit commun.

En ce qui concerne la hiérarchie judiciaire, la plus haute juridiction est bien évidemment la Cour suprême qui chapeaute un système juridique composé de deux à trois degrés de juridiction, selon qu'il s'agisse de la justice de droit commun ou de la justice spécialisée. Le premier niveau de juridiction est constitué de « juges uniques » (*juizes singulares*). En deuxième instance, il y a les « Tribunaux » (*Tribunais*), qui sont des organes judiciaires collégiaux que l'on peut assimiler à des Cours d'appel. Le ressort de ces juridictions d'appel varie en fonction du cadre juridictionnel dans lequel elles s'insèrent. Aussi, concernant la justice des États et la justice spécialisée, chaque État membre comprend une juridiction d'appel. Le « Tribunal de Justice » (*Tribunal de Justiça*) est la juridiction d'appel étatique, tandis que le « Tribunal Régional du Travail » (*Tribunal Regional do Trabalho*) et le « Tribunal Régional Électoral » (*Tribunal Regional Eleitoral*) sont les juridictions d'appel de la justice spécialisée. Par ailleurs, la compétence territoriale des juridictions d'appel fédérales de droit commun est beaucoup plus large, les « Tribunaux Régionaux Fédéraux » (*Tribunal Regional Federal*), qui sont au nombre de cinq, étendant leur ressort sur plusieurs États.

Enfin, il faut souligner que le constituant de 1988 a créé une nouvelle juridiction chargée de contrôler la légalité des décisions de justice rendues en premier ou dernier ressort par les juridictions des États et les juridictions fédérales de droit commun. Il s'agit du « Tribunal Supérieur de Justice » (*Superior Tribunal de Justiça*) qui, en raison de son

importance, mérite d'être qualifié de « Cour » supérieure de Justice. Sa fonction essentielle est d'assurer le respect de la législation fédérale et de veiller à l'uniformité de l'interprétation de la loi fédérale au niveau des instances judiciaires et de la justice de droit commun. En réalité, la Cour supérieure de Justice a ainsi été instituée en vue de spécialiser la Cour suprême dans le domaine du contentieux constitutionnel. Elle est une sorte de Cour de cassation et de Conseil d'État vérifiant que les décisions prononcées par les juridictions de droit commun sont conformes aux règles de droit fédéral infra-constitutionnel. Cette juridiction n'a pas pour autant le dernier mot dans la mesure où ses décisions peuvent, dans certains cas, faire l'objet d'un recours devant la Cour suprême.

Finalement, un point doit être soulevé lors de ce propos introductif relatif aux travaux académiques de droit comparé. Comme l'a écrit Michel Fromont, la comparaison entre deux systèmes juridiques n'est pas une fin en soi mais simplement une méthode pour mieux saisir les originalités de chacun d'entre eux.⁸¹ Bien qu'il faille être prudent pour ne pas importer des instituts juridiques étrangers qui ne sont pas compatibles avec le système juridique national, le droit comparé est un mécanisme hautement puissant pour l'enrichissement des études juridiques. En ce qui concerne les droits administratifs français et brésilien, la comparaison s'avère très pertinente pour avoir une meilleure compréhension de la manière dont la théorie de l'imprévision a été développée en France et postérieurement accueillie en droit brésilien. La comparaison entre les deux systèmes est également un nouvel outil intéressant de modernisation et de dynamisation du droit.

L'origine de la théorie de l'imprévision étant commune en France et au Brésil, pour quelles raisons ce dernier a-t-il développé une application beaucoup plus étendue de ce principe que son pays-modèle ?

On essaiera de démontrer que, même si l'institution juridique de la théorie de l'imprévision dans les contrats administratifs au Brésil puise ses sources dans la théorie de l'imprévision française, le Brésil n'a pas incorporé le raisonnement qui se cache derrière la théorie. En d'autres termes, le Brésil a copié la théorie – ce qui fait qu'elle a une origine commune dans les deux pays (**Partie I**) sans pour autant reprendre les fondements juridiques qui l'expliquent, ce qui justifie des divergences remarquables dans son développement dans les deux pays (**Partie II**).

⁸¹ FROMONT, Michel. *Le droit administratif des États européens*. P.U.F., 2006, p. 7.

PARTIE I. UNE THÉORIE À L'ORIGINE COMMUNE

Dans le sens moderne du terme, la genèse de la théorie de l'imprévision réside dans le droit des contrats de concession de service public français (**Chapitre 1**) qui est la source primordiale de son existence au Brésil. En effet, une fois créé en France, la théorie de l'imprévision a été réceptionnée en droit des contrats de service public brésilien (**Chapitre 2**). Dans ce contexte, la comparaison entre droit français et droit brésilien s'explique, de prime abord, par son origine commune.

CHAPITRE 1. LA GENESE DE LA THEORIE DE L'IMPREVISION EN DROIT DES CONTRATS DE CONCESSION DE SERVICE PUBLIC FRANÇAIS

La théorie de l'imprévision en droit des contrats de concession de service public français a été, d'abord et avant tout, une création prétorienne, avec l'arrêt du Conseil d'État *Compagnie Générale d'Éclairage de Bordeaux* de 1916 (SECTION 1). Ce n'est qu'au fil du temps que cette théorie a été réceptionnée en droit positif interne (SECTION 2).

SECTION 1. Une création prétorienne : l'arrêt du Conseil d'État *Compagnie Générale d'Éclairage de Bordeaux* de 1916

La théorie de l'imprévision est une création prétorienne du Conseil d'État dans son arrêt de 1916 (A). Elle a été progressivement consolidée en droit interne par la Haute Juridiction administrative et par la doctrine publiciste française (B).

A. L'arrêt du Conseil d'État de 1916

A la suite de la Première Guerre Mondiale (1914-1918), une forte période d'inflation et de hausse du prix des matières premières bouleversa l'économie générale de nombreux contrats et, particulièrement, celle des concessions de service public. Comme l'affirme Julien Antoine, « *en raison d'une gestion aux risques et périls des titulaires de ce type de*

convention, ces derniers se trouvaient acculés à une ruine certaine, menaçant la continuité du service public et par là, l'intérêt général ». ⁸²

Le Conseil d'État s'est vu confronté au cas de la Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux, concessionnaire de service public, acculé face aux aléas économiques exceptionnels causés par l'occupation par l'ennemi des grandes régions productrices du charbon – matière première de fabrication du gaz – sur le continent et les difficultés des transports maritimes. Certes, comme dans toute concession, les parties contractantes avaient prévu les conséquences de divers aléas dans les contrats, y compris la hausse du prix du charbon. Il s'avère, néanmoins, que la Compagnie d'Éclairage et la ville de Bordeaux avaient anticipé une variation normale du prix du service, allant de 23 à 28 francs. Mais la Première Guerre mondiale est venu perturber si fortement l'approvisionnement des matières énergétiques que le prix du charbon passa de 23 à 117 francs (ce qui correspond à une hausse de 500%, par rapport au haut de la fourchette prévue par les parties).

Avec l'objectif de faire juger que le prix du gaz fixé par le contrat de concession devait être relevé et, pour obtenir une indemnité réparant la perte que lui avait fait subir la hausse du prix du charbon, le concessionnaire a formé une action contre la ville de Bordeaux devant le Conseil de préfecture de la Gironde. L'affaire a ensuite été portée devant le Conseil d'État qui devait répondre à la question de savoir s'il fallait, et à quelles conditions, accepter un nouveau cas de modification des contrats administratifs susceptibles d'engendrer des conséquences juridiques. ⁸³

Dans son arrêt, le Conseil d'État rappelle au préalable l'applicabilité de principe de la force obligatoires des contrats administratifs son intangibilité, tel que soutenu par la Cour de cassation dans sa célèbre jurisprudence *Canal de Craponne*⁸⁴ : « *Considérant qu'en principe le contrat de concession règle d'une façon définitive, jusqu'à son expiration, les obligations respectives du concessionnaire et du concédant (...)* »⁸⁵. Ainsi, on peut voir que le juge

⁸² ANTOINE, Julien. *La mutabilité contractuelle née des faits nouveaux extérieurs aux parties. Analyse comparée entre droit des contrats administratifs et droit privé des obligations*. RFDA, p. 80, 2004.

⁸³ PLESSIX, Benoît. *Droit administratif général*. LexisNexis, pp. 1240-1243, 2016.

⁸⁴ Cour cass. civ., *Canal de Craponne*, 1876, préc.

⁸⁵ « *Considérant qu'en principe le contrat de concession règle d'une façon définitive, jusqu'à son expiration, les obligations respectives du concessionnaire et du concédant ; que le concessionnaire est tenu d'exécuter le service prévu dans les conditions précisées au traité et se trouve rémunéré par la perception sur les usagers des taxes qui y sont stipulées ; 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*

administratif a entendu inscrire sa décision dans une dialectique tentant de concilier d'une part, la prééminence nécessaire des stipulations du contrat et, d'autre part, l'impératif exceptionnel de souplesse indispensable à la résolution de situations devenues déséquilibrées.

Dans un second temps, le Conseil d'État a confronté la hausse prévisible du charbon au moment de la signature du contrat à la hausse réelle, et il a constaté que l'augmentation du coût de la matière première avait, par son ampleur, largement déjoué les prévisions des parties lors de la conclusion du contrat. Il est à noter toutefois que le juge a immédiatement mis en avant le caractère contextuel de son analyse⁸⁶ :

« Mais considérant que (...) le prix du charbon, qui est la matière première de la fabrication du gaz, s'est trouvée atteindre une proportion telle que non seulement elle a un caractère exceptionnel dans le sens habituellement donné à ce terme, mais qu'elle entraîne dans le coût de la fabrication du gaz une augmentation qui, dans une mesure déjouant tous les calculs, dépasse certainement les limites extrêmes des majorations ayant pu être envisagées par les parties lors de la passation du contrat de concession ; que, par suite du concours des circonstances ci-dessous indiquées, l'économie du contrat se trouve absolument bouleversée ; que la Compagnie est donc fondée à soutenir qu'elle ne peut être tenue d'assurer, aux seules conditions prévues à l'origine, le fonctionnement du service tant que durera la situation anormale ci-dessous rappelée »⁸⁷ ;

cessionnaire 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 ; ». Considérant n° 2 de l'arrêt du CE, *Compagnie générale d'Éclairage de Bordeaux*, 1916.

⁸⁶ ANTOINE, Julien. *La mutabilité contractuelle née des faits nouveaux extérieurs aux parties. Analyse comparée entre droit des contrats administratifs et droit privé des obligations*. RFDA, p. 80, 2004.

⁸⁷ *Mais considérant que, par la suite de l'occupation de l'ennemi de la plus grande partie des régions productrices de charbon dans l'Europe continentale, de la difficulté de plus en plus considérable des transports par mer à raison tant de la réquisition des navires que du caractère et de la durée de la guerre maritime, la hausse survenue au cours de la guerre actuelle, dans le prix du charbon, qui est la matière première de la fabrication du gaz, s'est trouvée atteindre une proportion telle que non seulement elle a un caractère exceptionnel dans le sens habituellement donné à ce terme, mais qu'elle entraîne dans le coût de la fabrication du gaz une augmentation qui, dans une mesure déjouant tous les calculs, dépasse certainement les limites extrêmes des majorations ayant pu être envisagées par les parties lors de la passation du contrat de concession ; que, par suite du concours des circonstances ci-dessous indiquées, l'économie du contrat se trouve absolument bouleversée ; que la Compagnie est donc fondée à soutenir qu'elle ne peut être tenue d'assurer, aux seules conditions prévues à l'origine, le fonctionnement du service tant que durera la situation anormale ci-dessous rappelée* Considérant n° 3 de l'arrêt du CE, *Compagnie générale d'Éclairage de Bordeaux*, 1916.

Pour Maurice Hauriou, le Conseil d'État a tout simplement appliqué le principe général sur lequel reposent les *moratoria*, à savoir, d'une part, « *que les transactions ordinaires de la vie sont faites pour l'état de paix, que l'état de guerre n'a pas pu entrer dans les prévisions des parties* » et, d'autre part, qu'il faut que la vie sociale continue, même en temps guerre. Ainsi, des mesures spéciales, même non prévues dans le contrat, sont parfois nécessaires et doivent être imposées aux parties pendant la durée de la guerre.⁸⁸

À partir de ces constats, le Conseil d'État en a déduit qu'il n'y avait pas lieu d'interpréter strictement le contrat de concession en appliquant purement et simplement le cahier des charges comme si l'aléa était ordinaire car son économie se trouvait en réalité totalement bouleversée par un événement extérieur aux parties : « *Il serait excessif d'admettre qu'il y a lieu à l'application pure et simple du cahier des charges comme si l'on se trouvait en présence d'un aléa ordinaire de l'entreprise.* »⁸⁹.

Le Conseil d'État a apporté une solution tenant compte à la fois de l'intérêt général, qui exige la continuité du service public, et les conditions spéciales qui ne permettent pas au contrat de recevoir son application normale. La Compagnie devra assurer le service mais ne supportera que la part de déficit laissée à sa charge par l'interprétation raisonnable du contrat et la ville lui versera une indemnité d'imprévision couvrant le reste du déficit. *In verbis* :

« (...) *À cet effet, la Compagnie est tenue, d'une part, d'assurer le service concédé et, d'autre part, qu'elle doit supporter seulement, au cours de cette période transitoire, la part des conséquences onéreuses de la situation de*

⁸⁸ HAURIOU, Maurice. *Les conséquences de l'imprévision dans les marchés d'éclairage au gaz*. Note sous Conseil d'Etat, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux c/ Ville de Bordeaux, S. 1916.3.17: *Revue générale du droit online*, 2015, numéro 15370. Article disponible en ligne à l'adresse: www.revuegeneraledudroit.eu/?p=15370

⁸⁹ « *Il serait excessif d'admettre qu'il y a lieu à l'application pure et simple du cahier des charges comme si l'on se trouvait en présence d'un aléa ordinaire de l'entreprise. Il importe, au contraire, de rechercher, pour mettre fin à des difficultés temporaires, une solution qui tient compte toute à la fois de l'intérêt général, lequel exige la continuation du service par la Compagnie à l'aide de tous ses moyens de production, et des conditions spéciales qui ne permettent pas au contrat de recevoir son application normale. À cet effet, la Compagnie est tenue, d'une part, d'assurer le service concédé et, d'autre part, qu'elle doit supporter seulement, au cours de cette période transitoire, la part des conséquences onéreuses de la situation de force majeure rappelée ci-dessus que l'interprétation raisonnable du contrat permet de laisser à sa charge* ». Considérant n° 4 de l'arrêt du CE, *Compagnie générale d'Éclairage de Bordeaux*, 1916.

*force majeure rappelée ci-dessus que l'interprétation raisonnable du contrat permet de laisser à sa charge »*⁹⁰

Le montant de cette indemnité est fixé de manière consensuelle par les parties et, en cas de désaccord, par le juge qui mettra en cause la responsabilité extracontractuelle sans faute de l'Administration. Finalement, l'indemnité d'imprévision sera versée uniquement de façon temporaire, jusqu'au rétablissement d'une situation économique normale.⁹¹ Cela montre que le juge administratif ne s'est jamais vraiment départi du rôle de la commune intention des parties, puisque c'est à ces dernières qu'il incombe d'abord, par une entente cordiale, de fixer l'indemnité d'imprévision, et subsidiairement au juge des contrats.⁹²

Pour le professeur Benoît Plessix, la théorie de l'imprévision constitue sans nul doute l'une des démarches « *les plus volontaristes du juge administratif* », tranchant à l'époque avec le refus catégorique de la Cour de cassation de la reconnaître⁹³. Toutefois, selon le professeur Plessix, le Conseil d'État n'a peut-être pas eu le sentiment de produire une jurisprudence si inédite et audacieuse en 1916, « *plongé dans le flot continu d'une évolution douce et subtile* ». En réalité, le Conseil d'État a suivi les conclusions du Commissaire du gouvernement Chardelet qui proposait de transposer aux contrats de concession les principes régissant la théorie des sujétions imprévues, applicable en matière de travaux publics, lorsqu'elle avait fait jouer aux événements exceptionnellement inattendus un rôle, non pas exonératoire, mais compensatoire⁹⁴.

B. La consolidation de la théorie de l'imprévision en droit français

En 1916 nous sommes dans un schéma intellectuel tendant à présenter la théorie de l'imprévision comme une construction fonctionnellement destinée à surmonter cette période perturbée, supposée être provisoire.⁹⁵ Ce caractère contextualisé a inexorablement conduit le juge à envisager la théorie de l'imprévision de manière restrictive et conditionnée puisque,

⁹⁰ Considérant n° 4 de l'arrêt du CE, *Compagnie générale d'Éclairage de Bordeaux*, 1916.

⁹¹ ANTOINE, Julien. *La mutabilité contractuelle née des faits nouveaux extérieurs aux parties. Analyse comparée entre droit des contrats administratifs et droit privé des obligations*. RFDA, p. 80, 2004.

⁹² PLESSIX, Benoît. *Droit administratif général*. LexisNexis, pp. 1240-1243, 2016.

⁹³ PLESSIX, Benoît. *Droit administratif général*. LexisNexis, pp. 1240-1243, 2016.

⁹⁴ CE, 8 février 1855, *Ansart-Manem* et CE, 3 février 1905, *Ville de Paris c/ Michon*.

⁹⁵ CLOUZOT, Ludivine. *La théorie de l'imprévision en droit des contrats administratifs : une improbable désuétude*. RFDA, p. 937,

malgré son intérêt évident, elle fait échec à la force obligatoire du contrat, principe nécessaire à la stabilité de toute relation conventionnelle.

Comme le souligna Ludivine Clouzot, au moment de sa découverte par le juge, la théorie de l'imprévision « *n'était pas destinée à jouir d'un champ d'application aussi large que celui qu'elle connaîtra de longues années plus tard* ». En principe, la théorie serait destinée à être seulement appliquée à un type contractuel – le contrat de concession de service public –, pour régler un nombre de situations extrêmement limitées.

Pourtant, au fil du temps, les décisions où la théorie de l'imprévision jouent montrent que le Conseil d'État a considérablement élargi son champ d'application (v. *infra*). Effectivement, il suffit de regarder le récapitulatif de l'arrêt *Gaz de Bordeaux* fait par André de Laubadère, Franck Moderne et Pierre Delvolvé, pour que l'on puisse le constater : « *lorsque des circonstances indépendantes de la volonté du cocontractant et imprévisibles lors de la conclusion du contrat administratif viennent en bouleverser l'économie sans pour autant rendre impossible son exécution et entraînent un déficit pour le cocontractant, celui-ci, tout en demeurant strictement tenu de poursuivre l'exécution de ses obligations, a droit à l'aide de l'administration pour surmonter la difficulté survenue en prenant en charge une partie [majoritaire] du déficit provoqué par ces circonstances* »⁹⁶.

SECTION 2. La consécration de la théorie en droit positif interne

L'incorporation de la théorie de l'imprévision en droit interne français s'est réalisée en trois temps : d'abord, avec l'adoption de la Loi Failliot (A) ; ensuite, avec la Directive Concessions de 2014 de l'Union européenne (B) ; finalement, avec l'adoption du Code de la commande publique en 2018 (C).

C. La Loi Failliot

⁹⁶ LAUBADÈRE, André de ; MODERNE, Frank ; et DELVOLVÉ, Pierre. *Traité des contrats administratifs*. LGDJ, tome 1, 2^e éd., 1983 et LGDJ, tome 2, 2^e éd., 1984, p. 560.

Il s'agit ici d'analyser brièvement la question des contrats administratifs conclus pendant la Première Guerre Mondiale⁹⁷. Le but est de voir de quelle manière le droit positif français a articulé les relations entre l'État et ses cocontractants, profondément bouleversées à cause d'une situation de guerre, dans un cadre juridique interne où la force obligatoire des contrats était un principe sacré, conduisant au rejet de la consécration expresse de la théorie de l'imprévision.

Pour tenir compte des circonstances exceptionnelles qui ont affecté drastiquement l'exécution des contrats administratifs après la Première Guerre Mondiale, le législateur a promulgué des lois spéciales prévoyant une révision des stipulations contractuelles. En effet, devant l'ampleur des bouleversements économiques, le législateur a dû intervenir afin de venir en aide aux cocontractants dont l'obligation était devenue démesurément onéreuse, en autorisant la suspension, la révision ou la résiliation des contrats ayant subi un déséquilibre. Certes, ces mesures étaient temporaires, mais on trouve des lois permanentes qui consacraient dans des domaines limités la théorie de l'imprévision.⁹⁸

La loi la plus importante de ce mouvement était la loi du 21 janvier 1918 dite « Loi Failliot », qui a été adoptée en vue de permettre la résolution par le juge des contrats de prestations successives, ou à terme, passées avant le 1^{er} août 1914, si l'un des contractants subissait un préjudice dépassant les prévisions qui avaient pu être raisonnablement faites au moment de la convention.

Quoi que circonscrite à une situation de guerre très particulière et temporaire, la loi Failliot de 1918 est le premier texte en droit positif français dans lequel les circonstances exceptionnelles pouvaient tempérer la force obligatoire des contrats. Il n'en demeure pas moins que, même si les contrats publics ont toujours favorisé un encadrement textuel, le droit administratif français a toujours été principalement prétorien ; ainsi, il était inévitable que la source majeure – et unique pendant fort longtemps – de la théorie de l'imprévision en droit interne était la jurisprudence *Gaz de Bordeaux* de 1916 du Conseil d'État.

C'est ce qu'affirme le professeur Benoît Plessix : « *face à toutes ces pratiques administratives et à toutes ces réglementations de détail, on comprend que le juge*

⁹⁷ ROLIN, Frédéric. *Les contrats de l'administration et la Première Guerre Mondiale*. Jus Politicum, n° 15. Article disponible en ligne à l'adresse : <http://juspoliticum.com/article/Les-contrats-de-l-administration-et-la-Premiere-Guerre-mondiale-1066.html>.

⁹⁸ LACROIX, Guillaume. *L'adaptation du contrat aux changements de circonstances*. Droit, 2013. Article disponible en ligne à l'adresse : <https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-01317150>.

administratif se soit senti investi, au travers de sa jurisprudence de la mission d'élaborer un corpus de règles générales et communes à tous les contrats administratifs »⁹⁹. C'est ce qui explique, selon lui, que la matière contractuelle offre depuis longtemps un terrain privilégié à l'exploitation du droit privé, eu égard à l'unité de la catégorie juridique du contrat.

D. La Directive Concessions de 2014 et l'incorporation du droit européen

Le tableau des sources juridiques françaises se complexifie d'une manière considérable à partir de la création de l'Union européenne et l'application des principes de primauté du droit de l'Union (CJCE, *Costa c/ ENEL*, 1964) et de son effet direct en droit interne (CJCE, *van Gend en Loos*, 1963). Selon le professeur Plessix, l'intérêt des institutions communautaires pour les contrats publics est né de la conscience que ces outils juridiques, modes opératoires de l'action administrative, pouvaient aussi servir de vecteur efficace à la construction d'un grand marché unique européen, à l'intérieur duquel toutes les entreprises européennes, sans aucune discrimination, pourraient se porter candidates à l'attribution de contrats publics nationaux, dans le respect d'une concurrence libre et non faussée, pourvue que l'on inculque aux entités publiques une certaine rationalité économique dans le choix de leurs partenaires.¹⁰⁰

L'Union européenne s'est ainsi intéressé aux contrats publics de concession passés par les collectivités publiques, laissés jusqu'alors de côté en raison de trop fortes disparités nationales en la matière, avec l'adoption de la Directive 2014/23/UE dite « *Concessions* » du 26 février 2014. Elle a procédé à la « *codification de la jurisprudence inventive de la Cour de Justice de l'Union européenne qui, depuis les années 1980, sur le fondement des principes généraux des traités européens (non discrimination, libre circulation, libre concurrence), a eu pour ambition, au-delà des directives, d'imposer des contraintes minimales de transparence, de publicité et de mise en compétition des candidats à tous les contrats par lesquels les entités publiques lato sensu accordent un avantage économique au secteur privé concurrentiel* »¹⁰¹.

Cette directive a été par la suite fidèlement transposée en droit interne par l'ordonnance du 29 janvier 2016 (CGCT, art. L. 1410-1 et s.), avec son décret d'application

⁹⁹ PLESSIX, Benoît. *Droit administratif général*. LexisNexis, 2016, p. 1248.

¹⁰⁰ PLESSIX, Benoît. *Droit administratif général*. LexisNexis, 2016, p. 1249.

¹⁰¹ PLESSIX, Benoît. *Droit administratif général*. LexisNexis, 2016, pp. 1249 et 1250.

du 1^{er} février 2016 (D. n° 2016-86). Pour ce qui nous intéresse ici, l'une des innovations majeures de la directive relative aux concessions tient à ce qu'elle comporte des dispositions relatives au régime d'exécution des contrats de concession, y compris des dispositions relatives à la modification de l'instrument les cas échéant. Cette question est particulièrement importante pour les concessions de service public car il s'agit en effet de contrats de longue durée, dont l'exécution peut, plus que pour les marchés, connaître des aléas.¹⁰²

D'un côté, des auteurs comme Marceau Long, Prosper Weil, Guy Braibant, Pierre Delvolvé et Bruno Genevois affirment que, à partir du moment où ces textes limitent les conditions de modifications des contrats de concession¹⁰³, ils pourraient être interprétés comme couvrant les cas auxquels la théorie de l'imprévision correspond, selon la jurisprudence administrative dégagée par le Conseil d'État, et remettre en cause les conditions et les effets qu'elle leur reconnaît.¹⁰⁴

D'un autre côté, des auteurs comme Hélène Hoepffner ont plutôt tendance à soutenir que les nouvelles dispositions transposant la notion européenne de « circonstances exceptionnelles » ne recourent pas exactement la même hypothèse que l'imprévision, telle qu'elle est entendue et appliquée en droit positif interne. Selon elle, « *outre le fait que les conditions de sa mise en œuvre ne sont pas identiques (il n'est nullement fait référence à un fait extérieur aux parties, ni au bouleversement de l'économie du contrat), elles n'entraînent pas les mêmes conséquences* », car en effet, l'application de la théorie de l'imprévision n'était pas « plafonnée » à une augmentation de 50 % du montant du contrat initial et elle n'entraînait pas nécessairement la modification du contrat.¹⁰⁵

On aurait pu se demander avec ces textes si la théorie de l'imprévision « à la française » allait survivre à l'entrée en vigueur de ces nouvelles dispositions. La question ne se pose néanmoins plus puisque l'ordonnance du 29 janvier 2016 et son décret d'application du 1^{er} février 2016 étaient eux-mêmes des textes transitoires, destinés à prendre place dans le Code de la commande publique, prévu par l'article 42 de la loi n° 2014-1545 du 20 décembre

¹⁰² NOGUELLOU, Rozen. *L'exécution des contrats de concession*. AJDA, p. 1008, 2016.

¹⁰³ La modification contractuelle est une adaptation du contrat qui ne change pas sa nature globale. Les articles 139 et 140 du décret n° 2016-360 et les articles 36 et 37 du décret n° 2016-86 du 1^{er} février 2016 précisent, sous la forme d'une énumération, les modifications autorisées et celles qui ne le sont pas au motif qu'elles sont substantielles, c'est-à-dire qu'elles matérialisent la conclusion d'un nouveau contrat.

¹⁰⁴ BRAIBANT, Guy; DELVOLVÉ, Pierre; GENEVOIS, Bruno; LONG, Marceau; WEIL, Prosper. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 21^e éd., Dalloz, 2017.

¹⁰⁵ HOEPFFNER, Hélène. *La modification des contrats*. RFDA, p. 280, 2016.

2014 et qui a finalement vu jour en 2018. D'une manière ou d'une autre, ces dispositifs normatifs ont été une étape importante dans la consolidation interne de la théorie de l'imprévision dans les contrats de concession de service public en droit français.

E. Le Code de la commande publique de 2018

La fin de l'année de 2018 a été marquée par la publication du Code de la commande publique en France, avec la publication dans le Journal officiel, au mois de décembre, de l'ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018, portant partie législative et le décret n° 2018-1075 du 3 décembre 2018, portant partie réglementaire. Ledit Code est entré en vigueur le 1^{er} avril 2019, se substituant à la trentaine de textes épars qui régissait jusqu'alors la matière. Il s'applique à l'ensemble des marchés et des contrats de concession pour lesquels une consultation a été engagée ou un avis d'appel à la concurrence a été publié à partir de cette date. Pour ce qui nous intéresse ici, c'est le dernier temps dans le processus de formalisation en droit positif de la théorie de l'imprévision.

A l'article L.6 de son Titre Préliminaire, le Code de la commande publique prévoit que les contrats administratifs conclus par les personnes morales de droit public, ainsi définis en raison de leur objet ou de leurs clauses, doivent respecter certaines règles et principes généraux régissant la commande publique, parmi lesquels : « 3° *Lorsque survient un événement extérieur aux parties, imprévisible et bouleversant temporairement l'équilibre du contrat, le cocontractant, qui en poursuit l'exécution, a droit à une indemnité* ». Or, ce n'est rien d'autre que la codification à droit constant de la théorie de l'imprévision dégagée par le Conseil d'État en 1916 (c'est-à-dire, avec les conditions d'extériorité, d'imprévisibilité et de bouleversement temporaire de l'équilibre du contrat), qui trouve désormais une source normative explicite en droit interne.

Cela nous montre que tous les doutes qui ont pu surgir concernant l'application de la théorie de l'imprévision en droit interne, spécialement vis-à-vis du rapport entre application jurisprudentielle et droit positif ont été, semble-t-il, effacés. Le Code de la commande publique a adopté la théorie de l'imprévision telle qu'elle a été érigée par le Conseil d'État dans sa décision *Gaz de Bordeaux* et progressivement consolidée avec les décisions qui l'ont suivi depuis.

CHAPITRE 2. LA RECEPTION DE LA THEORIE DE L'IMPREVISION EN DROIT DES CONTRATS DE CONCESSION DE SERVICE PUBLIC BRESILIEN

On verra que le droit administratif brésilien a été largement créé à l'image du droit administratif français (SECTION 1). L'incorporation au Brésil de la théorie de l'imprévision dégagée par le Conseil d'État en 1916 ne constitue donc pas une surprise (SECTION 2).

SECTION 1. La création du droit administratif brésilien à l'image du droit administratif français

Le droit administratif brésilien possède comme source d'inspiration majeure le droit français (A). Néanmoins, comme dans tout processus d'importation de systèmes juridiques, chaque pays va procéder aux adaptations nécessaires pour que le système reflète ses caractéristiques nationales. C'est ainsi que la théorie générale des contrats administratifs au Brésil possède des particularités vis-à-vis du droit français (B).

A. Le droit français : une source d'inspiration majeure

Pour reprendre l'expression utilisée par le professeur Fernando Dias Menezes de Almeida, « *la doctrine administrativiste brésilien indique, sans hésitation, que le droit administratif national a été considérablement influencée par le Droit français, non seulement en ce qui concerne le modelage institutionnel, mais aussi en ce qui concerne l'aspect doctrinaire* »¹⁰⁶. Pour fonder cette conclusion, l'auteur utilise les leçons d'autres grands juristes brésiliens comme Edmir Netto de Araújo, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Odete Medauar, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, José Critella Júnior, Caio Tácito, entre autres¹⁰⁷.

¹⁰⁶ « *A doutrina administrativa brasileira em regra aponta, sem hesitação, ter sido o Direito administrativo pátrio influenciado significativamente pelo Direito francês, não apenas no tocante à modelagem institucional, mas também no aspecto doutrinário* ». Cf. MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 43.

¹⁰⁷ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 40 ; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo : Atlas, 2010, pp. 22-26 ; MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2010, p. 40 ; BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 141; Critella Júnior, José. *Tratado de*

Cela est d'autant plus clair lorsqu'on examine les conditions de l'indépendance du Brésil. Paulino José Soares de Souza Visconde de Uruguai disait déjà en 1862 que le système juridique français (au contraire du système anglo-saxon) était de loin le système le plus simple, méthodique, claire et compréhensible. Il poursuivait en considérant que c'était le système qui pouvait le plus facilement être adopté par un pays qui « *détruit, d'un seul coup, toutes ses institutions anciennes pour adopter à la place des institutions constitutionnelles ou représentatives* », et cela principalement lorsque ce pays a laissé de côté le système absolutiste et a « *ouvert pour la première fois les yeux à la lumière de la liberté* »¹⁰⁸.

La formation du droit administratif brésilien a été fortement inspirée du droit français, que ce soit pendant la période de l'Empire (1822-1889), avec l'idée de juridiction administrative, ou durant la période républicaine (1889 à nos jours) avec les théories et les concepts importés de la matrice française et même par la *praxis* d'un droit non positif¹⁰⁹. Bien évidemment, il ne s'agit pas d'approfondir ici la question de l'évolution du droit administratif au Brésil mais seulement d'identifier quelques points importants pour cadrer les futurs développements envisagés dans ce travail.

Une dernière remarque mérite d'être faite avant que nous puissions avancer. Lorsqu'on réalise une étude comparative, notamment en droit administratif, il faut toujours garder à l'esprit que cette branche du droit, en raison son but et de son objet, est très fortement liée aux traditions nationales car elle est un un produit de l'histoire de chaque pays¹¹⁰. Ainsi, bien que la source d'inspiration du droit administratif brésilien ait été très clairement le droit français, il n'y a rien de plus normal que de découvrir que les institutions juridiques comparées ont souffert une « nationalisation » lors de leur cristallisation en droit positif interne.

Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, v. I, 2002, p. 264; TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, v. I, 1997, p. 13.

¹⁰⁸ URUGUAI, Paulino José Soares de Souza Visconde de. *Ensaio sobre o Direito Administrativo*. São Paulo : Ed. 34, 2002 (texto de 1862, in Visconde de Uruguai, organização e introdução José Murilo de Carvalho, p. 502).

¹⁰⁹ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 43.

¹¹⁰ CASSESE, Sabino. *La construction du Droit Administratif: France et Royaume Uni*. Paris: Montchrestien, 2000, p. 12.

B. Les particularités brésiliennes relatives à la théorie générale des contrats administratifs

Il convient de noter au préalable que si, en droit français, la classification des contrats administratifs est, notamment, une règle contentieuse destinée à définir la compétence de la juridiction administrative, au Brésil ce n'est pas le cas car il s'agit d'un système dont l'ordre juridictionnel est unique. Ainsi, la classification des contrats conclus par l'Administration s'opère plutôt dans un souci de définition du régime juridique applicable à la formation, exécution et extinction du contrat. En d'autres termes, à un contrat administratif s'appliquera le régime dérogatoire de droit public.

En lisant cette phrase un peu précipitamment on pourrait penser qu'il n'y a pas une grande différence avec la France, au moins quant à une partie de la classification des contrats administratifs (en vertu de la règle selon laquelle la compétence suit le fond). Mais au Brésil, selon la doctrine traditionnelle, la nature administrative de ces contrats est uniquement déterminée par le critère organique. A partir du moment où une personne morale de droit public est partie intégrante à une convention, le régime dérogatoire de droit public devrait s'appliquer indépendamment de son objet. Dès lors, les prérogatives de modification, de résiliation unilatérale, de sanction et de régulation s'appliqueront automatiquement au contrat auxquels une personne publique est partie¹¹¹.

Telle a été la définition du contrat administratif qui a été adoptée en droit interne par l'article 2 de la Loi n° 8.666, du 21 juin 1993, qui réglemente l'article 37, XXI de la Constitution Fédérale et institue des normes pour les procédures de mise en concurrence et les contrats de l'Administration Publique (« Loi de Licitações et des Contrats Administratifs »), qui impose l'application d'un régime juridique unique à « *tout accord conclu entre les organes ou entités de l'Administration publique et les particuliers, dans lequel il y aurait un accord de volontés pour l'établissement d'un lien et des obligations*

¹¹¹ V. dans ce sens LOPES MEIRELLES, Hely. *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1991, 10^a ed., p. 156 ; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Ainda existem os chamados contratos administrativos?* In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (Coordenadores). *Supremacia do Interesse Público e outros temas relevantes do direito administrativo*. Belo Horizonte: Editora Atlas, 2010. p.408 ; CUNHA, Thadeu Andrade da. *A Teoria da Imprevisão e os Contratos Administrativos*. In : Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 201 : pp. 35-44, jul./sept. 1995.

recíprocas, quelle que soit sa dénomination »¹¹². Toutefois, nous considérons qu'il s'agit d'un exemple d'une transposition erronée (et simpliste) de la doctrine française du début du XX^{ème} siècle a propos du régime juridico-administratif¹¹³.

Cette classification fondée uniquement sur l'organe n'est cependant plus acceptée de manière uniforme par la doctrine. Pour beaucoup d'administrativistes contemporains l'application du régime exorbitant des contrats administratifs n'est pas une fin en soi, mais nécessite un motif d'intérêt général qui justifie son application¹¹⁴. Comme le souligne le professeur Fernando Dias Menezes, « *il convient plutôt de raisonner de manière finaliste vis-à-vis de la fonction sociale de l'objet du contrat et, dans ce sens, du propre instrument contractuel, pour que soit justifiée, dans chaque cas concret, l'application d'un régime avec plus ou moins de prérogatives auto exécutoires de l'action unilatérale par l'Administration* »¹¹⁵. Pour ce dernier, la classification d'un contrat comme administratif – et donc sa susceptibilité d'entraîner l'application de clauses exorbitantes dans une plus ou moins grande mesure (raisonnement en échelle) – devrait plutôt s'opérer par la combinaison des critères organique et matériel. Un contrat serait administratif à partir du moment où il serait conclu par une personne morale de droit public et qu'il aurait un objet justifiant l'application d'un régime exorbitant. Il s'agit donc d'une doctrine davantage similaire à la conception jurisprudentielle française du contrat administratif mêlant critère organique (TC, 1983, *UAP* ; TC, 2015, *Mme Rispal c. ASF*) et critère matériel de l'exécution du service public (CE, 1956, *Epoux Bertin*) ou de la présence de clauses exorbitantes du droit

¹¹² « Art. 2º. (...). *Parágrafo único. Para os fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada* ».

¹¹³ V. dans ce sens VÉRAS DE FREITAS, Rafael. *Os contratos privados celebrados por concessionários de serviços públicos e a sua regulação*. In: *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 101, pp. 219-240, jan./fev. 2017.

¹¹⁴ V. dans ce sens MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. *Do contrato administrativo à Administração Contratual*. In: *Boletim de Licitações e Contratos*, v. 64, pp. 726-732 ; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos*. *Fórum de Contratação e Gestão Pública*, Belo Horizonte, v. 8, n. 93, pp. 7-18, set. 2009.

¹¹⁵ « *Há que se raciocinar finalisticamente com a função social do objeto do contratual e, nesse sentido, do próprio contrato, para que se justifique, em cada caso, a incidência de um regime com maior ou menor carga de prerrogativas auxotoexecutáveis de ação unilateral por parte da Administração* ». Cf. MENEZES, Fernando. *Contratos administrativos nos dias atuais*. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 17, n. 90, p. 37-63, mar./abr. 2015.

commun¹¹⁶ (CE, 1912, *Société des Granits Porphyroïdes des Vosges* ; TC, 2014, *Société Axa France IARD* : « clause qui, notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l'exécution du contrat, implique, dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs »).

Il y a aujourd'hui des divergences entre la doctrine classique, renforcée par le droit positif, qui fait prévaloir le critère organique, et la doctrine administrativiste plus moderne qui défend un mélange de critères davantage similaire à la position française. Or, au Brésil, les positions de la doctrine fonctionnent très souvent comme dogme¹¹⁷, surmontant parfois même les dispositions expresses du droit positif. Néanmoins, que l'on privilégie un critère de classification à un autre, les contrats de concession de service public seront inexorablement des contrats administratifs.

Ces contrats ont été définis par le juriste Floriano Marques de Azevedo Neto comme des « instruments de réalisation de l'intérêt public de manière indirecte ». Ce sont des instruments par lesquels l'Administration accorde des droits – qui découlent des compétences dont l'État est titulaire – à un particulier. La délégation de ces droits se justifie par l'idée qu'il s'agit du moyen le plus efficace pour atteindre l'un des objectifs suivants : la réalisation, l'opération ou l'exploitation d'une utilité publique. Cet objectif conditionne non seulement les droits et prérogatives accordés au particulier, mais également les obligations qui lui sont transférées.¹¹⁸

Il est intéressant de noter que, même si les contrats de concession de service public font partie du genre général des contrats administratifs, leur fondement en droit positif n'est pas tout à fait le même : tandis que la source des contrats administratifs se trouve dans l'article 37, XXI de la Constitution fédérale (v. *supra*), la source constitutionnelle des contrats de concession de service public se trouve plus spécifiquement dans son article 175 :

¹¹⁶ Le juge administratif et le juge des conflits privilégient aujourd'hui le critère du régime exorbitant des contrats administratifs.

¹¹⁷ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 50-51.

¹¹⁸ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 117.

« Art. 175. Il appartient à la puissance publique, selon les formes de la loi, d'assurer les services publics directement ou sous régime de concession ou d'autorisation, dans tous les cas moyennant appel d'offres »¹¹⁹.

Cela nous montre qu'aux contrats de concession de service public sera appliqué un régime juridique spécifique, spécial vis-à-vis du régime général des contrats administratifs. Par conséquent, la Loi brésilienne relative à la Concurrence (Loi n° 8.666/93) ne détient pas non plus le monopole normatif relativement aux contrats de concession. En réalité, l'article 175 de la Constitution fédérale a été complété par la Loi de Concessions brésilienne et par la Loi n° 9.074, du 7 juillet 1995, qui établit les normes d'octroi et de prorogations des concessions de services publics.

Dans cette mesure, le régime juridique des concessions de service public se fonde d'abord et avant tout sur les deux lois précitées. C'est ensuite seulement que l'on peut appliquer les dispositions de la Loi n° 8.666/93 en tant que norme générale d'application subsidiaire. Finalement, force est de constater que le régime juridique de droit privé trouve également une application subsidiaire dans tous les contrats administratifs, y compris lorsqu'il s'agit des contrats de concession de service public, ce qui reflète le tronc juridique commun entre tous les contrats.

Toutes ces considérations sur les contrats de concession de service public sont d'autant plus importantes pour notre propos qu'elles serviront de support pour les analyses spécifiques concernant l'imprévision.

Pour Bockmann Moreira, les contrats de concession de service public sont conclus dans une conjoncture déterminée, spécialement économique, qui est de nature à motiver les parties à aligner leurs intérêts et convenir des droits et obligations réciproques par le biais d'un instrument contractuel. Autrement dit, *« le contrat de concession est un acte juridique conclu dans un contexte historique déterminé (et il est ainsi, évidemment, limité dans sa propre historicité objective), ce qui impose sont adaptabilité vis-à-vis des circonstances nouvelles, anormales et imprévisibles »* qui surviennent lors de son exécution.¹²⁰

¹¹⁹ « Art. 175. Incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos », Constitution fédérale du Brésil.

¹²⁰ « O que se defende é a compreensão do contrato de concessão como um negócio jurídico celebrado em determinado contexto histórico (e, assim, como não poderia deixar de ser, circunscrito à sua própria historicidade objetiva), impondo-se a respectiva adaptação às alterações supervenientes, anormais e

Enfin, comme on l'a vu précédemment, si on considère le droit public brésilien dans sa globalité, l'influence exercée par la doctrine est non négligeable, au moins en tant qu'argument d'autorité. Son poids se fait d'autant plus ressentir lors des consultations juridiques demandées au stade de la formation et de l'exécution des contrats administratifs, mais aussi et surtout dans la motivation des jugements et des décisions juridictionnelles.

La doctrine brésilienne s'étant inspirée du droit français, notamment en matière d'imprévision dans les contrats de concession, cette influence a eu des conséquences sur le système juridique positif.

SECTION 2. La jurisprudence du Conseil d'État comme source de la théorie de l'imprévision au Brésil

Comme la théorie générale des contrats administratifs brésilienne a été fortement influencée par le droit français, ce n'est pas une grande surprise de constater que la théorie de l'imprévision brésilienne puise ses sources dans la jurisprudence du Conseil d'État français. Cette théorie a été tout d'abord accueillie par la doctrine administrativiste brésilienne et en droit positif (A), puis ensuite par les tribunaux (B).

A. L'accueil de la théorie par la doctrine administrativiste brésilienne et le droit positif

Pour la doctrine brésilienne, il n'y a aucun doute quant à l'applicabilité de la théorie de l'imprévision dans les contrats administratifs et, *a fortiori*, dans les contrats de concession de service public¹²¹. Bien plus que cela, il y a un consensus parmi les auteurs quant à la

imprevisíveis, relativas à sua base objetiva ». Cf. MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público: inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 403/404

¹²¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16^a ed., São Paulo: RT, 2014, p. 1018, p. 192 ; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 31^a ed., São Paulo: Malheiros, 2005, p. 236 ; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 26^a ed., São Paulo: Atlas, 2013, p. 292 ; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 30^a ed., São Paulo: Malheiros, 2013, p. 665 ; ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 60 ; GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*, 11^a ed., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 637.

source unique d'inspiration de la théorie de l'imprévision au Brésil : il s'agit de la création prétorienne du Conseil d'État à l'occasion de l'arrêt *Gaz de Bordeaux* de 1916.¹²²

L'ouvrage pionnier sur ce sujet au Brésil s'intitule « *Cas Fortuito e Teoria de l'Imprévision* » (*Caso fortuito e Teoria da Imprevisão*), écrit par le professeur Arnaldo Medeiros da Fonseca. Dans son livre, l'éminent juriste, tout en invoquant le précédent dégagé par le Conseil d'État de 1916, a conclu que « *l'imprévision s'applique à tout contrat administratif dans lequel se vérifient les conditions d'application* »¹²³. Cet ouvrage a été totalement inspiré du droit français et marque l'accueil de la théorie en droit brésilien. Il est de nature à montrer que le doute relatif à l'extension de son champ d'application à tous les contrats administratifs n'a jamais existé en droit national.

Pourtant, si l'origine et les idées générales de la théorie de l'imprévision appliquées aux contrats de concession de service public sont communes, le Brésil n'est pas allé jusqu'au bout lors de sa transposition en droit interne (ou peut-être est-il allé trop loin). On peut déjà le constater à partir de quelques définitions de la théorie données par la doctrine.¹²⁴

Pour l'éminent administrativiste Hely Lopes Meirelles, la théorie de l'imprévision provient de la clause *rebus sic stantibus* et elle peut être définie comme étant : « *la reconnaissance des évènements nouveaux, imprévus et imprévisibles qui affectent l'exécution du contrat autorisant sa modification pour l'adapter aux circonstances nouvelles* »¹²⁵. Deux éléments attirent l'attention : l'utilisation simultanée des mots « imprévisibles » et « imprévus », choix qui, comme on le verra, n'est pas anodin.

Pour d'autres auteurs plus contemporains, comme l'administrativiste Odete Medauar, la théorie de l'imprévision s'applique « *lorsque les circonstances qui ne pouvaient pas être*

¹²² V. dans ce sens: ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro : Forense, 2012, pp. 341 et ss ; CUNHA, Thadeu Andrade da. *A Teoria da Imprevisão e os Contratos Administrativos*. In : *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 201 : pp. 35-44, jul./sept. 1995; ARAÚJO PEREIRA, Kylece Anne de. *A aplicabilidade da Teoria da Imprevisão no âmbito dos contratos administrativos*. In : *Revista de Informação Legislativa*, Brasília a. 38, n. 149, jan./mar., 2001.

¹²³ « (...) *todo contrato administrativo em que se verificarem os pressupostos da imprevisão está sujeito a esse regime* ». FONSECA, Arnaldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. Rio de Janeiro : Forense, 2^e éd., 1943.

¹²⁴ Il ne s'agira pas ici de faire un tour de toutes les définitions de théorie de l'imprévision que l'on peut rencontrer en droit brésilien ; on a simplement choisi celles que nous considérons les plus révélateurs parmi elles, en sachant que la plupart des autres auteurs non cités n'échappent pas des définitions ici exposées.

¹²⁵ « [O] *reconhecimento de que a ocorrência de eventos novos, imprevistos e imprevisíveis pelas partes, autoriza a revisão do contrato para o seu ajustamento às circunstâncias supervenientes* ». Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 1990, p. 230.

prévues au moment de la conclusion du contrat sont de nature à modifier profondément son équilibre financier, en rendant son exécution excessivement difficile et provoquant un déficit au cocontractant, le cocontractant privé aura le droit de réviser les conditions contractuelles dans le but de garantir sa continuation et de maintenir l'équilibre financier de l'accord »¹²⁶. C'est une définition très fortement calquée sur les aspects financiers du contrat de concession, qui reprend toutefois les caractères d'imprévisibilité et de bouleversement de l'économie du contrat.

Un dernier exemple : Alexandre Santos de Aragão définit l'imprévision comme « *tout événement extérieur au contrat et aux parties, imprévisible et inévitable, de nature à causer un déséquilibre non négligeable et à rendre l'exécution du contrat excessivement onéreuse pour le cocontractant* »¹²⁷. Cette définition doctrinale ressemble fortement à la définition française car l'auteur invoque tous les éléments mobilisés par le Conseil d'État : imprévisibilité, extériorité et bouleversement de l'économie du contrat.

À partir de l'analyse de ces trois définitions quelques conclusions se dessinent : (i) d'abord, les trois conditions dégagées par le Conseil d'État de 1916 ne sont pas forcément toujours présentes (par exemple, l'élément de l'extériorité n'est pas présent dans la définition de Hely Lopes Meirelles ni de Odete Medauar – ce qui, comme on l'a vu, est en relation avec l'absence de séparation claire et nette entre théorie de l'imprévision, force majeure et fait du Prince) ; (ii) par contre, on peut d'ores et déjà constater la présence d'autres termes qui ne font nullement partie du vocabulaire du Conseil d'État lorsqu'il traite de la théorie de l'imprévision, comme par exemple la question des événements imprévisibles ou imprévus. Ces différences qui ne semblent pourtant par énormes à ce stade vont s'avérer importantes au moment de l'analyse approfondie des conditions d'application de la théorie de l'imprévision aux contrats de concession.

B. L'accueil de la théorie par les tribunaux

¹²⁶ « *Circunstâncias que não poderiam ser previstas no momento da celebração do contrato, se vêm a modificar profundamente a sua economia, dificultando sobremaneira sua execução, trazendo déficit ao contratado, tem o contratado (o particular) o direito de rever suas condições, para superar as dificuldades, a fim de preservar a continuação do contrato e a o equilíbrio econômico-financeiro da avença* ». Cf. MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004, p. 262.

¹²⁷ « *[Álea econômica] é todo acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que causa um desequilíbrio não desprezível, tornando a execução do contrato excessivamente oneroso para o contratado* ». Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro : Forense, 2012, pp. 341 et ss.

Bien que notre droit administratif ne soit pas aussi prétorien qu'en France, c'est *in fine* le Pouvoir Judiciaire¹²⁸ qui est chargé d'appliquer le droit lorsque naît un litige relatif à un contrat de concession de service public. L'analyse de la jurisprudence des Cours Suprême et supérieures est donc particulièrement intéressante pour notre sujet. Sous l'influence française, la théorie de l'imprévision a été accueillie et est appliquée aux contrats de concession de service public depuis très tôt par toutes les Cours supérieures du Brésil.¹²⁹

La Cour suprême fédérale (STF) admet l'application de la théorie de l'imprévision aux contrats administratifs dès 1938, déguisée sous l'habillage de la clause *rebus sic stantibus*, en jugeant expressément que cette clause n'est contraire à aucune norme juridique nationale écrite¹³⁰. Depuis lors, la jurisprudence des tribunaux brésiliens est abondante : c'est ainsi que la théorie de l'imprévision, comme instrument d'interprétation des contrats et cause de révision des accords, se trouve consacrée en droit national depuis très longtemps.

Par exemple, on pourrait citer, pour l'une des premières décisions rendues dans ce sens, la décision du 13 septembre 1948¹³¹ rendue à propos d'un marché de travaux publics, la Cour suprême affirmant pour la première fois que « *spécialement en Droit administratif (...), encore plus qu'en droit civil, il y a lieu d'admettre la modification du contrat pour des raisons de conditions économiques nouvelles. Si, en principe, les contrats de droit civil sont exécutés dans une ambiance et dans un temps limité, les contrats administratifs se prolongent, dans son exercice, dans le temps et dans l'espace, subissant plus encore, et pour cette raison même, les variations inhérentes aux mutations sociales. (...). Se trouve donc justifiée l'application de la théorie de l'imprévision dans des cas exceptionnels* »¹³². Ou encore, plus spécifiquement concernant les contrats administratifs de long terme : « *La clause rebus sic stantibus est désormais utilisée comme clause implicite uniquement dans les contrats qui prévoient des paiements périodiques successifs tout au long d'un délai prolongé,*

¹²⁸ Le droit brésilien reconnaît l'existence d'un pouvoir judiciaire, sur le modèle américain, à la différence de la Constitution française de la Vème République qui évoque « l'autorité judiciaire » (Titre VIII).

¹²⁹ GARCIA, Flávio Amaral. *A imprevisão na previsão e os contratos concessionais*. In : DUTRA, Joísa Campanher ; SAMPAIO, Patrícia Regina Ribeiro (Orgs.). *20 anos de concessões em infraestrutura no Brasil*. Rio de Janeiro : Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017.

¹³⁰ STF, RF 7/79, Rel. Min. Costa Manso.

¹³¹ STF, RE n° 11.415/CE, Rel. Min. Ribeiro da Costa, D.J. 13.09.1948.

¹³² « *Especialmente no ramo do direito administrativo, (...), mais do que no Direito civil, há margem para admissão da revisão contratual sob a pressão de novas condições econômicas. Se, via de regra, os contratos de direito civil se executam em ambiente limitado e em tempo restrito, os contratos de direito administrativo se dilatam, em seu exercício, no tempo e no espaço, sofrendo mais e, por isso mesmo, as variações inerentes às mutações sociais. (...). Justifica-se, pois, em casos excepcionais, a aplicação da teoria da imprevisão* ».

s'il est intervenu une profonde altération entièrement imprévue des circonstances existantes au moment de la conclusion de l'accord »¹³³.

On pourrait trouver de nombreux exemples de jurisprudences de la Cour Suprême qui acceptent de modifier des contrats administratifs de long terme en application de la théorie de l'imprévision, lorsque des circonstances nouvelles et imprévues s'imposent pendant son exécution.¹³⁴ La décision la plus récente rendue par la Cour Suprême en application de la théorie de l'imprévision a été rendue en mars 2018, et avait justement pour objet un contrat de concession de service public aéroportuaire¹³⁵, comme on le verra plus en profondeur *infra*.

De la même manière, le *Tribunal Superior de Justice* accepte depuis longtemps d'appliquer la théorie de l'imprévision aux contrats de concession de service public : « (...) *Le Tribunal Superior de Justice adopte la théorie de l'imprévision dès lors que le litige fait référence à la modification du contrat administratif en vue de rétablir l'équilibre financier initial du contrat* »¹³⁶.

Aujourd'hui, les Cours n'ont aucune difficulté à appliquer la théorie de l'imprévision aux contrats administratifs de long terme, notamment lorsqu'il s'agit de contrats de

¹³³ « *A cláusula rebus sic stantibus tem sido admitida como implícita somente em contratos com pagamentos periódicos sucessivos de ambas as partes ao longo de prazo dilatado, se ocorreu alteração profunda inteiramente imprevisível das circunstâncias existentes ao tempo da celebração do negócio* ». STF, RE n° 71.443-RJ, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, DJ 28.09.1973. Plusieurs d'autres décisions dans ce même sens ont été rendues par la Cour Suprême : STF, RTJ: 35/597; 44/341; 46/133; 51/187; 55/92; 57/44; 60/774; 61/682; 63/551; 66/561; 96/667; 100/140; 109/153; 110/328 e 117/323.

¹³⁴ Par exemple: « *Ementa : Empreitada de obra pública. Pedido de reajustamento com base na cláusula rebus sic stantibus. Improcedência da ação por ausência de prova do prejuízo alegado. Recurso extraordinário não conhecido por não caracterizado o dissídio jurisprudencial. (...). No RE n° 2.675, decidiu o Supremo Tribunal que não viola expressa disposição de lei o julgado que acolhe a cláusula rebus sic stantibus. No RE 11.415 (D.J. de 25.03.50, pp. 1.819) admitiu a teoria da imprevisão, quando circunstâncias supervenientes do contrato. No A.C. 15.639 (D.J. de 29.10.64 p. 3.937), o Tribunal Federal de Recursos entendeu aplicável o mesmo princípio, por serem as condições econômicas atuais de tal ordem que negar reajustamento, em contratos cujos preços dependem de atos do Governo, importaria verdadeira espoliação do devedor. (...) a invocação da cláusula rebus sic stantibus exige, ao lado da boa-fé, prova de que o cumprimento do contrato arruina o estimulante, ou lhe deu prejuízo, se o cumpriu* », STF, RE n° 64.152/GB, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, D.J. 23.08.1968 ou encore la décision STF, RE n° 64.231/SP, Rel. Min. Audáclito Cardoso, D.J. 26.09.69.

¹³⁵ STF, RE n° 817.663/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 13.03.2018.

¹³⁶ « (...) *esclareço que o STJ adota a Teoria da Imprevisão quando o assunto é a alteração do contrato administrativo para fins de restaurar o equilíbrio econômico-financeiro da avença* ». STJ, REsp n° 120.113/MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 14.08.2000. Dans ce même sens, v. les décisions suivantes : STJ, REsp n° 1129738/SP, Rel. Min. Mauro Campbel Marques, Segunda Turma, DJe 21.10.2010 ; STJ, REsp216.018/DF, Rel. Min. Franciulli Neto, D.J. 10.09.2001 ; STJ, REsp n° 1.248.237/DF, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJ 18.09.2014.

concession de service public. Même si l'analyse doctrinale est importante, l'étude des décisions de justice montre en définitive comment cette théorie est *de facto* appliquée dans les cas concrets. Finalement, les conditions requises pour l'imprévision, la rigueur dans l'application de chacune ainsi que l'extension des effets produits vont servir de piste pour déterminer le raisonnement juridique qui se trouve derrière l'application de ladite théorie. C'est ce qui nous intéresse particulièrement dans cette étude comparée.

PARTIE II. UN DÉVELOPPEMENT DIVERGENT

Malgré son origine commune, le développement de la théorie de l'imprévision dans les contrats de concession en France et au Brésil a été clairement divergent. Comme nous essayerons de le démontrer dans cette seconde partie, ces effets divergents ont une portée hétéroclite (**Chapitre 1**) s'expliquant par l'utilisation de fondements juridiques différents, dans les deux pays, pour légitimer la théorie de l'imprévision. (**Chapitre 2**)

CHAPITRE 1. DES EFFETS D'UNE PORTEE HETEROCLITE

Les effets qui résultent de l'application de la théorie de l'imprévision en France (SECTION 1) sont assez divergents en comparaison avec le Brésil où les effets de l'application de la théorie de l'imprévision sont beaucoup plus étendus (SECTION 2).

SECTION 1. Les effets de l'application de la théorie de l'imprévision en France

En France, comme les conditions de la théorie de l'imprévision sont très strictes, son application demeure, *de facto*, très exceptionnelle puisqu'elle est limitée aux circonstances vraiment imprévisibles (A). Logiquement, cela conduit à des conséquences moins favorables en droit français vis-à-vis des parties cocontractantes de l'Administration, si l'on compare avec le Brésil (B).

A. Les conditions d'application : une applicabilité limitée aux circonstances vraiment imprévisibles

D'après Ludivine Clouzot, la jurisprudence est « *particulièrement draconienne* » en matière d'imprévision.¹³⁷ En effet, le mécanisme dégagé en 1916 par le Conseil d'État a très rapidement fait l'objet d'un encadrement strict par le juge afin d'éviter une application trop aisée. Dans cette mesure, des critères spécifiques doivent être réunis pour considérer que la situation d'imprévision est caractérisée. On se concentrera sur la condition relative à la nature

¹³⁷ CLOUZOT, Ludivine. *La théorie de l'imprévision en droit des contrats administratifs : une improbable désuétude*. RFDA, p. 937, 2010

des contrats conclus par l'administration (a) avant d'étudier les critères d'application de la théorie de l'imprévision qui joue lorsque surgit en cours d'exécution du contrat, un événement imprévisible, extérieur aux parties (b), entraînant un bouleversement de l'économie du contrat (c). L'état d'imprévision doit être provisoire, l'octroi d'une indemnité d'imprévision n'étant possible que si le cocontractant a continué à exécuter le contrat.

a) Condition relative à la nature des contrats conclus par l'administration

Le contrat de concession de service public a été le substrat de création de la théorie de l'imprévision en droit français et les premiers recours à cette théorie ont pu laisser croire qu'il était son seul support. Selon Benoît Plessix, cela résulte notamment des conclusions du commissaire Chardenet dans l'arrêt *Gaz de Bordeaux* où il affirme que cette théorie a été clairement « *construite de toutes pièces pour les concessions* »¹³⁸. Néanmoins, depuis 1916, le Conseil d'État a rapidement décidé de ne pas circonscrire son champ d'application aux seules concessions de service public, celle-ci étant « *largement appliquée par la suite à d'autres contrats que la concession, mais à la condition que le titulaire assume une mission de service public ou d'intérêt général* »¹³⁹.

En d'autres termes, la théorie de l'imprévision ne se limite certes plus aux seuls contrats de concession de service public – même s'il demeure son domaine principal¹⁴⁰, en vertu de son objet – mais est désormais applicable à d'autres contrats administratifs. Toutefois, il convient de souligner que, quoi qu'il en soit, le contrat devra toujours être, au moins indirectement, lié à une mission de service public.

La théorie de l'imprévision a ensuite été étendue aux marchés : (a) de transport (CE, 21 juillet 1917, *Compagnie générale des automobiles postales*), (b) de travaux publics (CE, 30 octobre 1925, *Mas-Gayet*) et (c) de fournitures (CE, 8 février 1918, *Gaz de Poissy*). Par contre, elle ne pourra jamais jouer pour les marchés de livraison unique, comportant un bref délai d'exécution (CE, 3 décembre 1920, *Fromassol*), faute de satisfaire ses autres conditions

¹³⁸ PLESSIX, Benoît. *Droit administratif général*. LexisNexis, pp. 1240-1243, 2016.

¹³⁹ UBAUD-BERGERON, Marion. *La mutabilité du contrat administratif*, thèse Université Montpellier I, 2004, p. 381.

¹⁴⁰ BRAIBANT, Guy; DELVOLVÉ, Pierre; GENEVOIS, Bruno; LONG, Marceau; WEIL, Prosper. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 21^e éd., Dalloz, 2017.

d'application, au nom de l'idée qu'un marché est à tout le moins un contrat conclu pour les besoins du service public¹⁴¹. Pour le professeur Benoît Plessix, cette extension aux marchés est instructive car elle nous rappelle que la jurisprudence *Gaz de Bordeaux* est une forme de retour aux sources¹⁴².

Le Conseil d'État a ajouté encore que la cessation du contrat ne faisait pas obstacle à la demande l'indemnisation, y compris en cas de résiliation anticipée (CE, 10 février 2010, *Société Prest'Action*), constatation qui aura des conséquences importantes pour notre propos.

En ce moment donc, deux choses doivent être retenues concernant l'application de la théorie de l'imprévision aux contrats administratifs : son applicabilité s'attache au fait que le contrat accomplisse, au moins indirectement, une mission de service public ; elle ne s'applique que pour les contrats d'exécution successive.

Finalement, il y a lieu de faire une dernière remarque quant aux contrats de droit privé conclus par l'Administration. L'inapplicabilité de ladite théorie tenait simplement à ce que leur contentieux appartient aux tribunaux judiciaires, qui ont jusqu'à très récemment refusé d'admettre cette théorie. Comme on l'a vu cependant, les nouvelles dispositions de l'article 1195 du Code Civil, résultant de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, vont atténuer cette opposition¹⁴³.

b) Condition relative aux événements qui surviennent

D'après la jurisprudence du Conseil d'État, les événements affectant l'exécution du contrat doivent être imprévisibles et extérieurs aux parties. Dans l'arrêt fondateur du *Gaz de Bordeaux*, le Conseil d'État avait estimé que les titulaires de contrats administratifs devaient assumer les aléas normaux de la vie économique pouvant avoir des répercussions sur le cours de l'exécution du contrat.

En conséquence, pour que puisse jouer la théorie de l'imprévision, les faits générateurs du bouleversement de l'économie du contrat doivent alors « *déjouer toutes les prévisions qu'avaient et qu'auraient raisonnablement pu faire les parties lors de la*

¹⁴¹ L. Corneille, concl. sur CE, 18 février 1918, *Sté d'éclairage de Poissy*. Rec. CE 1918, p. 120.

¹⁴² PLESSIX, Benoît. *Droit administratif général*. LexisNexis, pp. 1240-1243, 2016.

¹⁴³ BRAIBANT, Guy; DELVOLVÉ, Pierre; GENEVOIS, Bruno; LONG, Marceau; WEIL, Prosper. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 21^e éd., Dalloz, 2017, pp. 175-183.

conclusion du contrat », condition que l'on va mieux exploiter par la suite avec l'analyse de l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'État. En effet, Benoît Plessix souligne que « *le volontarisme prétorien est encore attesté par le fait qu'au fur et à mesure des espèces, le juge a précisé son édifice jurisprudentiel* »¹⁴⁴.

La théorie de l'imprévision étant, dans la théorie des aléas contractuelles, assimilée à l'aléa économique extraordinaire, il semble logique que l'évènement concerné soit d'abord et avant tout de nature économique, car, comme le souligne bien Ludivine Clouzot, cet élément permet sur un plan théorique de distinguer la théorie de l'imprévision d'autres constructions jurisprudentielles telles que les sujétions imprévues, la force majeure ou le fait du Prince.¹⁴⁵

Dans cette mesure, ont été reconnus comme justifiant l'application de l'imprévision certains *bouleversements financiers* tels que : (a) les dévaluations (CE, 23 novembre 1956, *Héreil*) (b) ou les blocages des prix (CE, 14 mars 1962, *Société manufacture des vêtements Paul Boyé*) ; (c) Les bouleversements sociaux ont également été considérés comme tels, notamment les évènements de 1936 (CE, 11 décembre 1957, *Ministre de la défense c. Sieur Berthas*) ; (d) les lois sociales de 1936 (CE, 13 novembre 1953, *Charnit ès qualité de liquidateur de la société Collet Georges et fils*) ou (e) des grèves générales (CE, 2 février 1951, *Société des grands travaux de Marseille*).

Pourtant, si ont d'abord été retenues les circonstances d'ordre économique, le Conseil d'État a, au fil du temps, étendu sa jurisprudence aux phénomènes naturels (CE, Sect., 21 avril 1944, *Compagnie française des câbles télégraphiques*). Finalement, il a aussi accepté l'intervention d'une autorité publique comme étant un évènement d'imprévision (CE, 4 mai 1949, *Ville de Toulon* et CE, 15 juillet 1949, *Ville d'Elbeuf*), bien que le juge administratif a initialement considéré que l'aléa administratif ne pouvait être lié qu'à la théorie du fait du Prince et l'aléa économique à celle de l'imprévision.

Mais pour qu'elle soit applicable, il faut que ces évènements aient « *déjoué toutes les prévisions qu'avaient raisonnablement pu faire les parties lors de la conclusion du contrat* ». ¹⁴⁶ C'est la raison pour laquelle la théorie de l'imprévision ne peut jouer : (a) lorsque les délais d'exécution sont brefs (CE, 3 décembre 1920, *Fromassol*), comme on l'a

¹⁴⁴ PLESSIX, Benoît. *Droit administratif général*. LexisNexis, pp. 1240-1243, 2016.

¹⁴⁵ CLOUZOT, Ludivine. *La théorie de l'imprévision en droit des contrats administratifs : une improbable désuétude*. RFDA, p. 937, 2010

¹⁴⁶ BRAIBANT, Guy; DELVOLVÉ, Pierre; GENEVOIS, Bruno; LONG, Marceau; WEIL, Prosper. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 21^e éd., Dalloz, 2017, pp. 175-183.

vu ; (b) lorsque la hausse des prix n'a pas dépassé la hausse due aux variations saisonnières (CE, 1^{er} février 1939, *Leostic*) ; (c) lorsqu'à l'époque à laquelle a été conclu le marché, la variation des prix était prévisible (CE, 10 février 1943, *Aurran*) ; (d) lorsque, dès la conclusion de la convention, la cause du bouleversement du contrat pouvait être prévue (CE Sect., 23 janvier 1959, *Commune d'Huez*) ; ou, finalement, (e) lorsque la clause de variation des prix a pu normalement jouer (CE, 19 février 1992, *SA Dragages et travaux publics c. Escota*). L'élément primordial étant donc que l'évènement imprévisible ait joué dans « *une mesure déjouant tous les calculs* ».

Une décision du Conseil d'État du 22 février 1963 *Ville d'Avignon* mérite également notre attention. Dans cette affaire, la Haute juridiction a affirmé qu'une indemnité d'imprévision pouvait être accordée lorsque parties n'avaient pas pu prévoir les conséquences financières d'un événement par lui-même prévisible ou d'une situation déjà existante à la date du contrat. Il s'agit donc d'une application de l'imprévision non seulement dans l'hypothèse d'une situation *de facto* imprévisible, mais aussi dans une situation prévisible dont les conséquences sont incalculables. Il n'en demeure pas moins que, d'après toutes nos recherches, il s'agit de la seule décision dans laquelle la théorie de l'imprévision a été appliquée avec une telle souplesse. Dans ce contexte, il convient de relativiser la portée de cette décision. En réalité, il ne s'agit nullement d'un assouplissement permanent des conditions de la théorie ; celles-ci demeurent, la plupart des cas, extrêmement rigides et limitées.

On peut déduire de cette vaste jurisprudence du Conseil d'État que la théorie de l'imprévision ne peut être invoquée qu'en présence d'un fait ou d'un acte de fait *imprévisible*. Ainsi, en principe, quelle que soit la nature de l'évènement, il est primordial que ce dernier n'ait pu être prévu et qu'il ait déjoué toutes les prévisions que les parties avaient pu faire au moment de la conclusion du contrat.

D'après Ludivine Clouzot « *la notion d'imprévisibilité se trouve ainsi au centre de la démonstration, l'aléa survenu provoquant, par son ampleur, un bouleversement de l'économie du contrat* ». Le lien de causalité alors envisagé apparaît comme le « *moteur nécessaire* » au déclenchement de la théorie.¹⁴⁷ Comme le soulignent Ayméric Ruellan et Albane Hugé, l'imprévisibilité dont il est ici question s'apprécie objectivement. Il ne s'agit

¹⁴⁷ CLOUZOT, Ludivine. *La théorie de l'imprévision en droit des contrats administratifs : une improbable désuétude*. RFDA, p. 937, 2010

pas de savoir si les parties ont envisagé l'événement considéré, mais il faut dépasser ce stade de l'analyse et établir si le fait dommageable aurait pu être raisonnablement anticipé par elles – critère du bon père de famille – étant entendu qu'« *un événement n'est jamais imprévisible en soi : l'imprévisibilité tient tout à la fois à la qualité des parties (en l'occurrence des entrepreneurs avertis) et à un contexte* ». ¹⁴⁸

En dernier lieu, en plus de la condition d'imprévisibilité il ne faut pas oublier que l'événement doit également être étranger aux parties contractantes. Ainsi, si la perte subie par l'entrepreneur est due au fait de l'administration contractante, c'est la jurisprudence du fait du prince qui s'applique. Si elle est due à une faute commise par le cocontractant lui-même, il n'a le droit à aucune indemnité (CE, 29 avril 1949, *Ministre de la guerre*) ¹⁴⁹.

Pourtant, les professeurs Bruno Deffains et Samuel Ferey ont raison d'affirmer qu'« *en tant que tel ce n'est pas le caractère imprévisible de l'événement qui est réellement crucial mais plutôt les conséquences de cet événement sur l'équilibre du contrat* ». D'après ces auteurs, ces conséquences doivent être notamment considérées sous l'angle de la manière dont cet imprévu affecte le coût des obligations sur lesquelles elles s'étaient engagées. Dans ce contexte, aussi bien en droit qu'en économie, « *l'événement imprévu n'a d'impact sur la relation contractuelle que par le déséquilibre qu'il provoque au sein de l'économie générale du contrat* » ¹⁵⁰, ce que l'on verra par la suite.

c) Condition relative au bouleversement dans le contrat

Le dernier critère d'application de la théorie de l'imprévision est lié à un événement entraînant un bouleversement de l'économie du contrat.

Il convient de souligner au préalable que la notion d'« économie du contrat » est à la fois « *restreinte et assez imprécise* ». ¹⁵¹ Tandis que la jurisprudence renvoie à une conception financière de l'équilibre des droits et obligations du contrat, en sens inverse, André de

¹⁴⁸ RUELLAN, Aymeric ; HUGÉ, Albane. *Le partage des risques et la portée matérielle des théories de la force majeure, du fait du prince et de l'imprévision*. AJDA, p. 1597 et ss., 2006.

¹⁴⁹ BRAIBANT, Guy; DELVOLVÉ, Pierre; GENEVOIS, Bruno; LONG, Marceau; WEIL, Prosper. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 21^e éd., Dalloz, 2017, pp. 175-183.

¹⁵⁰ DEFFAINS, Bruno ; FERREY, Samuel. *Pour une théorie économique de l'imprévision en droit des contrats*. RTD Civil, p. 719, 2010.

¹⁵¹ DU MARAIS, Bertrand. *Droit public de la régulation économique*. Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004, pp. 403-408.

Laubadère, Franck Moderne et Pierre Delvolvé affirment que « *l'équilibre économique est le rapport approximatif, l'équivalence honnête entre charges et avantages que le cocontractant a pris en considération comme calcul, au moment de la conclusion du contrat et qui l'ont déterminé à traiter* »¹⁵². De notre part, nous nous fions à la définition doctrinale dégagée par ces trois éminents juristes.

Quoi qu'il en soit, l'analyse de la jurisprudence nous montre que, pour que le régime d'imprévision s'applique, le changement de circonstances doit bouleverser *profondément* l'équilibre du contrat. Une telle exigence du juge se comprend alors puisque la notion de bouleversement de l'économie du contrat contribue à définir la situation extracontractuelle. Cette situation se caractérise, d'un côté, par l'existence d'un déficit d'exploitation subi par le cocontractant, et, de l'autre, d'un dépassement du prix limite que les parties ont envisagé au moment de la signature du contrat¹⁵³.

Bertrand du Marais explique que le bouleversement de l'économie doit se faire à deux niveaux pour ouvrir droit à réparation : (i) d'une part, les événements fortuits conduisent au dépassement des paramètres financiers considérés comme les limites convenues entre les parties, ou « seuil de l'imprévision », tels que niveau des coûts, voire des recettes d'exploitation (CE Sect., 3 janvier 1939, *Commune de Tursac*). (ii) D'autre part, l'intervention de ces événements doit entraîner une perte – non un simple manque à gagner – et de grande ampleur¹⁵⁴. La notion de « perte de grande ampleur » est appréciée par le juge au regard de l'ensemble des circonstances de la cause. Pour retenir ce critère, le juge estime que le bouleversement invoqué doit revêtir une ampleur significative. Il exigera donc que le cocontractant subisse une charge extracontractuelle d'une importance notable, soit environ entre 5 à 10% du montant du contrat (p.ex. : CE, 30 octobre 1990, *Société Coignet entreprise*)¹⁵⁵. Le fait que la société ait pu distribuer des dividendes à ses actionnaires n'exclut pas nécessairement l'octroi d'une indemnité d'imprévision (CE, 22 février *Ville*

¹⁵² LAUBADÈRE, André de ; MODERNE, Frank ; et DELVOLVÉ, Pierre. *Traité des contrats administratifs*, Paris LGDJ, 1983, T. 1, n° 115 et s.

¹⁵³ CLOUZOT, Ludivine. *La théorie de l'imprévision en droit des contrats administratifs : une improbable désuétude*. RFDA, p. 937, 2010

¹⁵⁴ MARAIS, Bertrand du. *Droit public de la régulation économique*. Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004, pp. 403-408.

¹⁵⁵ CLOUZOT, Ludivine. *La théorie de l'imprévision en droit des contrats administratifs : une improbable désuétude*. RFDA, p. 937, 2010

d'Avignon), car les dividendes « peuvent être puisés dans des réserves constitués lors d'exercices bénéficiaires antérieures à la période d'imprévision ».

Dans la plupart des cas, le critère tenant au bouleversement de l'économie du contrat ne peut pas être constitué dans la mesure où le contrat contient des clauses de variation ou de révision de prix, d'après Ludivine Clouzot. En effet, puisque ce type de clauses permettent une adaptation en principe efficace des prix aux variations économiques, « leur jeu normal suffit en général à prévenir la constitution de l'état d'imprévision »¹⁵⁶. La plupart des prétentions de ce type sont donc rejetées par le juge « s'il ne résulte pas de l'instruction que la clause n'a pas jouée dans des conditions normales » (CE, 28 octobre 1983, *Société auxiliaire d'entreprise*).

Pourtant, la prévision de clauses de variation de prix ou de révision n'ont pas éliminé toute difficulté, car même dans les hypothèses où elles étaient prévues dans les contrats, il s'avère parfois que soit elles aient été privées d'effets par des mesures de blocage autoritaire des prix (CE, 15 juillet 1949, *Ville d'Elbeuf*), soit qu'elles n'aient pas couvert des événements qui sont ensuite intervenus (CE, 29 mai 1991, *Établissement public d'aménagement de la ville nouvelle de Saint-Quentin-en-Yvelines*)¹⁵⁷. Ainsi, le régime de l'imprévision pourra jouer si les modifications imprévisibles des circonstances économiques entourant l'exécution du contrat empêchent une clause de variation de prix de jouer dans des conditions normales, (CE, 19 février 1992, *SA Dragages et travaux publics c. Escota*).

Il convient de souligner en dernier lieu que l'événement en question ne peut pas tout simplement faire obstacle à l'exécution du contrat. Dans ces cas, le bouleversement définitif de l'économie combiné à ses caractéristiques d'imprévisibilité et d'extériorité exonérant le cocontractant de ses obligations sous le fondement de la théorie de la force majeure (Ce, 9 janvier 1909, *Compagnie des messageries maritimes*) n'entraînerait pas l'application de la théorie de l'imprévision¹⁵⁸. Ici se trouve l'une des grandes différences d'application de la théorie de l'imprévision avec le droit brésilien dans la mesure où, comme l'on verra *infra*, la

¹⁵⁶ CLOUZOT, Ludivine. *La théorie de l'imprévision en droit des contrats administratifs : une improbable désuétude*. RFDA, p. 937, 2010

¹⁵⁷ BRAIBANT, Guy; DELVOLVÉ, Pierre; GENEVOIS, Bruno; LONG, Marceau; WEIL, Prosper. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 21^e éd., Dalloz, 2017, pp. 175-183.

¹⁵⁸ BRAIBANT, Guy; DELVOLVÉ, Pierre; GENEVOIS, Bruno; LONG, Marceau; WEIL, Prosper. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 21^e éd., Dalloz, 2017, pp. 175-183.

théorie de l'imprévision peut être invoquée même lorsque le bouleversement de l'économie du contrat est définitif.

D'après Cédric Milhat, de toute cette construction jurisprudentielle relative à la théorie de l'imprévision ressort surtout la pertinence du critère lié au bouleversement de l'économie du contrat, qui permet d'envisager le contrat sous l'angle de l'analyse économique du droit. Selon lui, « *en dégagant un critère aux implications multiples et très largement perceptibles à l'heure actuelle, le juge administratif s'est positionné dès 1916 comme un juge soucieux des considérations économiques. Elle a également jeté les bases de l'analyse juridique du risque financier dans les contrats de longue durée tels que les délégations de service public* ». ¹⁵⁹

Il est très surprenant de constater que le régime jurisprudentiel de l'imprévision était, dès 1916, quasiment abouti et que, « *s'il a subi des évolutions pragmatiques, il n'a jamais été remis en cause ni dans sa logique ni dans son principe* ». Il est donc remarquable de constater que, plus de cent ans après, les affaires les plus récentes concernant l'imprévision utilisent toujours de la même façon les critères d'imprévisibilité, d'extériorité et de bouleversement de l'économie du contrat ¹⁶⁰.

B. Les conséquences moins favorables aux cocontractants en droit français

Il convient maintenant d'examiner quelles sont les conséquences *in concreto* de la configuration de la théorie de l'imprévision (a) pour pouvoir ensuite en tirer tous les enseignements pertinents (b).

d) Les conséquences *in concreto* de la théorie de l'imprévision

En France, la conséquence de la configuration d'une situation d'imprévision lors de l'exécution d'un contrat administratif est l'octroi d'une indemnisation au cocontractant privé de l'Administration.

¹⁵⁹ MILHAT, Cédric. *L'appréhension juridique du risque financier dans les contrats de gestion déléguée de service public*. Contrats Marchés publics, oct. 2006, étude 17.

¹⁶⁰ CLOUZOT, Ludivine. *La théorie de l'imprévision en droit des contrats administratifs : une improbable désuétude*. RFDA, p. 937, 2010

Comme le soulignent les éminents auteurs des *Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, les conséquences de la théorie de l'imprévision sont directement liées à son fondement, c'est-à-dire la nécessité d'assurer la continuité du service public¹⁶¹. De ce fait, le cocontractant doit poursuivre l'exécution de son contrat, quelles que soient les difficultés financières qu'il rencontre ; l'imprévision n'étant pas un cas de force majeure, le cocontractant ne peut s'en prévaloir pour interrompre ses prestations.¹⁶² En contrepartie, le cocontractant aura droit à une aide de l'Administration qui devra, en tout état de cause, rester provisoire dans la mesure où elle se destine uniquement à permettre au cocontractant de faire face aux charges exceptionnelles que la situation ont fait momentanément peser sur lui.

À défaut d'entente entre les parties sur les modalités du concours apporté par l'une et l'autre, et notamment sur le montant de l'indemnité d'imprévision accordée au cocontractant, c'est au juge qu'il appartient de la fixer¹⁶³. Cependant, d'après Bertrand du Marais le calcul de l'indemnité comporte un degré certain de subjectivité. Elle ne couvre jamais l'intégralité du préjudice subi, « *laissant à la charge de l'opérateur un ticket modérateur, certes faible, mais significatif* »¹⁶⁴. Le Conseil d'État précise qu'en principe l'Administration prend à sa charge 90% du déficit, pourcentage qui peut être diminué en considération de la situation financière de l'entreprise ou de sa diligence pour surmonter les difficultés (CE sect., 21 avril 1944, *Compagnie française des câbles télégraphiques*).

C'est ainsi que l'opérateur doit supporter une part de l'effort financier nécessaire à la poursuite de la transaction. Il s'agit encore une fois d'une grande différence avec la théorie de

¹⁶¹ BRAIBANT, Guy; DELVOLVÉ, Pierre; GENEVOIS, Bruno; LONG, Marceau; WEIL, Prosper. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 21^e éd., Dalloz, 2017, pp. 175-183.

¹⁶² S'il le fait, il commet une faute justifiant des sanctions et il se prive du bénéfice de la théorie de l'imprévision (CE, Sect., 5 novembre 1982, *Société Propetrol*).

¹⁶³ Il se détermine en fonction de plusieurs éléments: (i) Il recherche à partir de quelle date le contractant a droit à un indemnité ; il détermine, d'après les rapports d'expertise, les prix contractuel au regard de la situation existant au moment du contrat et apprécie les variations de prix qu'avaient pu prévoir les parties. (ii) Il calcule la charge extracontractuelle, c'est-à-dire, le montant du déficit provoqué par l'exécution du contrat pendant la période du cour de laquelle celle-ci a été bouleversée par des circonstances imprévisibles. (iii) Finalement, il évalue le montant de l'indemnité : elle ne couvre jamais l'intégralité du préjudice subi par le contractant, mais la part qu'elle laisse à sa charge est très faible. Pour établir la proportion du préjudice mis à la charge du contractant, le juge tient compte de la situation financière de l'entreprise, des bénéfices réalisés dans le passé et des avantages escomptés pour l'avenir, du caractère plus ou moins précaire de l'exploitation, de la diligence apportée par le contractant pour surmonter les difficultés (CE Sect., 21 avril 1944, *Compagnie française des câbles télégraphiques*). Cf. BRAIBANT, Guy; DELVOLVÉ, Pierre; GENEVOIS, Bruno; LONG, Marceau; WEIL, Prosper. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 21^e éd., Dalloz, 2017.

¹⁶⁴ MARAIS, Bertrand du. *Droit public de la régulation économique*. Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004, pp. 403-408.

l'imprévision en droit brésilien. Comme on le verra, cette différence majeure tient notamment aux divergences dans les justificatifs choisies pour légitimer l'application de la théorie de l'imprévision dans les contrats administratifs.

Quant à sa nature, la majorité de la doctrine considère que l'indemnisation accordée en vertu de l'imprévision est extracontractuelle¹⁶⁵. La doctrine minoritaire considère cependant qu'il s'agit d'un mécanisme permettant d'engager la responsabilité contractuelle de l'administration¹⁶⁶.

Deux hypothèses peuvent dès lors se produire : soit il y aura le rétablissement de l'équilibre contractuel – par la disparition des circonstances imprévisibles ou des nouveaux arrangements entre les parties (révision du contrat, relèvement des prix ou du tarif) –, soit le caractère temporaire du bouleversement de l'économie du contrat deviendra définitif, ce qui transformera l'imprévision en un cas de force majeure, justifiant la résiliation du contrat¹⁶⁷.

e) Les enseignements qui peuvent en être retirés

À partir de l'analyse de la jurisprudence du Conseil d'État concernant l'application de la théorie de l'imprévision, une conclusion majeure s'impose : les conditions d'admission des demandes de compensation des conséquences des aléas imprévisibles sont, globalement, extrêmement étroites¹⁶⁸ puisque les conditions ouvrant droit à indemnisation des difficultés d'exécution sont interprétées de manière restrictive. Malgré la progressive expansion du

¹⁶⁵ Laurent Riboulet, concl. sur CE, 27 juin 1919, *Société du gaz de Nice*. Cf. PLESSIX, Benoît. *Droit administratif général*. LexisNexis, pp. 1240-1243, 2016. V. dans le même sens ABBATUCCI, Séverain ; SABLIER, Bertrand ; SABLIER, Vincent. *Crise de l'acier : le retour de l'imprévision dans les marchés de travaux*. AJDA, p. 2192, 2004.

¹⁶⁶ V. notamment RICHER, Laurent et LICHÈRE, François. *Droit des contrats administratifs*. 10^e éd., 2016, LGDJ, n° 535.

¹⁶⁷ Cf. CE, Ass., 9 décembre 1932, *Compagnie de tramways de Cherbourg* : « dans les cas où les conditions économiques nouvelles ont créé une situation définitive qui ne permet plus au concessionnaire d'équilibrer ses dépenses avec les ressources dont il dispose, le concédant ne saurait être tenu d'assurer aux frais des contribuables, et contrairement aux prévisions essentielles du contrat, le fonctionnement d'un service qui a cessé d'être viable ; dans cette hypothèse, la situation nouvelle ainsi créée constitue un cas de force majeure et autorise à ce titre aussi bien le concessionnaire que le concédant, à défaut d'un accord amiable sur une orientation nouvelle à donner à l'exploitation, à demander au juge la résiliation de la concession, avec l'indemnité s'il y a lieu, et en tenant compte tant des stipulations du contrat que de toutes les circonstances de l'affaire ».

¹⁶⁸ KIRAT, Thierry ; MARTY, Frédéric ; VIDAL, Laurent. *Le risque dans le contrat administratif ou la nécessaire reconnaissance de la dimension économique du contrat*. In : *Revue internationale de droit économique*, t. XIX, 3, pp. 291-318, 2005.

champ de son application, la logique derrière demeure une interprétation restrictive de ses conditions, notamment vis-à-vis de l'imprévisibilité et du bouleversement de l'économie du contrat. Cela conduit donc à anéantir la portée de l'arrêt du Conseil d'État du 22 février 1963, *Ville d'Avignon*. S'il est vrai que le juge administratif a accepté d'accorder une indemnisation même dans un cas où l'événement était prévisible, mais dont les conséquences financières ne l'étaient pas, il est vrai que cela ne fait pas partie de la règle mais plutôt de l'exception de ce contentieux.

En ce qui concerne les contrats de concession de service public, il est possible de voir que les décisions du Conseil d'État mettent au premier plan l'appréciation des responsabilités que les cocontractants de l'État doivent supporter en termes de prévision d'événements susceptibles d'intervenir dans l'exécution des contrats.¹⁶⁹ C'est ainsi que, d'un point de vue général, il ressort des arrêts que le concessionnaire, en tant qu'exploitant d'un service à ses risques et périls, doit avoir intégré dans ses prévisions des événements graves, susceptibles de bouleverser l'économie du contrat, dès lors que ceux-ci ne rentrent pas dans la catégorie restrictive des aléas d'une nature exceptionnelle¹⁷⁰, que ce soit en matière d'imprévision ou de fait du Prince.¹⁷¹

Ces conclusions évoquent la définition du risque faite par les économistes, que nous avons eu l'occasion de mettre en lumière plus tôt dans ce travail. Cette analyse du risque et son opposition à l'incertitude radicale recoupe en large partie l'analyse des faits imprévus en droit des contrats publics, d'après Ayméric Ruellan et Albane Hugé. En effet, lorsque le juge administratif applique les théories de l'imprévision, « *ce n'est, dans la plupart des cas, non pour que les parties puissent faire face à un simple imprévu, mais plutôt parce qu'elles sont confrontées à un événement dont la survenance relève, au sens économique du terme, de l'incertitude radicale* »¹⁷².

Ils continuent leur analyse en montrant que les arrêts du Conseil d'État soulignent ce caractère subsidiaire du type de risque qui va justifier le rééquilibrage économique du contrat,

¹⁶⁹ KIRAT, Thierry ; MARTY, Frédéric ; VIDAL, Laurent. *Le risque dans le contrat administratif ou la nécessaire reconnaissance de la dimension économique du contrat*. In : Revue internationale de droit économique, t. XIX, 3, pp. 291-318, 2005.

¹⁷⁰ RUELLAN, Ayméric ; HUGÉ, Albane. *Le partage des risques et la portée matérielle des théories de la force majeure, du fait du prince et de l'imprévision*. AJDA, p. 1597 et ss., 2006.

¹⁷¹ CE 5 avril 2002, *Société des mines de Sacilor Lormines*.

¹⁷² RUELLAN, Ayméric ; HUGÉ, Albane. *Le partage des risques et la portée matérielle des théories de la force majeure, du fait du prince et de l'imprévision*. AJDA, p. 1597 et ss., 2006.

en particulier dans les concessions où, par nature, le contrat organise un transfert des risques à la charge du délégataire. Dans cette mesure, un simple risque au sens étroit du terme (c'est-à-dire un événement futur déterminable) ne saurait justifier l'indemnisation pour imprévision. Le concessionnaire, entrepreneur averti, opère à ses risques et périls ; seul un bouleversement grave de l'économie du contrat né d'un événement incertain dans l'acception consacrée par la théorie économique peut expliquer que le risque soit mis à la charge principale ou exclusive de l'autorité publique concédante.¹⁷³

Nous convenons alors avec ces auteurs lorsqu'ils affirment que « *l'on peut voir dans cette sévérité tant le résultat de la logique de transfert du risque propre aux concessions que le signe que les théories des faits nouveaux sont étroitement subordonnées à la survenance de faits ou d'actes radicalement imprévisibles* »¹⁷⁴.

SECTION 2. Des effets beaucoup plus étendus au Brésil

En dépit de l'origine commune, les conditions d'application de la théorie de l'imprévision aux contrats de concession de service public sont considérablement plus souples au Brésil qu'en France. En effet, le champ d'application de la théorie s'étend aussi, en plus des circonstances vraiment imprévisibles, à celles qui sont prévisibles, mais également aux conséquences incalculables (A). Cette souplesse est, *in fine*, à l'origine de conséquences plus favorables aux cocontractants de l'administration brésilienne qu'à ceux de l'administration française (B).

A. Les conditions d'application : une applicabilité étendue aux circonstances prévisibles mais aux conséquences incalculables

Le fondement de la théorie de l'imprévision en droit positif brésilien se trouve inscrit dans l'article 65, II, d, de la Loi de Licitations. Comme on le verra plus en détail par la suite, il s'agit plus précisément de la norme légale destinée à régir les modifications des contrats

¹⁷³ RUELLAN, Aymeric ; HUGÉ, Albane. *Le partage des risques et la portée matérielle des théories de la force majeure, du fait du prince et de l'imprévision*. AJDA, p. 1597 et ss., 2006.

¹⁷⁴ RUELLAN, Aymeric ; HUGÉ, Albane. *Le partage des risques et la portée matérielle des théories de la force majeure, du fait du prince et de l'imprévision*. AJDA, p. 1597 et ss., 2006.

administratifs. Néanmoins, c'est cet article qui va fournir les conditions légales de l'application de la théorie de l'imprévision. *In verbis* :

*d) pour rétablir la relation initialement accordée entre les parties entre les charges du cocontractant et la rétribution de l'Administration due par l'Administration pour la rémunération juste de l'ouvrage, service ou fourniture, avec l'objectif du maintien de l'équilibre financier initial du contrat, dans l'hypothèse où se produisent des circonstances imprévisibles, ou prévisibles mais dont les conséquences sont incalculables, de nature à retarder ou à empêcher l'exécution de l'accord, ou encore, dans les hypothèses de force majeure, cas fortuit ou fait du Prince, ce qui configure l'aléa économique extraordinaire et extracontractuelle ».*¹⁷⁵

Conformément à ce dispositif, les conditions légales qui vont permettre de caractériser l'imprévision lors de l'exécution des contrats de concession de service public sont : la survenance d'un événement imprévisible quant à son survenance ou, bien que prévisible, dont les conséquences sont incalculables (a) ; l'événement doit être incontournable et extérieur à la volonté des parties (b) ; et il doit rendre les obligations de l'une des parties excessivement onéreuses, de nature à générer un grave déséquilibre financier du contrat¹⁷⁶ (c).

a) L'imprévisibilité

Comme en France, la première condition d'application de la théorie de l'imprévision est l'imprévisibilité c'est-à-dire que les événements effectivement imprévisibles qui viennent

¹⁷⁵ « Art. 65. Os contratos regidos por essa lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: (...)

II – por acordo entre as partes: (...)

b) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual », Loi de Licitations.

¹⁷⁶ MENEZES, Vitor Hugo Mota de ; TEIXEIRA, Heloysa Simonetti ; SILVIO, Solange Holanda Almeida. *A teoria da imprevisão e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato : leitura a partir do garantismo jurídico*. Revista Internacional CONSINTER do Direito, 18.02.2019.

bouleverser l'économie du contrat lors de son exécution sont de nature à faire appliquer le régime de l'imprévision.

Là où le système brésilien est allé encore plus loin c'est lorsque nous sommes en présence d'événements qui, en soi, étaient déjà prévisibles lors des négociations (inflation, augmentation des coûts des matières premières, guerres), mais dont leurs effets sur le contrat ne l'étaient point¹⁷⁷. Pour ce type de situation, le droit positif brésilien s'est très rapidement démarqué puisque la loi qui régit la matière détermine expressément que les événements qui sont prévisibles mais dont les conséquences sont incalculables sont également de nature à justifier l'application de la théorie de l'imprévision aux contrats de concession de service public.

Il est évident, toutefois, que l'aléa ordinaire présent dans n'importe quelle affaire ne peut jamais donner lieu à une forme de « protection spéciale du cocontractant privé ». Selon Alexandre Santos de Aragão, « *les circonstances prévisibles, imprévisibles mais dont les conséquences sont facilement surmontables, ou celles qui entraînent des petites conséquences économiques, doivent être supportées par le cocontractant* »¹⁷⁸. Cela s'explique par le fait que le cocontractant de l'Administration demeure un entrepreneur avisé, soumis donc aux risques normaux de son activité. Dans le même sens, l'éminent administrativiste brésilien Marçal Justen Filho dit que « *les événements économiques, bien qu'imprévisibles, qui s'inscrivent dans la normalité du processus économique, n'autorisent pas des modifications* »¹⁷⁹.

Un bon exemple jurisprudentiel de cette situation vient d'une décision très récente de la Cour Suprême (STF) rendue en mars 2018, avec pour objet un contrat de concession du service public aéroportuaire¹⁸⁰. Les requérants arguaient que l'équilibre financier du contrat de concession avait été rompu en vertu de l'augmentation vertigineuse du prix du gaz de pétrole quelques mois après la conclusion du contrat. Le requérant-concessionnaire

¹⁷⁷ PRADO, Maurício Almeida. *Regards croisés sur les projets de règles relatifs à la théorie de l'imprévision en Europe*. In: Revue internationale de droit comparé, vol. 62, n° 4, 2010, pp. 863-894

¹⁷⁸ « *Circunstâncias previsíveis, imprevisíveis, mas de resultados contornáveis; ou de pequenos reflexos econômicos, devem ser suportados pelo contratado. O contratado da Administração continua sendo um empreendedor da iniciativa privada, sujeito, portanto, aos riscos de sua atividade* ». Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro : Forense, 2012, pp. 341 et ss.

¹⁷⁹ « *Os eventos econômicos, embora imprevisíveis, que se insiram na normalidade do processo econômico, não autorizam modificações* ». Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços público*. São Paulo: Ed. Dialética, 1997, p. 157.

¹⁸⁰ STF, RE n° 817.663/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 13.03.2018.

argumentait non seulement que cette augmentation n'avait pas été prévue mais aussi qu'elle était imprévisible au moment de la conclusion du contrat, caractérisant ainsi une situation d'imprévision. Cette argumentation n'a cependant pas été retenue. Dans sa décision, la Cour Suprême a jugé que, au regard du cas concret, « *il n'y a pas eu de circonstance imprévisible et extraordinaire capable de modifier les bases objectives du contrat* » car la tendance macroéconomique tendant à une sévère augmentation du prix du gaz de pétrole au Brésil était un fait de notoriété publique depuis août 2002 et que le contrat avait été conclu postérieurement. Ainsi, pour la Cour suprême, le déséquilibre financier ne pouvait être imputé qu'au propre concessionnaire de service public, seul responsable des mauvaises projections financières vis-à-vis du prix du pétrole.

Un autre exemple de décision rendue par le Supérieur Tribunal de Justice confirme les conditions d'application de la théorie de l'imprévision à ce type de contrat : « *Les conditions pour l'application de la théorie de l'imprévision, avec le rétablissement de l'équilibre financier du contrat, que l'événement soit imprévisible quant à sa survenance ou quant à ses conséquences ; extérieur aux parties ; incontournable ; et qu'il soit la cause d'un bouleversement trop grand de l'économie du contrat* »¹⁸¹.

En d'autres termes, à la différence du droit français, la seule situation dans laquelle l'application de la théorie de l'imprévision ne jouera pas – en ce qui concerne la condition d'imprévisibilité – c'est lorsque nous sommes en présence d'un événement prévisible et dont les conséquences étaient calculables, mais que le particulier n'a pas pris en considération lors de l'apprésentation de son offre. L'objectif est alors d'exclure les situations dans lesquelles l'acceptation tacite du risque par l'une des parties peut être établie nettement¹⁸².

b) L'extériorité

Concernant la condition d'extériorité, elle veut tout simplement dire que le particulier n'a pas dû contribuer à la survenance de l'événement de n'importe quelle manière. Si c'est le cas, ce sera à lui seul de subir tous les préjudices, caractérisant la violation contractuelle par

¹⁸¹ « 3. É requisito para a aplicação da teoria da imprevisão, com o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que o fato seja imprevisível quanto à sua ocorrência ou quanto às suas consequências; estranho à vontade das partes; inevitável e causa de desequilíbrio muito grande no contrato ». STJ, REsp n° 1129738/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 21.10.2010.

¹⁸² PRADO, Mauricio Almeida. *Regards croisés sur les projets de règles relatifs à la théorie de l'imprévision en Europe*. In: Revue internationale de droit comparé, vol. 62, n° 4, 2010, pp. 863-894

le cocontractant. De l'autre côté, l'Administration ne doit pas non plus être à l'origine de l'événement, car sinon on sort du champ de la théorie de l'imprévision et on rentre dans les hypothèses des aléas administratifs (altération unilatérale ou fait du Prince), comme le souligne bien le professeur Maria Sylvia Zanella di Pietro¹⁸³. Quant à cette condition il n'y a donc aucune différence entre le Brésil et la France.

c) Le déséquilibre de l'économie du contrat

Finalement, la dernière condition pour l'application de la théorie de l'imprévision c'est que l'événement soit de nature à causer un grave déséquilibre de l'économie du contrat, rendant les obligations de l'une des parties contractants excessivement onéreuses.

En droit positif brésilien, l'équilibre financier du contrat se forme à partir de tous les éléments qui, combinés, sont de nature à définir « l'équation contractuelle » (*equação contratual*). En réalité, il ne s'agit pas ici d'une simple relation d'égalité entre recettes et dépenses attribuées aux cocontractants par l'instrument contractuel, mais plutôt « l'ensemble de circonstances dont l'existence ou la permanence est dument présupposée dans le contrat – que les cocontractants le sachent ou pas » sans lequel il serait impossible de s'attendre à la finalité du contrat, le but des parties cocontractantes, et la substance du contrat n'auraient pas de « sens, fin ou objet »¹⁸⁴. C'est ce qu'on appelle la « base objective du contrat » (*base objetiva do negócio*). Et c'est seulement la constatation de ce que cette base objective du contrat a été bouleversé qui va autoriser la caractérisation d'une situation d'imprévision.

Dans ce contexte, les déséquilibres financier du contrat présupposent obligatoirement une analyse comparative en prenant en compte deux moments différents dans le temps. En effet, selon Marçal Justen Filho, la rupture de l'équilibre financier ne peut être reconnue que par la comparaison entre deux réalités différentes. La première réalité à être considérée c'est celle en vigueur au moment de la conclusion du contrat ; ces données doivent être comparées

¹⁸³ « Quando se diz “estranho à vontade das partes”, requer-se que o particular não haja contribuído para a ocorrência do fato, pois, se assim o for, arcará com o prejuízo sozinho. Do mesmo modo, se a Administração for a responsável pelo fato, incidirá na álea administrativa (alteração unilateral ou fato do príncipe) ». Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 27^a ed., São Paulo: Malheiros, 2015, p. 297.

¹⁸⁴ « [B]ase objetiva do negócio – aqui compreendida como a definiu Larenz: “o conjunto de circunstâncias cuja existência ou persistência é devidamente pressuposta no contrato – sabendo ou não os contratantes – porque, se assim não for, não se poderia alcançar a finalidade do contrato, o propósito das partes contratantes, e a subsistência do contrato não teria “sentido, fim ou objeto” ». Cf. MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das Concessões de Serviço Público: inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010.

avec les conditions effectives existantes lors de l'exécution du contrat, à être vérifiées dans un moment postérieur.¹⁸⁵

L'équilibre financier du contrat qui est protégé par ce critère ne met pas l'accent sur le résultat économique de l'accord, c'est-à-dire, sur la vérification de ce que le contrat a produit des profits ou des dettes. Au contraire, la protection de l'équilibre financier du contrat vise à protéger les conditions importantes à la formation de l'offre. Nous sommes d'accord avec le professeur Floriano de Azevedo Marques Neto lorsqu'il affirme que « *ce qu'ira orienter l'évaluation relative à un éventuel déséquilibre c'est l'altération du contexte dans lequel l'offre a été élaborée par le particulier au moment de la mise en concurrence ; quand n'importe quelle condition de l'offre subit des altérations au moment de l'exécution du contrat, la procédure juridique destinée au rétablissement de l'équilibre financier devient possible* »¹⁸⁶. Par conséquent, échappent à la protection de l'équilibre financier du contrat, en principe, toutes les considérations relatives aux gains en efficacité obtenus par le particulier ainsi que les pertes advenues des aléas économiques ordinaires du contrat.

Pour que cette condition se caractérise il faut que l'économie financière du contrat soit gravement bouleversée. Il ne suffit donc pas que la partie ait subi des préjudices de moindre importance, ni que ces pertes fassent partie des aléas économiques ordinaires de l'activité. Pour le Tribunal Supérieur de Justice, l'invocation de l'imprévision par l'une des parties exige la preuve de ce que l'accomplissement des obligations contractuelles est de nature à ruiner économiquement le cocontractant, ou, si elle a déjà été accomplie, que cela lui a causé un préjudice.¹⁸⁷

De surcroît, il est important de souligner que le cocontractant ne pourra pas invoquer la théorie de l'imprévision en utilisant des arguments génériques et imprécis pour justifier le

¹⁸⁵ « *Por decorrência, a quebra do equilíbrio somente pode ser reconhecida por meio de uma comparação entre duas realidades diversas. Uma realidade a ser considerada consiste na formulação teórica realizada pelas partes acerca da contratação. Esses dados têm que ser cotejados com as condições de efetiva execução da contratação, verificadas em momento posterior* ». Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo : Dialética, 2003, p. 398.

¹⁸⁶ « *Portanto, o que irá orientar a avaliação sobre eventual desequilíbrio é a alteração no contexto em que foi elaborada a proposta apresentada pelo contratado à época da licitação; quando qualquer das condições da proposta for alterada no decorrer da execução do contrato, é cabível o procedimento de recomposição o equilíbrio econômico-financeiro* ». MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza. *A (re)afirmação do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 12, n. 47, p. 125-151, jul./set., 2014.

¹⁸⁷ STF, RE n° 64.152/GB, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, D.J. 23.08.1968.

déséquilibre du contrat, tels que « la crise économique » ou « la dévalorisation de la monnaie ». Il faut prouver que l'événement imprévisible – ou, prévisible mais dont les conséquences sont incalculables – a eu une incidence directe sur le contrat en tant que fait générateur du caractère excessivement onéreux de son obligation pour pouvoir justifier le déclenchement d'un procès visant à rétablir l'équilibre financier du contrat. Pour Flávio Amaral Garcia, « *celui qui demande le rétablissement de l'équilibre doit démontrer les coûts ou recettes qui ont été impactés par les circonstances nouvelles, extraordinaires et imprévisibles, qui ont causé un déséquilibre disproportionné vis-à-vis de ce qu'il a été initialement convenu entre les parties* »¹⁸⁸.

Ainsi, en ce qui concerne cette dernière condition de l'imprévision, il nous semble que le « déséquilibre de l'économie du contrat » se rapproche assez fortement de la condition du « bouleversement de l'économie du contrat » à la française.

B. Les conséquences plus favorables en droit brésilien

Nous allons maintenant déterminer quelles sont les conséquences *in concreto* de la théorie de l'imprévision au Brésil (a) pour en tirer ensuite les enseignements pertinents (b).

a) Les conséquences *in concreto* de la théorie de l'imprévision

Au Brésil, une fois caractérisée une situation d'imprévision lors de l'exécution d'un contrat de concession de service public, un droit subjectif au rétablissement de l'équilibre financier du contrat s'ouvre en faveur de la partie lésée, avec notamment la modification de l'instrument contractuel en plus du versement d'une indemnisation pour les pertes subies. Cela s'explique par le fait que la protection de l'équilibre financier des contrats administratifs

¹⁸⁸ « *A teoria da imprevisão não pode ser invocada genericamente por qualquer dos contratantes para justificar o desequilíbrio do contrato, recorrendo a argumentações imprecisas e vagas como “a crise econômica” ou “desvalorização excessiva do real”. A comprovação efetiva do fato imprevisível ou previsível de consequências incalculáveis e a sua incidência direta no contrato como elemento causador da onerosidade excessiva é determinante para qualquer processo de reequilíbrio. Cabe àquele que pleiteia o reequilíbrio do contrato demonstrar quais os custos ou receitas que foram impactados pela ocorrência de fatos supervenientes, extraordinários e imprevisíveis e que provocaram um desequilíbrio desproporcional em relação àquilo que foi inicialmente pactuado* », cf. GARCIA, Flávio Amaral. *A imprevisão na previsão e os contratos concessionais*. In : DUTRA, Joísa Campanher ; SAMPAIO, Patrícia Regina Ribeiro (Orgs.). *20 anos de concessões em infraestrutura no Brasil*. Rio de Janeiro : Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017.

est un droit à valeur constitutionnelle en vertu de l'article 37, XXI de la Constitution Fédérale :

« XXI – sauf dans les cas spécifiés par la loi, les marchés ayant trait à des travaux, services, achats et aliénations sont adjugés par appel d'offres public garantissant l'égalité des conditions à tous les concurrents et dont les clauses établissant les obligations de paiement ; les conditions effectives des offres retenues doivent être maintenues, conformément à la loi, ce qui n'implique d'autres exigences que celles liées à la qualification technique et économique indispensable à la garantie d'acquittement des obligations ».

Au niveau infra constitutionnel, la protection de l'équilibre financier des contrats de concession des services publics se trouve positivé dans l'article 10 de la Loi n° 8.987/95, selon laquelle *« lorsque les conditions du contrat soient remplies, son équilibre financier sera considéré comme maintenu »*¹⁸⁹.

Dès lors que les bases et les circonstances extérieures qui ont motivé les parties à former la relation contractuelle changent considérablement, empêchant l'accomplissement de la finalité primaire du contrat et bouleversant profondément l'équilibre financier établi, la rupture de la base objective de la convention se caractérise, ce qui fait naître le droit des cocontractants de modifier l'accord.¹⁹⁰

Les modifications des contrats de concession sont régies par l'article 65, II, d, de la Loi de Licitations brésilienne, selon lequel le rétablissement de l'équilibre contractuel dans les hypothèses où un évènement imprévisible est intervenu lors de son exécution sera fait par accord entre les parties. *In verbis* :

« Art. 65. Les contrats régis par cette loi pourront être modifiés, avec les justifications adéquates, dans les cas suivants : (...) »

¹⁸⁹ « Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido o seu equilíbrio econômico-financeiro », Loi de Concessions.

¹⁹⁰ « Quando as bases e as circunstâncias externas que motivaram as partes a conformar a relação contratual (inclusive a própria matriz de riscos) são drasticamente alteradas, inviabilizando o atingimento da finalidade primária do contrato e alterando profundamente o equilíbrio econômico-financeiro pactuado, tem-se a quebra da base objetiva do negócio e o legítimo direito dos contratantes de promoverem a revisão do pacto ». Cf. GARCIA, Flávio Amaral. *A imprevisão na previsão e os contratos concessionais*. In : DUTRA, Joísa Campanher ; SAMPAIO, Patrícia Regina Ribeiro (Orgs.). *20 anos de concessões em infraestrutura no Brasil*. Rio de Janeiro : Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017.

II – par accord entre les parties : (...)

*d) pour rétablir la relation initialement accordée entre les parties entre les charges du cocontractant et la rétribution de l'Administration due par l'Administration pour la rémunération juste de l'ouvrage, service ou fourniture, avec l'objectif du maintien de l'équilibre financier initial du contrat, dans l'hypothèse où se produisent des circonstances imprévisibles, ou prévisibles mais dont les conséquences sont incalculables, de nature à retarder ou à empêcher l'exécution de l'accord, ou encore, dans les hypothèses de force majeure, cas fortuite ou fait du Prince, ce qui configure l'aléa économique extraordinaire et extracontractuelle ».*¹⁹¹

Pourtant, si jamais les circonstances imprévisibles sont telles qu'elles sont de nature à empêcher la poursuite du contrat ou encore si les parties ne réussissent pas à trouver un accord pour modifier l'instrument contractuel et ainsi rétablir son équilibre financier, le contrat de concession de services publics pourra être légalement résilié. En ce qui concerne la possibilité de résiliation du contrat, les sources législatives se trouvent dans la combinaison de l'article 78, XVII et du paragraphe 2nd de l'article 79 de la Loi relative à la Concurrence¹⁹².

Dans ce sens, José dos Santos Carvalho Filho affirme que « lorsqu'elles concluent un contrat, les parties entendent implicitement que l'équilibre financier soit maintenu. Ainsi, l'effet principal de ce véritable postulat contractuel est de garantir l'opportunité aux parties

¹⁹¹ « Art. 65. Os contratos regidos por essa lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: (...)

II – por acordo entre as partes: (...)

b) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual », Loi de Licitations.

¹⁹² « Art. 78. Constituent des motifs qui justifient la résiliation du contrat : (...)

XVII – La survenance d'une situation de cas fortuit ou force majeure, régulièrement prouvée, de nature à empêcher l'exécution du contrat ».

« Art. 79. La résiliation du contrat peut être déterminée : (...)

§2°. Lorsque la résiliation se fonde sur les incises de XII a XVII de l'article précédent, sans qu'il y ait la faute du cocontractant, celui-ci sera indemnisé de tous les préjudices subis, régulièrement prouvés, en ayant encore le droit a percevoir : (...)

de rétablir l'équilibre financier lorsqu'il a été rompu ou encore, lorsque le rétablissement est impossible, permettre la résiliation du contrat »¹⁹³.

Pour Carlos Ari Sunfeld, si les parties ne réussissent pas à trouver un accord et en vertu du devoir constitutionnel de l'Administration de redresser l'équilibre financier des contrats de concession, celle-ci pourra le rétablir unilatéralement, évidemment avec le respect du droit au contradictoire du cocontractant et avec la possibilité de confirmation d'une telle décision par le juge¹⁹⁴. Ce qui est le plus remarquable c'est que le non-redressement de l'équilibre financier du contrat est une cause de résiliation pour faute de l'Administration.

Quant à l'indemnisation due au cocontractant en réparation des pertes subies, il convient de rappeler au préalable de quelle manière la division des risques dans les contrats administratifs s'opère au Brésil. Tout ce qui est aléa économique ordinaire est naturellement attribué au particulier, tandis que tous les aléas extraordinaires sont attribués intégralement à l'Administration en vertu de l'article 65, II, d précité. Cela signifie que, *a fortiori*, tous les risques des faits imprévisibles sont entièrement imputables au cocontractant public.¹⁹⁵

D'après Alexandre Santos de Aragão, l'Administration ne peut tout simplement pas être indifférente aux des difficultés que le cocontractant privé peut rencontrer lors de l'exécution contractuelle, puisqu'il y a un intérêt pour la collectivité à ce que le contrat arrive à bon terme. C'est pourquoi dans les contrats de concession de services publics la théorie de l'imprévision s'applique d'une manière particulière par rapport à la distribution des risques. Dans ce type d'arrangement contractuel, le cocontractant public sera chargé de plus de risques que son partenaire car l'État assume non seulement le risque des faits qui lui sont

¹⁹³ « Quando pactum, as partes implicitamente pretendem que seja mantido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Desse modo, o efeito principal desse verdadeiro postulado contratual é o de propiciar às partes a oportunidade de restabelecer o equilíbrio toda vez que ele for rompido, ou, quando impossível o restabelecimento, ensejar a própria rescisão do contrato ». Cf. Carvalho Filho, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 15^a ed., Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2006, pp. 170, 171 e 181.

¹⁹⁴ « Diante do seu dever de recompor a equação econômico-financeira, a Administração deverá, observados o contraditório e a ampla defesa, fazê-lo unilateralmente, sujeitando-se sempre, obviamente, ao posterior crivo do Judiciário ». Cf. SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contratos administrativos*, 2.ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1994.

¹⁹⁵ Néanmoins, même dans les « concessions communes », la doctrine administrativiste ne se fie plus à l'interprétation littérale de la Loi de Concessions, selon laquelle le pouvoir public transfère tous les risques ordinaires au concessionnaire, mais considère désormais que l'intérêt public sera mieux protégé si le contrat procède à une division rationnelle des risques entre les parties. Cf. PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

imputables mais aussi le risque des faits qui ne sont imputables à aucune des deux parties¹⁹⁶. En d'autres termes, dans les contrats de concession de services publics le risque des faits imprévisibles est automatiquement imputable à l'Administration.

Ajoutant cela au fait que le cocontractant privé a un droit subjectif au maintien de l'équilibre financier contractuel initial, une constatation s'impose : l'indemnisation due au cocontractant privé sera toujours intégrale (*in integrum*) c'est-à-dire qu'elle doit être de nature à couvrir l'intégralité des pertes résultant de l'événement imprévisible.

La doctrine n'est cependant pas unanime quant au montant dû au particulier en vertu des pertes subies à la suite d'un événement imprévisible. Si la majorité des juristes considèrent que l'indemnisation doit être intégrale, une partie de la doctrine minoritaire considère qu'elle doit être partielle, comme en France. C'est le cas par exemple de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, selon qui si le contrat subit des modifications et le cocontractant est obligé de continuer son exécution, il est juste que la charge soit répartie avec l'Administration qui doit venir au secours du particulier. D'après cet auteur, cette compensation ne peut pas être intégrale car c'est uniquement le préjudice qui doit être réparé et elle ne peut pas couvrir tout le déficit financier du cocontractant¹⁹⁷.

b) Les enseignements qui peuvent en être retirés

La seconde grande différence entre le Brésil et la France, vis-à-vis de l'application de la théorie de l'imprévision aux contrats de concession de service public, concerne les conséquences susceptibles d'être tirées de sa caractérisation dans un cas concret.

Comme on l'a vu pour ce qui concerne la France, une fois que ces conditions d'application se trouvent remplies, le cocontractant privé de l'administration aura le droit à une indemnisation partielle de nature extracontractuelle sans pour autant donner lieu à une cause de résiliation du contrat de concession. Cependant, au Brésil, le cocontractant privé acquiert automatiquement un droit subjectif à la modification bilatérale du contrat avec le

¹⁹⁶ « *Em outras palavras, além dos fatos a si imputáveis, o Estado assume também riscos pelos fatos imprevisíveis que não possam ser imputáveis a nenhuma das partes* ». ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro : Forense, 2012, pp. 341 et ss.

¹⁹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo : Atlas, 2014, p. 296. Dans le même sens : CUNHA, Thadeu Andrade da. *A Teoria da Imprevisão e os Contratos Administrativos*. In : *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, 201 : pp. 35-44, jul./sept. 1995.

droit à une indemnisation intégrale pour les pertes subies. Néanmoins, si les parties n'arrivent pas à s'accorder quant aux nouveaux termes du contrat ou si l'événement imprévisible est de nature telle qu'il empêche l'exécution de l'accord, le contrat de concession de service public pourra être résilié sans pour autant que cela soit considéré comme une faute du cocontractant privé.

Même si le droit brésilien accepte la résiliation du contrat en cas d'imprévision, les juristes utilisent expressément la doctrine française relative au bouleversement définitif du contrat pour le justifier sans pour autant en tirer les mêmes conséquences. Alexandre Aragão, par exemple, soutient qu'une fois constatée l'apparition d'une circonstance imprévue, il serait « *préférable* » de garder le contrat et seulement de le modifier pour tenir compte des implications économiques inhérentes. Néanmoins, dans les cas d'un empêchement total l'accord pourra être résilié. D'après cet auteur, dans de tels cas il arrive « *ce que la doctrine appelle le « bouleversement définitif du contrat »*, en citant expressément André de Laubadère dans son *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*.¹⁹⁸

Finalement, selon nous, l'une des questions les plus intéressantes à comparer entre le système de droit public français et brésilien concerne le concept de risque adopté par chacun de ces pays. Même si les deux pays ont adopté le critère de distinction des contrats de concession de service public comme étant le transfert des risques et périls au concessionnaire, une différence dans l'approche de ce que signifie le terme « risque » conduira inexorablement à une différence dans l'interprétation des critères d'application de la théorie de l'imprévision.

En réalité, il s'avère que le droit français adopte une conception du risque qui, pour les économistes, signifie plutôt une *incertitude radicale*, ce qui conduit naturellement à la limitation de la possibilité d'invoquer l'imprévision dans les cas où les parties font face à une « incertitude radicale » (v. *supra*). Le droit brésilien, par contre, a adopté la conception économique du terme risque, plus étroite (c'est-à-dire un événement futur déterminable), ce qui conduit à la possibilité de justifier le rééquilibrage économique du contrat lorsque les parties font face à un simple imprévu.

¹⁹⁸ « *Nesses casos dá-se o que a doutrina denomina de desequilíbrio econômico financeiro definitivo do contrato (bouleversement définitif du contrat – cf. André de Laubadère, Traité théorique et pratique des contrats administratifs, Paris: LGDJ, 1956, t. II, p. 58 a 60)* ». Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro : Forense, 2012, pp. 342 et ss. Dans ce même sens, v. JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários às Leis de Licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 2002, p. 546 e 547.

CHAPITRE 2. DES FONDEMENTS JURIDIQUES DIFFERENTS

En dernier lieu, on s'intéressera aux raisons pour lesquelles la théorie de l'imprévision dans les contrats de concession de service public possède une applicabilité divergente en France et au Brésil. Selon nous, cette différence s'explique par l'adoption de fondements juridiques distincts. Tandis qu'en France la justification majeure de la théorie de l'imprévision est la continuité du service public, cet argument reste en arrière-plan au Brésil (SECTION 1). En réalité, la justification majeure de la théorie de l'imprévision brésilienne réside dans la protection de la propriété privée (SECTION 2).

SECTION 1. La justification majeure en France : la continuité du service public

Ce qui justifie l'étendue et les effets de la théorie de l'imprévision dans les contrats de concession de service public en France est encore aujourd'hui la continuité du service public (A). Cela ne signifie pas pour autant que d'autres arguments secondaires n'existent pas en droit positif (B).

A. La continuité du service public comme justification majeure

Comme on le sait, la théorie de l'imprévision est apparue à partir d'un litige fondé sur un contrat de concession de service public. Pour Ludivine Clouzot, « *en raison de cette apparition contextuelle, le lien entre l'imprévision, la nature des contrats concernés en 1916 et leur objet a été rapidement établi, constituant le pivot de l'analyse de la théorie* ». ¹⁹⁹ Le fait que cette théorie ait été appliquée en premier lieu à un contrat de concession a eu de nombreuses conséquences au niveau de son analyse doctrinale, c'est-à-dire qu'une grande partie de la doctrine raisonne en effet à partir du contrat de concession de service public, ce qui l'a conduit à assimiler le principe de continuité du service public au fondement juridique essentiel de la théorie de l'imprévision ²⁰⁰.

¹⁹⁹ CLOUZOT, Ludivine. *La théorie de l'imprévision en droit des contrats administratifs : une improbable désuétude*. RFDA, p. 937, 2010.

²⁰⁰ V. notamment BÉNOIT, Francis-Paul. *Le droit administratif français*. n° 119 ; LAUBADÈRE, André de, MODERNE, Franck et DELVOLVÉ, Pierre. *Traité de droit des contrats administratifs*. LGDJ, 1984, t. 2, n° 1332 ; CHAPUS, René. *Droit administratif général*, t. 1, 15^e éd, 2001, n° 1385 ; GAJA.

Néanmoins, lorsque le Conseil d'État a admis une application de la théorie de l'imprévision élargie à d'autres contrats que la concession de service public, le juge a déclenché un débat consistant à lui reconnaître une justification plus large que celle tirée de la continuité du service public. Dès lors, cette évolution a contribué à semer le trouble quant à la nature de l'instrument et à la fonction corrélativement remplie par la théorie de l'imprévision.²⁰¹

La question qui se pose à ce stade est celle de savoir si son développement jurisprudentiel ultérieur, avec notamment l'élargissement de son champ d'application, a démenti la justification de l'imprévision limitée au seul argument de la continuité du service public. Il convient de noter qu'il ne s'agira pas ici de faire un jugement de valeur quant au choix de tel ou tel argument, mais simplement de mettre en avant les raisons derrière les explications doctrinales de la théorie de l'imprévision et, surtout, ce qui a guidé l'application de la théorie de l'imprévision par le Conseil d'État jusqu'à nos jours, pour ensuite en tirer les conséquences. Pour ce faire, nous allons d'abord faire un rappel du principe de la continuité du service public en droit interne (a) pour ensuite expliquer comment ce principe est utilisé comme fondement de la théorie de l'imprévision (b).

a) Le principe de continuité du service public en droit interne

Il convient de commencer cette entreprise en rappelant brièvement les principes du service public qui ont été mis en évidence par la jurisprudence du Conseil d'État dès le XIX^e siècle, pour ensuite comprendre ce que le principe de la continuité du service public signifie en droit interne.

Appelés également « Lois de Rolland », ces principes constituent, en droit interne, des conditions communes à l'exécution des services publics, des modalités particulières que doit respecter le gestionnaire du service public. L'existence de ces contraintes particulières a d'ailleurs été consacrée par le Conseil constitutionnel comme « des prescriptions à valeur constitutionnelle », par une décision du 23 juillet 1996 dite *France Télécom*.²⁰² Ces principes revêtent une dimension tant « négative », notamment à l'égard des gestionnaires du service public dont ils restreignent la liberté d'organisation, que « positif », en assurant des garanties

²⁰¹ CLOUZOT, Ludivine. *La théorie de l'imprévision en droit des contrats administratifs : une improbable désuétude*. RFDA, p. 937, 2010

²⁰² Cons. const., DC 96-380 du 23 juillet 1996, *France Télécom*.

à ces mêmes gestionnaires mais aussi aux usagers. Les trois principes classiques du service public sont : la continuité, l'adaptabilité et l'égalité, qui a pour corollaire l'universalité.²⁰³

Nous allons nous concentrer spécifiquement sur le principe de la continuité du service public. Afin de satisfaire aux exigences de l'intérêt général, mais aussi au principe de continuité de l'État, les services publics doivent pouvoir fonctionner de manière ininterrompue et régulière. Ce principe, reconnu depuis le milieu du XIX^e siècle par le juge administratif, a été érigé en principe à valeur constitutionnelle²⁰⁴.

Il comporte une composante « négative », en ce qu'il limite l'action et la liberté de fonctionnement des gestionnaires du service public. La continuité du service public permet en outre à l'administration de disposer du pouvoir de contraindre son cocontractant à assurer ses obligations. Cette obligation de rendre le service s'impose cependant dans la limite des circonstances de fait que rencontre le service.²⁰⁵

Le principe de continuité revêt également une conception « positive », en particulier pour le gestionnaire privé du service, mais aussi pour les usagers qui se voient octroyer une garantie implicite de bonne fin. Dans le domaine contractuel, le gestionnaire privé est titulaire d'un droit à compensation dans les situations où l'observation même du principe de continuité créerait pour lui des conditions d'exploitation insupportables financièrement, en conformité avec la décision du Conseil d'État du 5 novembre 1982, *Société Proprétrol*²⁰⁶. Ce droit recouvre deux catégories d'indemnités : à raison de la théorie de l'imprévision et de la théorie du fait du Prince.

b) La continuité du service public comme fondement majeur de la théorie de l'imprévision

La présentation traditionnelle de la continuité du service public comme le seul fondement de la théorie de l'imprévision a trouvé une source solide dans la propre motivation du Conseil d'État dans l'affaire *Gaz de Bordeaux* puisque la Haute juridiction a construit tout

²⁰³ MARAIS, Bertrand du. *Droit public de la régulation économique*. Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004, pp. 102-105.

²⁰⁴ Cons. const., DC 25 juillet 1979, *Droit de grève à la radio et à la télévision*

²⁰⁵ MARAIS, Bertrand du. *Droit public de la régulation économique*. Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004, pp. 102-105.

²⁰⁶ CE, 5 novembre 1982, *Société Proprétrol*.

son raisonnement en justifiant l'intérêt de la théorie par la nécessité de faire fonctionner le service. Les conclusions du commissaire du gouvernement Chardenet semblaient ne laisser aucun doute sur son fondement, les références à la continuité du service public étant « *omniprésentes dans son raisonnement* »²⁰⁷. En effet, au cœur de ses conclusions était la nécessité de préserver leur exécution en raison de cet objet particulier, rappelant « *qu'il faut que le service public continue à être assuré, qu'il le soit sans interruption, (...) l'intérêt public l'exige. Dès lors, le concessionnaire doit continuer à assurer le service ; il ne peut pas se refuser à le faire, le lien contractuel doit subsister* ». ²⁰⁸

Il nous semble juste de commencer cette entreprise par l'analyse de la pensée de Maurice Hauriou sur la théorie de l'imprévision, explicitée dans ses commentaires sur la jurisprudence du Conseil d'État *Gaz de Bordeaux* de 1916.²⁰⁹ D'après Hauriou, cette décision a dégagé deux idées fondamentales : d'une part, la subordination de l'élément du contrat à l'élément d'entreprise de service public, et surtout à la nécessité d'assurer ce service ; d'autre part, l'idée de la limitation des risques et de la responsabilité de l'entrepreneur par la différenciation entre ce qui est ou de ce qui n'est pas dans les prévisions normales. Autrement dit, une fois la concession de service public instituée, même par le biais d'un contrat, la logique de service public l'emportera toujours sur l'élément contractuel et sa force obligatoire, ce qui justifie *in fine* l'application de la théorie de l'imprévision.

La pensée traditionnelle de Maurice Hauriou est donc que la théorie de l'imprévision, en tant que mécanisme juridique apte à faire plier des clauses contractuelles, ne peut être justifiée que par le principe de la continuité du service public, tel que l'intérêt général l'exige.

Ramenons l'analyse vers des auteurs plus contemporains. Pour Benoît Plessix, depuis l'arrêt *Gaz de Bordeaux* la juridiction administrative accepte de faire jouer la théorie de l'imprévision, « *du moins au nom de la continuité du service public, qui seule justifie exceptionnellement une telle modification substantielle du contrat administratif, ce qui explique que cette théorie ne joue qu'à l'égard des contrats conclus pour les besoins ou pour l'exécution des services publics (marchés, délégation)* »²¹⁰. Selon le professeur Plessix,

²⁰⁷ CLOUZOT, Ludivine. *La théorie de l'imprévision en droit des contrats administratifs : une improbable désuétude*. RFDA, p. 937, 2010.

²⁰⁸ Conclusions Chardenet dans l'arrêt CE, *Compagnie générale d'Éclairage de Bordeaux* 1916, précité.

²⁰⁹ AURIUO, Maurice. *Les conséquences de l'imprévision dans les marchés d'éclairage au gaz*. Note sous Conseil d'Etat, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux c/ Ville de Bordeaux*, S. 1916.3.17:

²¹⁰ PLESSIX, Benoît. *Droit administratif général*. LexisNexis, pp. 1240-1243, 2016.

l'application de ce principe repose sur le raisonnement suivant : au nom de l'intérêt général postulant la continuité du service public, le juge administratif considère que pèse sur les parties contractantes l'obligation de maintenir à tout prix le contrat, puisque la circonstance extérieure n'est pas irrésistible, à la différence d'une force majeure. Tant que dure la situation anormale le cocontractant a donc l'obligation de continuer l'exécution du contrat administratif. En contrepartie, l'administration a le devoir d'aider son partenaire à faire face en lui versant une indemnisation couvrant presque intégralement les charges exceptionnelles que les circonstances inattendues lui imposent momentanément : « *Une fois encore, la mutabilité de l'objet contractuel est mise au service de la pérennité du contrat administratif et de la continuité du service public* ». ²¹¹

Dans le même sens on trouvera les opinions de Bertrand du Marais, pour qui le fondement essentiel de la théorie de l'imprévision est que la collectivité publique doit prendre à sa charge les événements qui empêchent la continuité du service en mettant réellement en jeu la survie de l'opérateur et qui dépassent les aléas habituels de la vie des affaires. Pour lui, l'existence de l'indemnité d'imprévision constitue une « *garantie implicite de bonne fin pour les usagers du service* ». Ce serait donc tout simplement une aide accordée par l'administration à la collectivité. ²¹²

L'argument de la continuité des services publics est aussi utilisé par Xavier Heymans. Il rappelle que le principe d'inexécution ne s'applique pas aux contrats administratifs. Ainsi, le cocontractant ne peut pas interrompre l'exécution du contrat en cas de manquement de la personne publique à ses obligations, obligation qui découle de la jurisprudence du Conseil d'État de 1976 *Ville d'Amiens* ²¹³. Cette jurisprudence vient interdire la résiliation d'un contrat administratif par une personne privée en dehors de toute situation où son exécution ne devient par impossible. Toutefois, dans les cas où l'exécution de l'objet du contrat n'est pas impossible, mais devient difficile en vertu d'une situation extérieure aux parties, le contrat sera mieux adapté dans le cadre de la théorie de l'imprévision. L'auteur nous dit de manière expresse que « *c'est la continuité du service public qui est ici en jeu et qui impose au*

²¹¹ PLESSIX, Benoît. *Droit administratif général*. LexisNexis, pp. 1240-1243, 2016.

²¹² MARAIS, Bertrand du. *Droit public de la régulation économique*. Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004, pp. 403-408.

²¹³ CE, 7 janvier 1976, *Ville d'Amiens*.

*cocontractant de l'administration de poursuivre l'exécution du contrat, malgré les difficultés qu'il peut rencontrer, afin de garantir la bonne exécution du service public »*²¹⁴.

On pourrait ajouter de nombreux exemples de juristes soutenant également que la continuité du service public est le fondement juridique essentiel de la théorie de l'imprévision pour justifier ce propos. On se limitera néanmoins à mentionner deux auteurs allant dans le même sens : Laurent Richer et René Chapus²¹⁵.

Comme on le verra *infra*, d'autres auteurs considèrent que les évolutions jurisprudentielles ont été de nature, non pas à effacer complètement l'argument tiré de la continuité de service public, mais à bousculer le raisonnement afin de retenir d'autres arguments s'y ajoutant. Mais, finalement, les désaccords doctrinaux sur le fondement de la théorie de l'imprévision a des conséquences réduites pour notre analyse dans la mesure où, lorsqu'on se penche sur le raisonnement dégagé par le Conseil d'État, le principe de continuité de service public demeure bien le seul fondement de l'application de la théorie, idée qui a été très bien expliqué par Benoît Plessix. Il est intéressant de noter que les propres Conseillers d'État auteurs du « GAJA » vont jusqu'à refuser – habilement mais fermement – tout autre fondement juridique qui serait dégagé par la doctrine pour justifier la théorie. Pour eux, les conséquences de la théorie de l'imprévision (c'est-à-dire, la relativisation de la force obligatoire des contrats et l'accord de l'indemnité par l'Administration) sont liées à son fondement : « *la nécessité d'assurer la continuité du service public* »²¹⁶.

Premièrement, dès lors que l'on acceptait d'appliquer la théorie aux marchés publics, des juristes se sont posés la question de savoir si le fondement de l'imprévision n'avait pas basculé de la continuité du service public vers des considérations liées à la durée du contrat, ce qui aurait été confirmé par le fait que la théorie ne peut pas jouer pour les marchés à livraison unique, en raison de leur bref délai d'exécution (CE 3 décembre 1920, *Fromassol*). Pour le Conseil d'État, pourtant, le fait que la théorie ne s'applique pas à ce type de contrat ne se justifie pas par un le basculement de sa justification vers la durée du contrat, car si elle

²¹⁴ HEYMANS, Xavier. *La clause résolutoire dans les contrats administratifs. Conditions de stipulation et de mise en œuvre de la clause de résiliation à l'initiative du cocontractant de l'Administration*. AJ Contrats d'affaires, Concurrence, p. 67, 2015

²¹⁵ RICHER, Laurent. *Droit des contrats administratifs*. LGDJ, 1999, 2^e éd., n° 358 et CHAPUS, René. *Droit administratif général*. Montchrestien, 1999, 13^e éd., n° 783

²¹⁶ BRAIBANT, Guy; DELVOLVÉ, Pierre; GENEVOIS, Bruno; LONG, Marceau; WEIL, Prosper. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 21^e éd., Dalloz, 2017, pp. 175-183.

est inapplicable dans ces cas c'est parce qu'on ne peut pas parler d'événement imprévisible dans un contrat dont l'exécution n'est pas successive.

Un autre élargissement du champ d'application de la théorie de l'imprévision a causé peut être encore plus de doutes dans la doctrine quant à la justification. Il s'agit de la possibilité d'accorder l'indemnisation au cocontractant même si le contrat a pris fin²¹⁷, ce qui pourrait « *surprendre au regard du principe qui fonde la théorie de l'imprévision, c'est-à-dire, la continuité du service public* ». ²¹⁸ Or, comment expliquer le fondement de la théorie est la continuité du service public alors que ses conséquences peuvent être retirées même après la fin du contrat, où moment où le service n'a plus besoin d'être accompli par le particulier ? Le Conseil d'État a pourtant très rapidement rejeté cette idée. Pour lui, « *on ne peut pas avoir une vue trop simpliste du sujet* », qui méconnaîtrait la réalité, puisque rien que la perspective d'obtenir une indemnité contribue à inciter le cocontractant à poursuivre l'exécution du contrat et, ainsi, ses diligences doivent être compensées rétrospectivement²¹⁹.

B. D'autres arguments secondaires

Un débat relatif à ses fondements est apparu récemment en doctrine. En effet, comme l'explique Ludivine Clouzot, un courant doctrinal apparu au début des années 2000 a soutenu l'idée selon laquelle l'essence de l'imprévision résiderait dans la continuité du service public, mais aussi dans la recherche d'un équilibre financier du contrat. Plusieurs déclinaisons de cette idée ont ainsi vu le jour, certains auteurs estimant que le fondement de la théorie consiste en la recherche du « juste prix »²²⁰ ou encore d'un « équilibre dans les prestations réciproques »²²¹.

Julien Antoine défend l'idée que le principe de la continuité du service public est l'objet de la théorie de l'imprévision mais pas son fondement. Cela s'expliquerait pour trois motifs : en premier lieu, la théorie de l'imprévision a rapidement été étendue à des contrats

²¹⁷ CE, 27 juillet 1951 *Commune de Montagnac* ; CE, 10 février 2010, *Société Prest'Action*.

²¹⁸ BRAIBANT, Guy; DELVOLVÉ, Pierre; GENEVOIS, Bruno; LONG, Marceau; WEIL, Prosper. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 21^e éd., Dalloz, 2017, pp. 175-183.

²¹⁹ BRAIBANT, Guy; DELVOLVÉ, Pierre; GENEVOIS, Bruno; LONG, Marceau; WEIL, Prosper. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*. 21^e éd., Dalloz, 2017, pp. 175-183.

²²⁰ ANTOINE, Julien. *La mutabilité contractuelle née de faits nouveaux extérieurs aux parties*. RFDA 2004, p. 80.

²²¹ SÉVERAIN, Abbatucci; SABLIER, Bertrand ; Vincent, SABLIER. *Crise de l'acier : le retour de l'imprévision dans les marchés de travaux*. AJDA 2004, p. 2192.

administratifs où le cocontractant de l'administration ne participait pas à l'exécution d'une mission de service public et, à l'inverse, est restée inapplicable à certaines conventions dans lesquelles le cocontractant de l'administration est directement associé à une mission de service public, à l'instar des contrats conclus avec les agents publics²²². En second lieu, il va utiliser l'argument selon lequel le Conseil d'État a admis que l'indemnité d'imprévision puisse être demandée après l'expiration du contrat. Pour lui, dire que la perspective d'obtenir une indemnité contribue à inciter le cocontractant à poursuivre l'exécution du contrat, tel que l'a fait le Conseil d'État, est, pour le moins, partial car au regard des conditions extrêmement restrictives posées par la jurisprudence pour obtenir le versement d'une indemnité d'imprévision, le cocontractant n'est en aucun cas certain de l'obtenir. Pour cet auteur, s'il exécute le contrat jusqu'à son terme, c'est surtout dans le but d'éviter un engagement de sa responsabilité contractuelle pour faute²²³. En dernier lieu, il estime que si le fondement de l'imprévision était effectivement la continuité du service public, celle-ci reposerait, non pas sur le dépassement du prix-limite escompté par les parties lors de la signature du contrat, mais sur la situation financière générale de l'entreprise titulaire du contrat.²²⁴

Il ressort de ces constats que le fondement juridique de la théorie de l'imprévision n'est pas la continuité du service public mais plutôt le « juste-prix »²²⁵, c'est-à-dire le franchissement du seuil d'imprévision : si les limites extrêmes des prévisions réalisées par les parties ne sont pas dépassées, la théorie de l'imprévision ne pourra pas s'appliquer²²⁶. Le montant de l'indemnité correspondra à l'augmentation du prix supérieure à la hausse éventuelle qui avait pu être envisagée par les parties lors de la signature du contrat. Le juste-prix repose donc, non pas sur le principe de l'équilibre financier des résultats du cocontractant, mais sur l'équation financière telle que définie lors de la conclusion de la convention initiale. Ainsi, en cas de survenance d'un événement imprévu bouleversant l'économie générale du contrat, il appartiendra à l'administration de rétablir en partie l'«

²²² ANTOINE, Julien. *La mutabilité contractuelle née des faits nouveaux extérieurs aux parties. Analyse comparée entre droit des contrats administratifs et droit privé des obligations*. RFDA, p. 80, 2004

²²³ ANTOINE, Julien. *La mutabilité contractuelle née des faits nouveaux extérieurs aux parties. Analyse comparée entre droit des contrats administratifs et droit privé des obligations*. RFDA, p. 80, 2004.

²²⁴ ANTOINE, Julien. *La mutabilité contractuelle née des faits nouveaux extérieurs aux parties. Analyse comparée entre droit des contrats administratifs et droit privé des obligations*. RFDA, p. 80, 2004.

²²⁵ Le juste-prix s'identifie au « prix-limite » utilisé généralement dans ses arrêts par le Conseil d'État (CE, 8 août 1924, *Gaz de Brive*).

²²⁶ LAUBADÈRE, André de ; MODERNE, Frank ; DELVOLVÉ, Pierre. *Traité des contrats administratifs*. T. 2, 2^e éd., Paris : L.G.D.J, 1984, p. 1360.

équivalence honnête » des prestations entre les parties²²⁷. Cette idée serait corroborée par l'argument tenant au fait que l'indemnité d'imprévision peut être accordée après expiration du contrat, en vertu de la jurisprudence *Département des Hautes-Pyrénées c. Société Sofilia*.

Toutefois, pour Séverain Abbattucci, Bertrand Sablier et Vincent Sablier le fondement véritable de la théorie de l'imprévision réside dans le maintien d'un équilibre dans les prestations réciproques. Pour eux, « *plus que sur une notion juridique strictement définie, l'imprévision repose sur l'idée que le juge se fait de l'évolution des rapports contractuels dans l'exécution des conventions* ». Dès lors qu'un événement imprévisible rend l'engagement de l'un des cocontractants considérablement déséquilibré et ruineux, le juge intervient afin de rétablir l'équilibre contractuel. Sans cette intervention, la partie défavorisée aurait vu son engagement irrémédiablement altéré²²⁸. Ces auteurs considèrent que « *le juge s'inspire d'un ensemble de concepts tels que l'équité, la bonne foi ou encore l'intention présumée des parties pour envisager ce que doit être l'évolution des rapports contractuels et corriger les engagements devenus déséquilibrés et injustes* »²²⁹. Dans cette mesure, l'adaptabilité du contrat aux événements le bouleversant répond en effet à un « impératif social ».

Selon Benoît Plessix, que la théorie de l'imprévision en France puise ses racines dans les marchés révèle que le prétendu fondement de la continuité du service public relève plus d'une construction intellectuelle destinée à résoudre le problème spécifique de la survie économique du système concessif et de tout le secteur privé qu'il permettrait de faire travailler. La reconnaissance de l'imprévision en droit privé souligne que la théorie a un fondement commun encore plus vaste : l'équilibre contractuel. L'analyse économique du droit, au travers de la théorie des jeux et des contrats incomplets, confirme ce fondement transversal.

Finalement, il faut souligner que le Conseil d'État admet d'ailleurs que la continuité n'explique pas tout²³⁰. Dans ses conclusions sur *Gaz de Bordeaux*, Chardenet associait déjà la continuité du service public à la bonne foi, conformément à l'intention que les parties avaient

²²⁷ ANTOINE, Julien. *La mutabilité contractuelle née des faits nouveaux extérieurs aux parties. Analyse comparée entre droit des contrats administratifs et droit privé des obligations*. RFDA, p. 80, 2004.

²²⁸ ABBATUCCI, Séverain ; SABLIER, Bertrand ; SABLIER, Vincent. *Crise de l'acier : le retour de l'imprévision dans les marchés de travaux*. AJDA, p. 2192, 2004.

²²⁹ ABBATUCCI, Séverain ; SABLIER, Bertrand ; SABLIER, Vincent. *Crise de l'acier : le retour de l'imprévision dans les marchés de travaux*. AJDA, p. 2192, 2004.

²³⁰ LABETOULLE, Daniel, concl. sur CE, sect., 12 mars 1976, *Dpt. Hautes-Pyrénées c/ Sté Sofilia*, AJDA 1976, p. 554.

pu avoir au moment où elles contractaient. Pour le professeur Benoît Plessix, ce qui expliquerait la position du Conseil d'État c'est que : « *pour ne pas étendre démesurément une théorie périlleuse pour les finances publiques, le juge conserve comme un précieux garde-fou le fondement de la continuité du service public* »²³¹, car la théorie ne joue pas à l'égard des contrats administratifs n'ayant aucun lien avec le service public, à l'instar des simples occupations privatives du domaine public (TA Rouen, 18 août 1998, *Sté Renault*).

En tout état de cause, pour la plupart de ces auteurs il ne s'agit donc pas de mettre tout simplement de côté l'argument de la continuité du service public mais plutôt d'y ajouter d'autres arguments. Ainsi, « *loin d'attester d'une mutation de la théorie, ces analyses démontrent à quel point, dès sa mise à jour, l'imprévision se présentait comme un instrument juridique riche d'influences croisées* ».

De notre part, nous convenons avec Ludivine Clouzot lorsqu'elle affirme qu'il semble difficile d'accepter l'idée selon laquelle la théorie aurait brusquement changé de visage, alors que les traits essentiels de son régime juridique n'ont quasiment pas varié depuis sa découverte en 1916.²³² Ainsi, même si l'on voit se dessiner actuellement un début de mouvement visant à inverser le fondement de l'application de la théorie de l'imprévision dans les contrats de concession de service public en France, il ne s'agit pas d'un mouvement répandu partout chez les administrativistes français et il n'est certainement pas accueilli par le Conseil d'État. C'est ainsi que l'on peut dire que la continuité de service public demeure en France le fondement, sinon unique, au moins principal de la théorie de l'imprévision.

SECTION 2. La justification majeure au Brésil : le droit de propriété

La doctrine brésilienne a en partie importé la théorie de l'imprévision française²³³. L'origine et les idées générales de ces institutions juridiques sont communes. Toutefois, le Brésil n'a pas opéré une transposition complète en droit interne car il n'a pas repris les fondements de la théorie française de l'imprévision. En effet, c'est la propriété privée qui justifie l'étendue et les effets de la théorie de l'imprévision dans les contrats de concession de

²³¹ PLESSIX, Benoît. *Droit administratif général*. LexisNexis, pp. 1240-1243, 2016.

²³² CLOUZOT, Ludivine. *La théorie de l'imprévision en droit des contrats administratifs : une improbable désuétude*. RFDA, p. 937, 2010

²³³ On trouve encore aujourd'hui très souvent dans les ouvrages de droit administratif un renvoi explicite aux idées françaises pour justifier le raisonnement derrière la théorie car c'est aussi une forme d'argument d'autorité dans un pays émergent comme le Brésil.

service public au Brésil (A). Pour autant, d'autres arguments secondaires aident à renforcer sa légitimité (B).

A. Le droit de propriété comme justification majeure

Le raisonnement derrière le fondement juridique de la théorie de l'imprévision dans les contrats de concession de service public s'opère en trois temps.

On doit d'abord partir du constat selon lequel le système juridique brésilien prohibe « l'enrichissement sans cause » (*enriquecimento sem causa*)²³⁴, c'est-à-dire, toute augmentation de patrimoine sans cause légitime qui le justifie. Ainsi, si quelqu'un obtient des avantages au détriment d'autrui qui a souffert d'un préjudice, on considère qu'il y a eu enrichissement sans cause. Pour que l'enrichissement sans cause soit configuré, il faut pouvoir remplir cumulativement trois conditions : (i) qu'il y ait eu une réduction dans le patrimoine de la personne lésée ; (ii) que le bénéficiaire ait eu une augmentation de son patrimoine sans cause légitime ; et (iii) qu'il y ait un lien de causalité entre les deux.

S'agissant plus spécifiquement des contrats administratifs au Brésil, la majorité de la doctrine considère que cette prohibition se trouve implicitement dans la rédaction de l'article 65, II, d, de la Loi relative à la Concurrence. En d'autres termes, ils considèrent que la règle de la prohibition de l'enrichissement sans cause existe en droit public en vertu de la théorie de l'imprévision.²³⁵ Par exemple, pour Thadeu Andrade da Cunha, « *ce qui justifie l'application de la théorie de l'imprévision aux contrats c'est la combinaison de l'onérosité*

²³⁴ En droit privé, cette prohibition se trouve expresse dans l'article 884 du Code Civil, selon lequel : « *Celui qui, sans avoir une juste cause, s'enrichit aux dépenses d'autrui, sera obligé de restituer ce qui a été indûment perçu, avec actualisation monétaire* ».

²³⁵ « *Cuida-se de principio albergado no ordenamento jurídico brasileiro, no âmbito do Direito privado expressamente no art. 884, do CCB, e, implicitamente, na seara do Direito público, no art. 65, II, "d", da Lei 8.666/1993* ». Cf. MENEZES, Vitor Hugo Mota de ; TEIXEIRA, Heloysa Simonetti ; SILVIO, Solange Holanda Almeida. *A teoria da imprevisão e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato : leitura a partir do garantismo jurídico*. Revista Internacional CONSINTER do Direito, 18.02.2019. V. dans ce même sens: CAEIRO, Marina Vanessa Gomes. *A lei das licitações no cerne da teoria da imprevisão*. In : Revista Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 77, juin 2010. Article disponible en ligne à l'adresse : http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7855 » Accès le 18.03.2019.

excessive de l'exécution de l'obligation pour l'une des parties qui se produit parallèlement à un gain inattendu et injustifié pour l'autre ». ²³⁶

Selon l'administrativiste Diogo de Figueiredo, lorsqu'un événement imprévisible est de nature à bouleverser les conditions de fait existantes lors de la formation du contrat, tout en présentant une importance économique considérable, d'une telle manière qu'il soit à l'origine d'une augmentation insupportable du fardeau financier pour une partie et d'un conséquent enrichissement sans cause pour l'autre, il y aura lieu de modifier le contrat afin de rétablir son équilibre financier. ²³⁷

C'est n'est pas simplement la doctrine administrativiste qui suit cette logique. La jurisprudence du Tribunal Supérieur de Justice considère qu'« *il faut appliquer la théorie de l'imprévision, une fois prouvé le caractère extraordinaire de la circonstance nouvelle, dans le but d'empêcher l'enrichissement sans cause et l'onérosité excessive* », conformément à une décision récente rendue en 2017 ²³⁸. On peut encore citer l'idée sous-jacente à cette décision selon laquelle la non-application de la théorie de l'imprévision au contrat administratif, à la suite des conditions économiques actuelles, aurait comme conséquence « *une vraie spoliation du cocontractant* » ²³⁹.

Le deuxième temps du raisonnement réside dans la liaison entre la prohibition de l'enrichissement sans cause et le droit subjectif du cocontractant de l'administration au rétablissement de l'équilibre financier initialement établi dans le contrat lorsque celui-ci a été rompu, le cas échéant, en vertu d'une imprévision. Or, si le l'ordonnement juridique prohibe l'enrichissement sans cause – qui intervient par définition au détriment d'autrui – le système ne peut pas accepter une situation dans laquelle une imprévision intervient lors de l'exécution d'un contrat et que seulement l'une des parties subit les pertes car cela serait de nature à façonner l'enrichissement sans cause de toute la collectivité, représentée par

²³⁶ CUNHA, Thadeu Andrade da. *A Teoria da Imprevisão e os Contratos Administrativos*. In : Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 201 : pp. 35-44, jul./sept. 1995.

²³⁷ « *Sempre que um insuportável ônus acrescido para uma das partes e em correspondente enriquecimento sem causa para a outra, decorram de eventos imprevisíveis, que alterem os pressupostos de fato de relevância econômica então existentes quando da formação do contrato. Assim, a revisão pode comprometer qualquer cláusula contratual, para o fim de reequilibrá-lo* ». Cf. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito administrativo*. 16^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 189.

²³⁸ « (...) *entendeu aplicável o mesmo princípio, por serem as condições econômicas atuais de tal ordem que negar reajustamento, em contratos cujos preços dependem de atos do Governo, importaria verdadeira espoliação do devedor* ». Cf. STJ, Agravo em REsp n° 893998, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 01.02.2017.

²³⁹ STF, RE n° 64.152/GB, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, D.J. 23.08.1968.

l'Administration, au détriment d'un seul particulier. Les pertes doivent donc être réparties entre toute collectivité qui bénéficie de la prestation du service public. En d'autres termes, le devoir, constitutionnel et infra constitutionnel, de maintenir l'équilibre financier du contrat de concession se justifie par la prohibition de l'enrichissement sans cause. Dans ce sens, Vitor Hugo Mota Menezes, Heloysa Simonetti Teixeira et Solange Holanda Almeida Sílvio affirment qu' « *il convient de souligner que l'idée sous-jacente au maintien de l'équilibre financier du contrat c'est qu'aucune partie peut s'enrichir, imposant l'accomplissement d'une obligation qui est devenue excessivement onéreuse par l'autre partie* ». ²⁴⁰

À ce stade, il convient de rappeler les leçons du professeur Floriano de Azevedo Marques Neto selon lequel même lors de son origine le contrat administratif n'a jamais supposé une relation déséquilibrée en faveur de l'Administration. Au contraire, d'après lui, la conception des contrats administratifs comme des espèces propres de l'État contractuel a toujours été liée à l'idée selon laquelle « *les prérogatives accordées à l'Administration doivent être accompagnées de la protection du cocontractant particulier* » ²⁴¹. Dans ce contexte, son but est celui de protéger la viabilité contractuelle, ce qui sert non seulement à garantir l'intérêt immédiat des parties contractantes, mais aussi – et surtout – à garantir l'intérêt collectif qui justifie l'existence même du contrat.

Pour Floriano de Azevedo Marques Neto, la préservation de l'équilibre financier des contrats administratifs est une condition *sine qua non* de la viabilité du contrat, ce qui est d'autant plus pertinent dans un contrat de concession destiné notamment à la satisfaction d'un objet estimé nécessaire à l'intérêt général. En d'autres termes, les garanties octroyées aux parties d'un contrat de cette nature en vertu du « principe de la protection de l'équilibre financier des contrats administratifs » (*princípio da proteção do equilíbrio econômico-*

²⁴⁰ « *[a] ideia subjacente à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato é a de que nenhuma parte pode se locupletar, impondo o cumprimento de uma prestação que se tornou excessivamente onerosa à outra* ». MENEZES, Vitor Hugo Mota de ; TEIXEIRA, Heloysa Simonetti ; SILVIO, Solange Holanda Almeida. *A teoria da imprevisão e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato : leitura a partir do garantismo jurídico*. Revista Internacional CONSINTER do Direito, 18.02.2019

²⁴¹ « *Mesmo na sua origem, o contrato administrativo estava longe de pressupor uma relação desequilibrada em favor da Administração. Pelo contrário, a concepção do contrato administrativo como uma espécie própria do estado contratual surgiu já atrelada à noção de que as prerrogativas franqueadas à Administração devem vir acompanhadas de proteção ao particular contratado* ». Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo ; SOUZA LOUREIRO, Caio de. *O equilíbrio econômico e financeiro nas concessões : dinamismo e segurança jurídica na experiência brasileira*. In : BOCKMANN MOREIRA, Egon (coord.), *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro. Contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. Ed. Fórum, 2^e éd., 2019.

financeiro dos contratos administrativos) se justifient par la nécessité de garantir la propre viabilité de la convention, garantissant ainsi que l'intérêt public visé sera finalement satisfait²⁴². Or, l'attention prêtée à la viabilité contractuelle est spécialement importante dans le cadre d'un contrat qui présuppose une continuité, comme celui de concession de service public, puisque n'importe quelle interruption est hautement préjudiciable.

Un élément fondamental de l'équation financière d'un contrat de concession de service public est justement sa pérennité. La longue durée de ces contrats soulève une question importante concernant l'équilibre financier de la concession : L'imprévisibilité qui imprègne la relation concessionnelle. Il est presque certain que, puisque son exécution se déroule pendant une longue durée, le contrat sera assujéti à des circonstances imprévisibles et à ses effets, ou même à un décalage entre les circonstances qui pourraient être prévues et ses effets qui ne pourraient jamais être correctement estimés.²⁴³ C'est exactement ici que la théorie de l'imprévision s'insère.

En fait, cela explique aussi la raison pour laquelle le Brésil considère que l'indemnisation due au cocontractant doit être intégrale : le particulier fait aussi partie de la collectivité représentée par l'administration. A partir du moment où l'administration assume l'intégralité du risque extraordinaire, le cocontractant sera aussi amené à assumer une partie des pertes, mais uniquement dans l'exacte même mesure que tout autre membre de la collectivité tout entière.

²⁴² « *Presume-se que acautelar a equação contratual é condição sine qua non à viabilidade e à exequibilidade do contrato, o que é tanto mais relevante num contrato administrativo, voltado precipuamente à entrega de um dado escopo tido como relevante ao interesse coletivo. Em outras palavras (...), a garantia que se procura outorgar à manutenção da equação contratual é justificada pela necessidade de assegurar a viabilidade do contrato administrativo, instrumental por sua própria natureza, em prol da correta execução e entrega do bem ou serviço almejado pela coletividade* ». Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo ; SOUZA LOUREIRO, Caio de. *O equilíbrio econômico e financeiro nas concessões : dinamismo e segurança jurídica na experiência brasileira*. In: BOCKMANN MOREIRA, Egon (coord.), *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro. Contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. Ed. Fórum, 2^o éd., 2019.

²⁴³ « (...) a imprevisibilidade que permeia a relação concessionária, sendo certo que num período dilatado de tempo, é quase certo que o contrato de concessão restará sujeito a circunstâncias imprevistas e aos seus efeitos, ou mesmo ao descompasso dos efeitos de circunstâncias que poderiam até ser previstas no momento da contratação, mas que jamais poderiam ser corretamente estimados a partir do impacto que eventualmente acarretem à concessão ». Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo ; SOUZA LOUREIRO, Caio de. *O equilíbrio econômico e financeiro nas concessões : dinamismo e segurança jurídica na experiência brasileira*. In: BOCKMANN MOREIRA, Egon (coord.), *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro. Contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. Ed. Fórum, 2^o éd., 2019.

Finalement, le troisième temps du raisonnement vise la protection de la propriété privée en tant que but ultime du droit subjectif des cocontractants au rétablissement de l'équation financière du contrat. C'est donc un cycle qui se forme : en raison du principe de la prohibition de l'enrichissement sans cause, le système juridique prévoit la protection de l'équation financière établie par les parties au contrat pour, *in fine*, protéger la propriété privée, droit dont l'importance au Brésil est absolument majeure.

Il s'agit d'un droit protégé et visé à deux reprises dans le texte de la Constitution fédérale. C'est d'ailleurs le seul droit qui reçoit une double protection dans notre Charte constitutionnelle. C'est ce que l'on peut voir à l'article 5, *caput*, de la Constitution fédérale : « *Tous sont égaux devant la loi ; est garantie à tout Brésilien et à tout étranger résidant au Brésil l'inviolabilité du droit à la vie, à la liberté, à l'égalité, à la sûreté et à la propriété, selon les termes suivants (...)* »²⁴⁴ et dans son incise XXII : « *le droit de propriété est garanti* »²⁴⁵. Ce droit est aussi réaffirmé au sein de la propre Constitution fédérale encore une fois à son article 170, II, relatif à l'ordre économique : « *Art. 170. L'ordre économique, fondé sur la valorisation du travail humain et sur la libre entreprise, a pour but d'assurer à tous une existence digne et conforme aux exigences de la justice sociale, conformément aux principes suivants : (...) II – la propriété privée ;* »²⁴⁶.

Ainsi, d'après des auteurs comme Alexandre Santos de Aragão, l'application de la théorie de l'imprévision dans les contrats administratifs – et, *a fortiori*, dans tous les contrats de concession de service public – se justifie fondamentalement par la protection de l'équilibre financier du contrat²⁴⁷. Mais le propre droit à l'équilibre financier du contrat trouve sa fondement dans le droit constitutionnel de propriété, car, en réalité, « *le champ de protection*

²⁴⁴ « *Art. 5. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes (...)* », Constitution fédérale du Brésil.

²⁴⁵ « *XXII – é garantido o direito de propriedade* », Constitution fédérale du Brésil.

²⁴⁶ « *Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)*

II – propriedade privada », Constitution fédérale du Brésil.

²⁴⁷ « *Essa, digamos, “especial aplicação da Teoria da Imprevisão” tem como seu principal instrumento a proteção da equação econômico-financeira do contrato: sempre que, por ação ou omissão, material ou jurídica, do Estado, ou por fatos imprevisíveis em geral, a estrutura econômica inicial da relação contratual for alterada, ela deve retornar à sua situação original, estabelecida quando da apresentação da proposta* ». Cf. ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro : Forense, 2012.

de la propriété ne se limite pas uniquement aux biens mobiliers ou immobiliers, mais il s'étend aussi à des divers droits publics subjectifs ». ²⁴⁸

B. D'autres arguments secondaires

Bien évidemment, le principe de protection de la propriété privée n'est pas le seul qui se trouve protégé lorsque les parties modifient le contrat de concession pour l'adapter aux circonstances nouvelles et imprévisibles. La sécurité juridique est aussi une autre valeur qui justifie l'application de la théorie de l'imprévision. En vertu du principe de sécurité juridique, qui est aujourd'hui un principe général du droit administratif français²⁴⁹, il faut que « *dans les relations menées entre l'État et les particuliers l'action étatique soit prévisible et qu'elle assure le respect des situations juridiques établies, en conformité avec les règles imposées par les pouvoirs publics, afin d'assurer la stabilité des relations juridiques et la cohérence de l'action de l'administration Publique* »²⁵⁰.

Il est important de noter que le principe de sécurité juridique peut toujours se baser sur deux logiques : d'un côté, on peut le concevoir comme une manifestation de la bonne-foi et de l'équité, dans la mesure où son application empêche la ruine financière de celui qui subit les pertes dues à l'événement imprévisible et extraordinaire. D'un autre côté, on peut privilégier une approche plutôt économique du principe, selon laquelle la cohérence et la prévisibilité de l'action publique est de nature à créer une ambiance économique plus sûre pour les partenaires privés et les investisseurs. Dans cette mesure, la garantie de la sécurité juridique à travers l'application de la théorie de l'imprévision peut cacher ces deux fondements secondaires : l'équité et la bonne-foi contractuelle ou encore la garantie d'un environnement économique stable.

²⁴⁸ « *O âmbito de proteção da propriedade não abrange apenas a de bens imobiliários ou imóveis, mas também a propriedade de uma série de direitos subjetivos públicos* ». Cf. SHOLLER, Heinrich. *Constituição e globalização: a transição do estado social e da economia planificada para uma economia de Mercado*. In: Ingo Wolfgang Sarlet (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 92).

²⁴⁹ CE, 2007, *Société KPMG*.

²⁵⁰ « Com o princípio da segurança jurídica, nos vínculos entre o Estado e o particular deve existir a previsibilidade da ação estatal, o respeito pelas situações constituídas, de acordo com as normas impostas ao Poder Público, para assegurar-se a estabilidade das relações jurídicas como também a coerência no agir da Administração Pública ». Cf. MENEZES, Vitor Hugo Mota de ; TEIXEIRA, Heloysa Simonetti ; SILVIO, Solange Holanda Almeida. *A teoria da imprevisão e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato : leitura a partir do garantismo jurídico*. Revista Internacional CONSINTER do Direito, 18.02.2019.

D'autres arguments secondaires sont également soulevés par des auteurs, comme par exemple, ceux tirés de la justice et de l'égalité. D'après Vânia Maria Cunha, « *la possibilité de rétablir l'équilibre financier du contrat à la suite d'une situation d'imprévision a pour but d'éviter les injustices et les inégalités* ». Pour elle, « *cette notion d'imprévisibilité, de situation exceptionnelle, permet la flexibilité du principe de la force obligatoire des conventions et d'éviter des iniquités* »²⁵¹.

Pour Flávio Amaral Garcia, présumer que les parties doivent maintenir les conditions du contrat même après une extraordinaire transformation des circonstances économiques exogènes au contrat, ce qui serait suffisant pour déséquilibrer financièrement la relation et générer des injustices à l'un des cocontractants, signifie ignorer le principe de bonne-foi comme l'un des postulats des contrats publics²⁵².

De toute façon, aucune de ces théories n'est contradictoire *per se*. La théorie de l'imprévision doit être interprétée comme l'instrument de concrétisation des principes qui se trouvent implicitement dans le maintien de l'équilibre financier du contrat administratif.

Il est donc intéressant de voir qu'au Brésil la continuité du service public est un argument laissé au second plan en ce qui concerne l'application de la théorie de l'imprévision dans les contrats de concession de service public.

En droit brésilien, le principe de la continuité des services publics signifie que les services publics – classification entreprise par le législateur – doivent toujours être réalisés de manière permanente et ininterrompue en vertu de son caractère essentiel pour la collectivité. Ce principe possède une valeur constitutionnelle en vertu de l'article 175, IV de la Constitution Fédérale, selon lequel la puissance publique a l'obligation de fournir des services publics adéquats. *In verbis* :

²⁵¹ « *Trata-se de evitar injustiça, desigualdade, reconhecendo-se ao contratado o direito à recomposição das condições inicialmente pactuadas. Essa noção de imprevisibilidade, de conteúdo excepcional, permite a flexibilidade do princípio da irretroatividade das convenções, de modo a não se cometer iniquidades* ». Cf. CUNHA, Vânia Maria. A teoria da imprevisão e o atual direito privado nacional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1994, p.75.

²⁵² « *Supor que as partes devem manter tudo como está, mesmo diante de uma aguda transformação das circunstâncias econômicas exógenas ao contrato, bastante suficiente para desequilibrar financeiramente a relação e gerar injustiças para um dos contratantes, é ignorar a boa-fé como pressuposto das públicas relações contratuais* ». Cf. GARCIA, Flávio Amaral. *A imprevisão na previsão e os contratos concessionais*. In : DUTRA, Joísa Campanher ; SAMPAIO, Patrícia Regina Ribeiro (Orgs.). *20 anos de concessões em infraestrutura no Brasil*. Rio de Janeiro : Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017.

« Art. 175. (...) »

Paragraphe unique. La loi dispose sur :

IV – l’obligation de fournir un service adéquat »²⁵³.

C’est l’article 6 de la Loi de Concessions brésilienne (Loi n° 8.987/95) qui prévoit que : « *Toute concession ou permission présuppose une prestation de services qui soit adaptée au service des usagers, conformément à cette Loi, aux normes applicables et à l’instrument de concession respectif* »²⁵⁴.

Mais l’analyse de la doctrine et de la jurisprudence brésiliennes conduisent à cette conclusion : la continuité du service public n’est qu’un fondement subsidiaire. Les ouvrages consacrés aux contrats ne lui accordent qu’un paragraphe, uniquement dans le but de renforcer la justification et le fondement majeur de la théorie de l’imprévision.

Dans ce contexte, l’utilisation de critères plus souples et les effets plus étendus de la théorie de l’imprévision au Brésil résultent, à notre sens, d’une différence marquante dans le fondement juridique utilisé – que ce soit pour la doctrine ou par la jurisprudence – dans les deux pays. Il nous semble donc que tandis que la France se fonde encore aujourd’hui prioritairement sur la continuité du service public pour justifier son application dans les contrats de concession de service public, au Brésil c’est le maintien de l’équilibre financier du contrat et, *in fine*, la garantie du droit de propriété qui priment.

²⁵³ « Art. 175. (...) »

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

IV - a obrigação de manter serviço adequado ».

²⁵⁴ « Art. 6°. Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato », Loi de Concessions.

CONCLUSION

Quelques conclusions peuvent être dégagées au terme de cette étude comparative de la théorie de l'imprévision appliquée aux contrats de concession de service public en France et au Brésil.

S'il est vrai que la théorie brésilienne de l'imprévision a été calquée sur l'institution juridique dégagée par le Conseil d'État français en 1916 et que son application aux contrats de concession de service public se réalise d'une manière relativement similaire dans les deux pays, au moins en principe, force est de constater l'existence de différences capitales : (i) en premier lieu, on peut observer une plus grande souplesse, au Brésil, dans l'*interprétation des critères* d'application de la théorie de l'imprévision dans les cas concrets. (ii) En second lieu, les *effets de l'application* de l'imprévision sont beaucoup plus étendus au Brésil qu'en France. (iii) Enfin, la dernière constatation – la plus importante – qui émerge, c'est que le *rationnel juridique* derrière l'application de la théorie de l'imprévision dans les deux pays n'est pas forcément le même.

Selon nous, la construction de la théorie française, fondée sur la continuité des services publics, (malgré l'existence de fondements secondaires ou tertiaires) limite considérablement, non seulement son champ d'application, mais aussi les effets qui lui sont accordés par le système juridique, si l'on compare avec un pays comme le Brésil. Cela s'explique notamment par la place majeure qu'occupe la protection de la propriété privée en droit brésilien. Partant de ce présupposé, il est possible de conclure qu'à partir du moment où le principal fondement juridique de l'application de la théorie de l'imprévision est le droit de propriété, lorsque dans un cas concret nous sommes confrontés à une situation dans laquelle ce droit va à l'encontre d'un autre, *ce dernier aura une forte tendance à céder face à la propriété privée*. Cela vaudra de même lorsqu'il s'agit d'une mise en balance entre le principe de la protection de la propriété privée et le principe de l'intérêt public.

Certes, il n'est pas possible de savoir *a priori* quel sera le résultat de la mise en balance entre deux principes apparemment contradictoires. Néanmoins, les analyses de la doctrine administrativiste et de la jurisprudence brésiliennes ont pu nous montrer que, dans bien des cas, la théorie de l'imprévision est utilisée comme une forme de protection de la propriété du cocontractant privé de l'Administration.

Bien évidemment, l'argument de la satisfaction de l'intérêt public est utilisé dans les deux pays, d'une manière plus ou moins directe : d'un côté, on peut dire que la théorie de l'imprévision se justifie parce qu'elle est un instrument de satisfaction directe de l'intérêt de la collectivité à travers la continuité du service public. Cet argument, très en présent encore aujourd'hui en France suffit, ou presque, à légitimer l'indemnisation due au cocontractant en raison d'une circonstance imprévisible nouvelle qui vient jouer au cours de l'exécution d'un contrat de concession de service public. Mais on peut considérer que l'argument de la continuité du service public en vue de la satisfaction de l'intérêt général, quoique nécessaire, ne suffit pas à saisir tout le phénomène et qu'il serait plus pertinent de procéder à une analyse économique du droit. On peut considérer, comme c'est le cas au Brésil, que la théorie de l'imprévision vise notamment à protéger le droit de propriété du cocontractant à travers la protection de l'équilibre financier du contrat de concession, créant une ambiance de sécurité juridique qui rendra la passation de contrats avec l'Administration encore plus attractive, garantissant, *in fine*, la satisfaction de l'intérêt général.

La question n'est donc pas tant celle la satisfaction ou non de l'intérêt public – à travers la continuité du service public ou de la protection de la propriété du cocontractant – mais celle de l'objectif de la théorie de l'imprévision. Que ce soit en France ou au Brésil, l'action de l'Administration se fonde toujours sur la satisfaction de l'intérêt général, peu importe l'instrument juridique choisi pour ce faire. Toutefois, la vraie différence entre les deux pays c'est que l'intérêt général constitue, en France, l'alpha et l'oméga du droit public alors qu'il ne suffit pas, *per se*, au Brésil.

L'importance majeure accordée au droit de propriété au Brésil permet donc d'expliquer pourquoi la doctrine administrativiste et les tribunaux supérieurs ont une tendance nette à interpréter les conditions d'application de la théorie de l'imprévision, dans les contrats de concession de service public, de manière plus souple qu'en France. Les effets de l'application de cette théorie sont plus étendus au Brésil qu'en France, alors même que le droit brésilien a importé la théorie française et, plus largement, l'ensemble du droit des contrats administratifs français.

Leticia Chaves Freitas Barbosa, étudiante du Master 2 Droit public approfondi

BIBLIOGRAPHIE

ABBATUCCI, Séverain ; SABLIER, Bertrand ; SABLIER, Vincent. *Crise de l'acier : le retour de l'imprévision dans les marchés de travaux.* AJDA, p. 2192, 2004.

ANTIPPAS, Jeremy. *Regards comparatistes internes sur la réforme du droit des contrats. Réflexion sur l'identité contractuelle française.* AJDA, p. 1620, 2016.

ANTOINE, Julien. *La mutabilité contractuelle née des faits nouveaux extérieurs aux parties. Analyse comparée entre droit des contrats administratifs et droit privé des obligations.* RFDA, p. 80, 2004.

APELBAUM, Raphaël. *Les PPP et le développement du droit public français à l'étranger.* AJDA, p. 1759, 2004.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Curso de Direito Administrativo.* Rio de Janeiro : Forense, 2012.

_____. *A evolução na proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs.* In : Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 263, pp. 35-66, maio/agosto, 2013.

ARAGÃO, Severino. *Teorias da imprevisão : da condição implícita, da frustração por risco e do risco do negócio.* In : Revista Direito, Rio de Janeiro, v. 3, n° 6, jul./dez. 1999.

ARAÚJO PEREIRA, Kylce Anne de. *A aplicabilidade da Teoria da Imprevisão no âmbito dos contratos administrativos.* In : Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 38, n. 149, jan./mar., 2001.

AUBY, Jean-François. *Les contrats de partenariat étaient-ils nécessaires ?* RFDA, p. 1095, 2004.

BOUTHINON-DUMAS, Hugues. *Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision.* In : Revue internationale de droit économique, 2001/3, t. XV, 3, pp. 339-373, Article disponible en ligne à l'adresse : <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droiteconomique-2001-3-page-339.htm>

BRAIBANT, Guy; DELVOLVÉ, Pierre; GENEVOIS, Bruno; LONG, Marceau; WEIL, Prosper. *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative.* 21^e éd., Dalloz, 2017.

CAEIRO, Marina Vanessa Gomes. *A lei das licitações no cerne da teoria da imprevisão.* In : Revista Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 77, juin 2010. Article disponible en ligne à l'adresse : http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7855 » Accès le 18.03.2019

CARDOSO, André Guskow. *Ainda a questão da alocação e repartição de riscos nas parcerias público-privadas.* In : JUSTEN FILHO, Marçal ; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.), *Parcerias Público-Privadas*, São Paulo : Revista dos Tribunais, pp. 257 – 281, 2014.

CHÉNEDÉ, François. *Les emprunts du droit privé au droit public en matière contractuelle.* AJDA, p. 923, 2009.

CLEMMY, Friedrich. *Histoire doctrinale d'une mise en discours : des contrats de l'administration au contrat administratif (1800-1960).* Thèse soutenue à l'Université Toulouse Capitole sous direction de Mathieu Touzeil-Divina, 2016.

CLOUZOT, Ludivine. *La théorie de l'imprévision en droit des contrats administratifs : une improbable désuétude.* RFDA, p. 937, 2010.

COSTA, Gláucia Maria Gomes da. *Teoria da imprevisão nos contratos administrativos.* Artigo científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro como exigência para obtenção do título de pós-graduação, 26f., 2009.

COURIVAUD, Henri. *La concession de service public « à la française » confrontée au droit européen.* In : Revue internationale de droit économique, 2004/4, t. XVIII, 4, pp. 395-434. Article disponible en ligne à l'adresse : <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droiteconomique-2004-4-page-395.htm>.

CUNHA, Thadeu Andrade da. *A Teoria da Imprevisão e os Contratos Administrativos.* In : Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, 201 : pp. 35-44, jul./sept. 1995.

DEFFAINS, Bruno ; FERREY, Samuel. *Pour une théorie économique de l'imprévision en droit des contrats.* RTD Civil, p. 719, 2010.

DELVOLVÉ, Pierre. *Les nouvelles dispositions du Code Civil et le Droit administratif.* RFDA, p. 613, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo, 27^a ed., São Paulo: Malheiros, 2015.*

DREYFUS, Jean-David. *Prévenir les incidents d'exécution d'une délégation de service public : les clauses de revoyure.* AJ Collectivités Territoriales, p. 500, 2011.

FERRAZ, Patrícia de Sá Moreira de Figueiredo. *A onerosidade excessiva na revisão e extinção dos contratos : a concorrência na aplicação da regra dos arts. 317 e 478 do Código Civil vigente.* Dissertação de Mestrado defendida na Universidade de São Paulo, 118 f., 2015.

FURTADO DA SILVA, Zélio. *A admissibilidade da teoria da imprevisão na jurisprudência brasileira como princípio geral do direito.* Tese apresentada à banca examinadora da Universidade Federal de Pernambuco como um dos requisitos para obtenção do título de Doutor em Direito, Recife, 231f., 2003.

GARCIA, Flávio Amaral. *A imprevisão na previsão e os contratos concessionais.* In : DUTRA, Joisa Campanher ; SAMPAIO, Patrícia Regina Ribeiro (Orgs.). *20 anos de concessões em infraestrutura no Brasil.* Rio de Janeiro : Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2017.

GONÇALVES, Pedro Costa. *Função do caso base em contratos administrativos de concessão.* In : BOCKMANN MOREIRA, Egon (coord.), *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro. Contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação.* Ed. Fórum, 2^o éd., 2019.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *A experiência brasileira nas concessões de serviço público.* In : JUSTEN FILHO, Marçal ; SCHWIND, Rafael Wallbach (coord.), *Parcerias Público-Privadas,* São Paulo : Revista dos Tribunais, pp. 180-251, 2014.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs : Formação e metodologias para recomposição.* In : BOCKMANN MOREIRA, Egon (coord.), *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro. Contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação.* Ed. Fórum, 2^o éd., 2019.

HAURIOU, Maurice. *Les conséquences de l'imprévision dans les marchés d'éclairage au gaz.* Note sous Conseil d'Etat, 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux c/ Ville de Bordeaux, S. 1916.3.17: *Revue générale du droit online*, 2015, numéro 15370. Article disponible en ligne à l'adresse: www.revuegeneraledudroit.eu/?p=15370.

_____. *La guerre de 1914 et les effets de l'imprévision sur l'exécution du contrat public – suite de l'affaire « Gaz de Bordeaux » de 1916.* Note sous Conseil d'Etat, 3

août 1917, Compagnie des Messageries maritimes c/ Ministre de la Marine : Revue générale du droit *on line*, 2015, numéro 15668. Article disponible en ligne à l'adresse: www.revuegeneraledudroit.eu/?p=15668.

HEYMANS, Xavier. *La clause résolutoire dans les contrats administratifs. Conditions de stipulation et de mise en œuvre de la clause de résiliation à l'initiative du cocontractant de l'Administration.* AJ Contrats d'affaires, Concurrence, p. 67, 2015.

HOEPFFNER, Hélène. *La modification des contrats.* RFDA, p. 280, 2016.

HUGÉ, Albane ; RUELLAN, Aymerci. *Le partage des risques et la portée matérielle des théories de la force majeure, du fait du prince et de l'imprévision.* AJDA, p. 1597, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.* 16^a ed., São Paulo: RT, 2014.

_____. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público.* São Paulo : Dialética, 2003, p. 398.

KIRAT, Thierry ; MARTY, Frédéric ; VIDAL, Laurent. *Le risque dans le contrat administratif ou la nécessaire reconnaissance de la dimension économique du contrat.* In : Revue internationale de droit économique, t. XIX, 3, pp. 291-318, 2005.

KIRAT, Thierry. *L'allocation des risques dans les contrats : de l'économie des contrats « incomplets » à la pratique des contrats administratifs.* In : Revue internationale de droit économique, n° 3, pp. 11-46, 2003. Article disponible en ligne à l'adresse : <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-economique-2003-1-page-11.htm>.

LACROIX, Guillaume. *L'adaptation du contrat aux changements de circonstances.* Droit, 2013. Article disponible en ligne à l'adresse : <https://dumas.ccsd.cnrs.fr/dumas-01317150>.

LASSARRE, Valérie. *Le risque.* Recueil Dalloz, pp. 1632, 2011.

LAUBADÈRE, André de ; MODERNE, Frank ; DELVOLVÉ, Pierre. *Traité des contrats administratifs.* T. 2, 2^e éd., Paris : L.G.D.J, 1984.

MARAIS, Bertrand du. *Droit public de la régulation économique.* Presses de Sciences Po et Dalloz, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços público.* São Paulo: Ed. Dialética, 1997.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo ; SOUZA LOUREIRO, Caio de. *O equilíbrio econômico e financeiro nas concessões : dinamismo e segurança jurídica na experiência*

brasileira. In : BOCKMANN MOREIRA, Egon (coord.), *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro. Contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. Ed. Fórum, 2º éd., 2019.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *Do contrato administrativo à Administração Contratual*. In: Boletim de Licitações e Contratos, v. 64, pp. 726-732.

_____. *Concessões*. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2013.

_____. *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 10ª ed., 1991.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato Administrativo*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

_____. *Contratos administrativos nos dias atuais*. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 17, n. 90, p. 37-63, mar./abr. 2015.

MENEZES, Vitor Hugo Mota de ; TEIXEIRA, Heloysa Simonetti ; SILVIO, Solange Holanda Almeida. *A teoria da imprevisão e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato : leitura a partir do garantismo jurídico*. Revista Internacional CONSINTER do Direito, 18.02.2019.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Contratos administrativos de longo prazo : a lógica de seu equilíbrio econômico-financeiro*. In : BOCKMANN MOREIRA, Egon (coord.), *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro. Contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. Ed. Fórum, 2º éd., 2019.

_____. *Direito das Concessões de Serviço Público: inteligência da Lei 8.987/1995 (Parte Geral)*. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *O contrato administrativo como instrumento de governo*. In: Pedro Costa Gonçalves (org.). Estudos de contratação pública. Coimbra: Coimbra Editora (CEDIPRE), p. 17, 2013.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos.* Fórum de Contratação e Gestão Pública, Belo Horizonte, v. 8, n. 93, pp. 7-18, set. 2009.

NOGUELLOU, Rozen. *L'exécution des contrats de concession.* AJDA, p. 1008, 2016.

PACHEN-LEFÈVRE, Marie-Hélène ; GARDELLIN, Maxime. *Les clauses de modification du contrat : recours et limites.* Contrats Publics n° 183, janvier, pp. 22-26, 2018.

PASSOS MARTINS, Thomas. *La Cour suprême du Brésil et l' « État démocratique de droit ».* Contribution à une théorie de la démocratie réflexive. Institut Universitaire de Varrenne, Collection des Thèses n° 88, LGDJ, 2013.

PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público.* Belo Horizonte: Fórum, 2006.

PERROUD, Thomas. *Le droit comparé dans les thèses de droit administratif.* RFDA, p. 1084, 2016.

PLESSIX, Benoît. *Droit administratif général.* LexisNexis, pp. 1240-1243, 2016.

PRADO, Maurício Almeida. *Regards croisés sur les projets de règles relatifs à la théorie de l'imprévision en Europe.* In: Revue internationale de droit comparé, vol. 62, n° 4, 2010, pp. 863-894.

PROS-PHALIPPON, Chloé. *La recherche d'un meilleur équilibre contractuel par le contrat : la clause la résiliation au profit de la personne privée cocontractante.* RFDA, p. 47, 2015.

ROLIN, Frédéric. *Les contrats de l'administration et la Première Guerre Mondiale.* Jus Politicum, n° 15. Article disponible en ligne à l'adresse : <http://juspoliticum.com/article/Les-contrats-de-l-administration-et-la-Premiere-Guerre-mondiale-1066.html>.

RUELLAN, Aymeric ; HUGÉ, Albane. *Le partage des risques et la portée matérielle des théories de la force majeure, du fait du prince et de l'imprévision.* AJDA, p. 1597 et ss., 2006.

SHOLLER, Heinrich. *Constituição e globalização: a transição do estado social e da economia planificada para uma economia de Mercado.* In: Ingo Wolfgang Sarlet (org.). *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado.* Rio de Janeiro: Renovar, p. 93, 2003.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Licitação e contratos administrativos*, 2.ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1994.

VÉRAS DE FREITAS, Rafael. *Os contratos privados celebrados por concessionários de serviços públicos e a sua regulação*. In: *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 101, pp. 219-240, jan./fev. 2017.

DÉCISIONS CITÉES

Décisions françaises :

CE, 8 février 1855, *Ansart-Manem*

CE, 3 février 1905, *Ville de Paris c/ Michon*

CE, *Compagnie Générale d'Éclairage de Bordeaux*, 30 mars 1916

CE, 21 juillet 1917, *Compagnie générale des automobiles postales*

CE, 8 février 1918, *Gaz de Poissy*

CE, 3 décembre 1920, *Fromassol*

CE, 28 novembre 1924, *Compagnie du Boulonnais*

CE, 30 octobre 1925, *Mas-Gayet*

CE, ass., 9 décembre 1932, *Compagnie des tramways de Cherbourg*

CE, 1^{er} février 1939, *Leostic*

CE Sect., 3 janvier 1939, *Commune de Tursac*

CE, 10 février 1943, *Aurran*

CE, Sect., 21 avril 1944, *Compagnie française des câbles télégraphiques*

CE, ass., 8 décembre 1944, *Sté l'Énergie industrielle*

CE, 10 mars 1948, *Hospices de Vienne*

CE, 29 avril 1949, *Ministre de la guerre*

CE, 4 mai 1949, *Ville de Toulon*

CE, 15 juillet 1949, *Ville d'Elbeuf*

CE, 27 juillet 1951 *Commune de Montagnac*

CE, 23 novembre 1956, *Hereil*

CE Sect., 23 janvier 1959, *Commune d'Huez*

CE, 22 février 1963, *Ville d'Avignon*

CE Sect., 11 février 1972, *OPHLM du Calvados et Caisse franco-néerlandaise du cautionnement*

CE Sect., 12 mars 1976, *Département des Hautes-Pyrénées c/ Sté Sofilia*

CE, 7 janvier 1976, *Ville d'Amiens*

CE, 22 février 1980, *SA des Sablières modernes d'Arressy*

CE, 5 novembre 1982, *Société Propétrol*

CE, 19 février 1992, *SA Dragages et travaux publics c. Escota*

CE, 10 février 2010, *Société Prest'Action*

Cons. const., DC 25 juillet 1979, *Droit de grève à la radio et à la télévision*

Cons. const., décision n° 92-308 DC du 9 avril 1992, *Maastricht I.*

Cons. const., DC 96-380 du 23 juillet 1996, *France Télécom*

CE 5 avril 2002, *Société des mines de Sacilor Lormines.*

Cass. civ., 6 mars 1876, *Canal de Craponne*, D. 1876, I, p. 193, note Giboulot

Cass. civ., 6 juin 1921, *Bécou c/ Saint-Pé*, rapp. A Colin

TA Rouen, 18 août 1998, *Sté Renault*

Décisions brésiliennes :

STF, RE n° 11.415/CE, Rel. Min. Ribeiro da Costa, D.J. 13.09.1948.

STF, RE n° 64.152/GB, Rel. Min. Oswaldo Trigueiro, D.J. 23.08.1968.

STF, RE n° 64.231/SP, Rel. Min. Audácito Cardoso, D.J. 26.09.69.

STF, RE n° 71.443-RJ, Rel. Min. Aliomar Baleeiro, DJ 28.09.1973

STF, RE n° 817.663/RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 13.03.2018.

STJ, REsp n° 1129738/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 21.10.2010

STJ, Agravo em REsp n° 893998, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, j. 01.02.2017.

STJ, AREsp n° 882248 SP 2016, Rel. Min. Gurgel de Faria, D.J. 20.02.2018