

Université Panthéon-Assas

école doctorale Georges Vedel

Thèse de doctorat en droit public
soutenue le 22 octobre 2015

Thèse de Doctorat / octobre 2015

**La modification du contrat administratif
en droit colombien**



Université Panthéon-Assas

Auteur : Carlos Alfonso GUECHA LOPEZ

Sous la direction de Monsieur Jacques PETIT

Membres du jury :

M. Gweltaz EVEILLARD, Professeur à l'Université Rennes 1. Rapporteur

Mme. Hélène HOEPFFNER, Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole.

Rapporteur

M. Jacques PETIT, Professeur à l'Université Rennes 1. Directeur de thèse

M. Bertrand SEILLER, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

À Monsieur le professeur Jacques Petit, pour m'avoir fait l'honneur de diriger mon travail. Je le remercie tout particulièrement de son soutien.

À mes parents, sources infinies d'amour, d'espoir et de courage.

Résumé :

La modification du contrat administratif en droit colombien

Bien que la modification du contrat administratif soit par principe libre, elle ne peut s'exercer que dans le cadre de certaines limites. En France, les règles de publicité et mise en concurrence imposent des conditions de fond, de forme et de procédure qui déterminent la légalité de l'instrument modificatif. L'interdiction d'un objet nouveau, les restrictions au bouleversement de l'économie du contrat, la fixation des seuils par le juge, etc. révèlent un contrôle rigoureux des modifications. En Colombie, par contre, il semble que la liberté des parties est beaucoup plus étendue. Un seuil général de cinquante pourcent du montant initial, la possibilité des parties de bouleverser l'économie du contrat et même la modification fondamentale de l'objet, font partie d'un système juridique qui tend à supprimer toutes les restrictions à la volonté des parties à l'égard de la modification. S'il est même de l'essence du contrat administratif d'admettre des modifications aux conditions fixées initialement, un sujet d'une grande importance sera celui de la nature de la modification en droit colombien pour dévoiler tous les défis de sa mise en œuvre.

Descripteurs :

Contrat administrative – modification unilatérale – modification conventionnelle – révision – avenant – ajustement – indexation – faits imprévisibles – bouleversement de l'économie – modification de l'objet – mise en concurrence – forme – procédure

Title and Abstract :

The modification of the public contract under Colombian law

Although the modification of the public contract is in principle free, it can only take place under certain limitations. In France, the rules of advertising and competition impose substantive conditions of form and procedure to determine the legality of the modifying instrument. The prohibition of agreeing to a new object, restrictions on altering the economic balance, setting financial thresholds, etc., reveal a rigorous control for any modifications. In Colombia, however, it appears that the freedom of the parties is much broader. A general threshold of fifty percent of the initial price, the possibility of altering the economics of the contract and even the fundamental modification of the object, are part of a legal system that tends to abolish all restrictions to the will of the parties regarding modification. Although it is of the essence of contract modifications to disclose the conditions initially established, a major theme is that of the nature of the change in Colombian law to reveal all the challenges of its implementation.

Keywords :

Public contract – unilateral modification – bilateral modification – revision – additional clause – amendment – adjustment – indexation - unpredictable events – disturbance of the economy – modification of the object – competition – form – procedure

Principales abréviations

Adm.	Administratif
AJDA	Actualité juridique du droit administratif
AJFP	Actualité juridique-Fonctions publiques
Ass.	Assemblée
BJCP	Bulletin juridique des contrats publics
Bull.	Bulletin
c.	Contre
CAA	Cour administrative d'appel
CC	Conseil constitutionnel français
Cass.	Cour de cassation
C. civ.	Code civil
CE	Conseil d'État français
Chr.	Chronique
CJA	Code de justice administrative
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Coll.	Collection
Comm.	Commentaire
Concl.	Conclusions
cons.	Considérant
DA	Droit administratif
dir.	Direction
EDCE	Études et documents du Conseil d'État
éd.	Edition
Journ.	Journal

JO	Journal officiel
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
n°	Numéro
obs.	Observations, commentaires doctrinaux
Op. cit.	Opus citatum (ouvrage cité)
p.	Page, pages
p. ex.	Par exemple
Préc.	Précité
PUF	Presses universitaires de France
RDP	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
Rec.	Recueil Lebon des arrêts du Conseil d'État français
Req.	Requête
Rev.	Revue
RFDA	Revue française de droit administratif
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
Sect.	Section
Somm.	Sommaire
Spéc.	Spécialement
s.	Suivants
t.	Tome
TA	Tribunal administratif
TC	Tribunal des conflits
v.	Voyez
vol.	Volume

Sommaire

INTRODUCTION	11
PREMIÈRE PARTIE :	74
LA DÉFINITION DE LA MODIFICATION	74
TITRE I : LA DÉFINITION POSITIVE DE LA MODIFICATION	76
CHAPITRE 1 : LA MODIFICATION UNILATÉRALE	78
SECTION 1 : LA MODIFICATION UNILATÉRALE EN TANT QUE POUVOIR EXCEPTIONNEL	80
SECTION 2 : LA MODIFICATION UNILATÉRALE EN TANT QU'INSTRUMENT DE CHANGEMENT	119
CHAPITRE 2 : LA MODIFICATION CONVENTIONNELLE	147
SECTION 1 : LA MODIFICATION LIÉE À L'OBJET DU CONTRAT	154
SECTION 2 : LA MODIFICATION DES OBLIGATIONS DÉTACHÉES DE L'OBJET	179
CONCLUSION DU TITRE I	204
TITRE II: LA DEFINITION NEGATIVE DE LA MODIFICATION: LES NOTIONS JURIDIQUES VOISINES.....	207
CHAPITRE 1 : LES NOTIONS QUI DIFFÉRENT DE LA MODIFICATION	208
SECTION 1 : L'AUGMENTATION DES QUANTITÉS D'OUVRAGE	208
SECTION 2 : LA VARIATION DU PRIX	225
CHAPITRE 2: LES NOTIONS MODIFICATIVES DOUTEUSES	249
SECTION 1: LES ALTÉRATIONS PAR DES FAITS IMPRÉVISIBLES	251
SECTION 2: LE BOULEVERSEMENT DE L'ÉQUILIBRE ÉCONOMIQUE ET LA MODIFICATION DU CONTRAT	293
CONCLUSION DU TITRE II	322
DEUXIÈME PARTIE :	326
LES LIMITES DE LA MODIFICATION.....	326
TITRE I : LES LIMITES RELATIVES AU CONTENU DE LA MODIFICATION	329
CHAPITRE 1 : LA MODIFICATION DE L'OBJET DU CONTRAT	331
SECTION 1 : LES LIMITES DEGAGÉES PAR LA JURISPRUDENCE	332

SECTION 2 : LE DÉPASSEMENT DES LIMITES ENCOURAGÉ PAR LA JURISPRUDENCE.....	352
CHAPITRE 2 : LES LIMITES FINANCIÈRES DE LA MODIFICATION	388
SECTION 1 : LE BOULEVERSEMENT DE L'ÉCONOMIE DES CONTRATS D'OUVRAGE PUBLIC	393
SECTION 2: LE BOULEVERSEMENT DE L'ÉCONOMIE DES CONCESSIONS ..	416
CONCLUSION DU TITRE I	434
TITRE II : LES LIMITES FORMELLES DE LA MODIFICATION.....	439
CHAPITRE 1: LES EXIGENCES DE LA MODIFICATION UNILATÉRALE.....	442
SECTION 1 : LA FORME ET LA PROCÉDURE	447
SECTION 2 : LA COMPÉTENCE	472
CHAPITRE 2: LES EXIGENCES DE LA MODIFICATION CONVENTIONNELLE.....	482
SECTION 1 : LES CONDITIONS EXIGÉES	483
SECTION 2 : LES CONDITIONS OUBLIÉES.....	505
CONCLUSION DU TITRE II	513
CONCLUSION GÉNÉRALE	517
BIBLIOGRAPHIE	522
INDEX.....	552
TABLE DE MATIÈRES.....	558

INTRODUCTION

La mutabilité du contrat administratif est l'une des matières classiques du droit administratif français¹. En effet, cette question a fait l'objet de nombreuses études de la part de la doctrine du droit administratif et ses particularités ont donné lieu à de très vifs débats². Il n'en va pas de même en Colombie où les sources de droit public ne se sont occupées de la question que de très rares occasions.

Le droit des contrats administratifs est en Colombie un droit codifié³. Bien que récent⁴, il a été élaboré principalement par le législateur, ce qui explique le rôle

¹ Depuis les arrêts *Compagnie nouvelle du gaz de Déville-lès-Rouen* (CE 10 janv., 1902, Rec. 5, concl. Romieu) et plus tard *Compagnie générale française des tramways* (CE 21 mars 1910, p 216, concl. Blum), la jurisprudence administrative s'est souciee de bien développer la théorie du pouvoir de modification du contrat au profit de l'administration contractante dans l'intérêt du service.

² Voir parmi d'autres: H. Hoepffner, *La modification du contrat administratif*, LGDJ, Paris, 2009, p. 29 ; J-M Peyricol, *Les avenants aux contrats publics*, Le Moniteur, 3^{ème} éd., 2005 ; J-C Bruère, « Le consensualisme dans les contrats administratifs », *RDP*, 1996.1715 ; F. Llorens, « Réflexions sur le pouvoir de modification unilatérale du maître de l'ouvrage dans les marchés de travaux publics et de travaux privés », *Droit et ville*, 1981, p. 266 ; E. Fatôme. « Les avenants », *AJDA*, 1998 p. 760 ; X. Libert, « Les modifications du marché en cours d'exécution : avenants, décisions de poursuivre, régularisations », *AJDA*, 1994, p. 65 ; P. Limouzin-Lamothe, « Les avenants : observations complémentaires », *AJDA*, 1998, p. 767 ; J. Antoine, « La mutabilité contractuelle née de faits nouveaux extérieurs aux parties. Analyse comparée entre droit des contrats administratifs et droit privé des obligations », *RFDA*, 2004, p. 80 ; S. Overney ; « La modification unilatérale d'un contrat est subordonnée à l'intérêt du service », *AJFP*, 2002, p. 32 ; H. Hoepffner, « La modification des contrats de la commande publique à l'épreuve du droit communautaire », *RFDA*, 2011, p. 98 ; G. Guiavarc'h, « Les avenants aux conventions de gestion déléguée : quelles marges de négociation ? », *Revue des concessions et des délégations de service public*, n° 5/1999, p. 35 ; M. Belkacemi, « La limitation de la liberté contractuelle : le contrôle des avenants aux contrats administratifs », *Gaz. Pal.* 20 juin 1998, p. 748 ; G. Rouhette, « La révision conventionnelle du contrat », *RIDC*, 1986.369, p. 370 ; J-M Peyricol, « Les avenants, source d'unification des contrats publics », in *Mélanges M. Guibal*, PU Montpellier, 2005, t.I, p. 825 ; F. Llorens et P. Soler-Couteaux, « La mise en concurrence des avenants aux marchés publics, Contrats Marchés Publics », 2003, repère n° 8 ; A. Tassone, « Avenants aux conventions de délégation de service public », *AJDA*, 2007, p. 1524.

³ Voir : G. Braibant, « La problématique de la codification », *RFAP*, n° 82, avril-juin 1997, p. 165 ; G. Guglielmi, « L'idée de codification dans la construction du droit administratif français au XIX^{ème} siècle »,

secondaire de la jurisprudence à cet égard. Si la loi réglemente l'ensemble d'événements qui ont une incidence sur la passation et l'exécution des contrats, les juges ne pourront qu'exercer la fonction la plus fondamentale qui, depuis Montesquieu, leur a été attribuée : l'application de la loi⁵. Par contre, si les textes législatifs gardent le silence sur un événement précis⁶, le juge sera tenu d'interpréter les normes du système juridique⁷.

La modification des contrats publics est l'un des cas où le législateur n'a pas voulu prévoir des règles. La modification conventionnelle n'est soumise qu'un seuil financier de cinquante pour cent du prix initial du contrat, sans que la loi précise une notion ou s'il y a d'autres limites applicables. La modification unilatérale a, pour sa part, une définition légale, mais la portée trop étendue conférée à l'exercice de ce pouvoir exceptionnel nous semble parfois défavorable⁸.

La doctrine colombienne n'a pas abordé l'étude de cette figure. La plupart des cas, les juristes ne font que reprendre les termes des deux normes légales concernant le seuil financier et l'exercice du pouvoir exceptionnel de l'administration, sans

Jahrbuch für Europäische Verwaltungsgeschichte (Annuaire d'histoire administrative européenne), n° 8, 1996, p. 124.

⁴ Jusqu'à 1976 il n'existait en Colombie aucune loi réglementant cette matière. Cette année-là le décret 150 –premier statut des contrats administratifs- a été adopté.

⁵ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, 1748, livre XI, chap. 6.

⁶ La notion de « lacune » est souvent rappelée dans ces cas. Pour M. Basterra la lacune évoque la situation où la loi n'a pas prévu une solution ; on dit donc qu'on est en présence d'une lacune du droit, d'un vide dans la réglementation juridique (M. Basterra, « El problema de las lagunas del derecho » [*Le problème des lacunes du droit*], in *Revista de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2003). Traditionnellement l'on peut distinguer trois types de lacunes. 1) L'ambiguïté (qualifiée de lacune d'indétermination) qui se présente lorsqu'un système de normes offre plusieurs possibilités de solutions concurrentes. 2) L'antinomie (ou lacune de conflit) caractérisée par la coexistence dans le système juridique de deux normes ou principes incompatibles. 3) Le pur vide juridique (lacune au sens strict) qui fait allusion à la situation totalement imprévue. Voir : H. Rabault, « Le problème de l'interprétation de la loi », *Le Portique* [En ligne], mis en ligne le 15 décembre 2007, consulté le 28 février 2012. URL : <http://leportique.revues.org/index587.html>.

⁷ L'efficacité régulatrice rappelle la vertu d'un système d'être capable de fournir une solution à n'importe quelle controverse. M-G Monroy-Cabra, *Introducción al Derecho* [Introduction au Droit], Temis, 13^{ème} éd., Bogotá, 2003. p. 3.

⁸ À titre d'exemple, on peut citer l'absence de prévision légale sur l'augmentation de prix du contrat qui a permis aux personnes publiques d'interpréter qu'il n'existe pas de limite, pouvant par cette voie augmenter jusqu'à 250% le montant du prix initial (voir : contrat n° 265 de 2006 passé par l'Institut de développement urbain -IDU- de Bogota).

s'engager à l'analyse des attentes qui pose la modification des contrats. C'est pour cela que la modification est restée toujours dans l'ombre.

Pourtant, l'importance de cette question ne peut pas être mise en doute. Le contrat administratif est l'un des moyens les plus importants pour assurer l'exercice des fonctions publiques. Il est également un instrument capital de politique économique qui permet à l'État d'optimiser ses investissements et de renforcer le développement productif du pays. Les secteurs concernés sont aussi divers que les télécommunications, la sécurité et la surveillance, les transports, l'éducation, la santé, le logement, le commerce, etc.

En droit colombien le contrat administratif a, certes, une notion⁹, mais la modification reste un phénomène inconnu. Les juristes, voire le juge administratif, ne semblent même pas avoir de certitude quant aux normes qui régissent la démarche de modification du contrat.

L'étude de la modification du contrat administratif peut comporter des risques, mais nous croyons que ce travail est indispensable en droit colombien. Cette recherche est l'un des premiers efforts visant à démêler les problèmes de cette figure car il n'existe à l'heure actuelle aucune analyse similaire. Il n'y a pas une étude de la modification du contrat administratif dans son ensemble –la théorie générale de la modification si l'on veut-, mais plutôt des approches partielles, déficientes et surtout incomplètes qui nous obligent à nous engager dans ce travail.

Cependant deux observations s'imposent comme démarche préalable. D'abord, il faudra présenter le droit des contrats administratifs en droit colombien (**Section 1**). Après, il faudra déterminer le cadre de l'étude, la méthode de recherche, ainsi que les enjeux posés par ce travail (**Section 2**).

⁹ La loi 80 de 1993, suivant un critère organique, a défini les contrats administratifs comme « l'ensemble des actes générateurs d'obligations juridiques » conclus par les personnes publiques (art. 32).

SECTION 1 : LE DROIT DES CONTRATS ADMINISTRATIFS EN COLOMBIE

Le droit colombien des contrats administratifs est unique. Il a évolué d'une façon très particulière rattachée à la philosophie politique de l'État (A). Le phénomène particulier de la modification des contrats ne semble cependant pas avoir suivi cette transformation. L'idée du pouvoir de modification unilatérale a certes changé au cours du temps, mais on a du mal à comprendre les raisons qui ont été à l'origine des changements. Il s'est agi des variations introduites par le législateur sans aucun débat préalable. La modification conventionnelle, pour sa part, n'a jamais été traitée par la loi ce qui nous permet de nous demander si la modification a vraiment une notion propre en droit administratif colombien. L'étude de l'évolution du droit des contrats administratifs va nous permettre de comprendre le contexte juridique où la modification a lieu (B), car on ne sait pas vraiment dans quelle mesure celle-ci est régie par les règles de droit public.

A. L'évolution du droit des contrats administratifs en Colombie

Le droit des contrats passés par l'État est en Colombie, aussi bien qu'en France, l'une des matières les plus vivantes du droit public, bien que le travail de création d'un régime indépendant des règles du droit civil n'a commencé qu'il y a quatre décennies.

Le lien entre le droit constitutionnel et le droit administratif est certainement étroit¹⁰, mais le rapport entre la Constitution et le droit des contrats administratifs a

¹⁰ Tous les deux sont des « droits de l'État » : J. Perez-Escobar, « Derecho constitucional colombiano » [*Droit constitutionnel colombien*], Temis, Bogotá, 2010, p. 46. Voir également : A. Demichel, *Le Droit Administratif. Essai de réflexion théorique*, Paris, 1978, p. 14.

résultat indissociable : la fonction de l'État a toujours déterminé la réglementation applicable aux instruments contractuels¹¹. Bien que la plupart des solutions du droit administratif français ont été transposées en droit colombien, il convient de souligner l'indépendance qu'il y a eu en France entre le droit administratif et droit constitutionnel¹², au point que certains auteurs ont affirmé la suprématie de celui-là jusqu'au milieu des années soixante¹³.

En ce qui concerne l'évolution colombienne, il apparaît clairement qu'après une étape de déréglementation où les contrats de l'État n'étaient soumis qu'aux normes du droit privé¹⁴, de nouveaux principes et des règles du ressort exclusif du droit public se sont commencés à créer. Un régime regroupant l'ensemble de règles relatives aux contrats administratifs, ainsi qu'un juge spécialisé pour en résoudre les litiges ont été établis (1), mais l'excès de régulation a entraîné de graves problèmes d'inefficacité. C'est pour cela que le législateur, sur la base de la nouvelle philosophie de la Constitution de 1991, a décidé d'adopter enfin un système mixte régi par les principes de droit public, aussi bien que par les normes de droit commun (2).

1. La formation du régime juridique des contrats administratifs

¹¹ A. Brewer-Carías, « El derecho administrativo y el derecho de la contratación estatal en Colombia y en el panorama jurídico contemporáneo » [*Le droit administratif et le droit des contrats de l'État en Colombie et dans le panorama juridique contemporain*], texte du symposium : *La Contratación Estatal : La Reglamentación de la Ley 80 de 1993*, [Les Contrats de l'État : Réglementation de la Loi 80 de 1993], Universidad Javeriana – Cámara de Comercio de Bogotá, 24 octobre - 10 novembre, 1994.

¹² Pour J. Chevallier « l'imposition progressive de la grille de lecture juridique pour expliquer le phénomène administratif a coïncidé en effet avec une suprématie conquise au sein du droit public ; l'"âge d'or" du droit administratif est marqué par sa reconnaissance à la fois comme savoir *total*, voire *exclusif*, sur l'administration et comme noyau central, voire fondateur, du droit public ». J. Chevallier, *Le droit administratif entre science administrative et droit constitutionnel*, le droit administratif en mutation, P.U.F., 1993, p. 12.

¹³ J. Chevallier, *ibidem*, p. 23.

¹⁴ J. Vidal-Perdomo, « La noción de contrato estatal en derecho colombiano » [*La notion de contrat de l'État dans le droit colombien*], *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia* [Revue de l'Académie Colombienne de Jurisprudence] Bogotá, 2000, p. 17 : « pendant de nombreuses années l'élément-clé du régime juridique applicable aux marchés de l'administration publique était d'aller au Code civil pour sa réglementation ».

La promulgation de la Constitution de 1886 a marqué en Colombie le début d'une vie républicaine et l'effort le plus important du XIX^{ème} siècle¹⁵ visant à obtenir la stabilité politique et juridique du pays¹⁶. Cette Constitution, en vigueur jusqu'à 1991, a permis la formation non seulement du droit administratif, mais aussi du droit des contrats passés par l'État colombien. Deux étapes sont bien marquées dans cette période : celle du libéralisme classique (a) et celle de l'interventionnisme de l'État (b).

a) Le libéralisme classique

Le libéralisme classique est identifié avec la maxime *laissez faire* (apparue chez le Marquis d'Argenson en 1751¹⁷) qui adresse dans tous les cas, une injonction au pouvoir de ne pas intervenir dans l'économie¹⁸.

Le libéralisme proclame une totale liberté contractuelle ; il s'appuie sur le principe de l'autonomie de la volonté. Selon ce principe le contrat repose sur la volonté de ceux qui s'engagent. Les parties sont libres et ne peuvent être liées que par ce qu'elles ont voulu et dans la mesure de ce qu'elles ont voulu.

¹⁵ Voir : J. Vidal-Perdomo, « Historia constitucional de Colombia » [*Histoire constitutionnelle de la Colombie*], Éd. Siglo XIX, t.I, Siglo del Hombre, Bogotá, 2010 ; H. Olano-García, « Constitucionalismo histórico. Historia de Colombia a partir de sus constituciones y reformas » [*Constitutionnalisme historique. L'histoire de la Colombie à partir de ses constitutions et de leurs réformes*]. Doctrina y Ley, 2007 ; H. Olano-García, « Constitución política de Colombia e historia comentada y concordada » [*La Constitution politique de la Colombie et histoire commentée*], Doctrina y Ley, 2010 ; J-A Arrubla-Paucar et d'autres, « Neoconstitucionalismo y derecho privado. El debate » [*Néo-constitutionnalisme et droit privé. Le débat*], DIKE, 2008 ; J. Calderón-Villegas, « Constitucionalización del derecho privado » [*Constitutionnalisation du droit privé*]. Temis – Université des Andes, Bogota, 2011.

¹⁶ À titre d'exemple, on peut citer la Constitution des États-Unis de la Colombie de 1863 appelée « Constitution de Rionegro » qui pendant 25 ans a souffert de 50 guerres civiles, provoquées dans la plupart des cas par les différences entre les partis politiques libéral et conservateur. Voir : J. Vidal-Perdomo, [*Historia constitucional...*] *op. cit.*, p. 365.

¹⁷ « Laissez faire, telle devrait être la devise de toute puissance publique, depuis que le monde est civilisé. Détestable principe que celui de ne vouloir grandir que par l'abaissement de nos voisins! Il n'y a que la méchanceté et la malignité du cœur de satisfaites dans ce principe et l'intérêt y est opposé. Laissez faire, morbleu! Laissez faire!! » (Marquis d'Argenson). J-M Keynes, *The end of laissez-faire*, L.-V. Woolf, 1926, p. 12.

Dès la date de son entrée en vigueur –1886- et jusqu’à la réforme constitutionnelle de 1936, l’orientation libérale a empêché l’État de se soucier des rapports contractuels. Il ne s’est occupé si faiblement que du choix des cocontractants et de créer une clause étrangère au droit commun, appelée *caducidad*¹⁹. En tout état de cause, les contrats passés par les autorités publiques sont soumis au régime général du Code civil.

Bien que les rares études de la doctrine²⁰ font référence à l’article 4 de la loi 53 de 1909 en tant que première règle particulière²¹ « adoptant une norme qui s’éloigne du droit des particuliers », nous croyons que cette norme n’a rien de différente car elle n’a fait qu’obliger à l’État à convenir dans les contrats de travaux d’une clause pénale²² régie entièrement par les dispositions du Code civil.

La première disposition prévoyant un pouvoir différent de ceux reconnues aux particuliers, naît avec l’article 41 de la loi 110 de 1912 (Code général des impôts), qui confère à l’administration un pouvoir de résiliation du contrat de travaux publics en cas d’inexécution du cocontractant²³. Bien que les effets juridiques de cette figure seraient définis plusieurs décennies plus tard, le pouvoir de résiliation permettait aux autorités publiques l’édition d’une décision exorbitante.

¹⁸ J-M Keynes, *op. cit.*, p. 12.

¹⁹ Du verbe espagnol *caducar* : « rendre inefficace » ; « perdre [le contrat] sa force obligatoire ». Voir : Diccionario de la Real Academia Española [*Dictionnaire de l’Académie Royale Espagnole*], Espasa, 2001.

²⁰ C. Campillo-Parra, « Celebración y ejecución de contratos estatales » [*Passation et exécution des contrats de l’État*], Ecoe, 2^{ème} éd., 2006, p. 99 ; J-C Ramirez, « El contrato administrativo » [*Le contrat administratif*], Col. Monografías jurídicas, Temis, 1990, p. 80 ; B. Ardila-Duarte, « Historia de la legislación contractual » [*Histoire de la législation contractuelle*], Contratos administrativos, nuevo régimen legal [Contrats administratifs, nouveau régime légal], Cámara de Comercio de Bogota, 1983, p. 50 ; G. Jiménez-Salgado et B. López-Ramírez, « Contratos de la administración pública » [*Contrats de l’administration publique*], Ministerio de Gobierno, Bogota, 1974.

²¹ « Tout contrat passé par le gouvernement pour l’exécution de travaux... doit stipuler une clause pénale pécuniaire en cas d’inexécution du contrat » art. 4, loi 53 de 1909.

²² La clause pénale est celle par laquelle une personne, pour assurer l’exécution d’une convention, s’engage à payer une somme d’argent en cas d’inexécution. Voir l’art. 1592 du Code civil colombien.

²³ « Dans tout contrat conclu au nom de l’État ayant pour objet l’exécution de travaux ou la gestion de services, les parties sont tenues de convenir des causes pouvant donner lieu à la décision administrative de résiliation du contrat. En plus des motifs convenus par les parties, la résiliation sera obligatoire dans les cas suivants... a) La mort de l’entrepreneur... et ; b) En cas de faillite ou d’échec économique, prononcée par le juge » art. 41, loi 110 de 1912.

Il faut bien remarquer que cette figure n'a pas vraiment d'équivalent en droit public français. Il s'agit d'un pouvoir de résiliation qui se rapproche de la déchéance du concessionnaire, quoiqu'en Colombie elle n'est pas limitée aux délégations de service public. Même si la traduction littérale du mot peut être essayée, nous croyons qu'il convient de reprendre le terme français tout au long de cette recherche, pour assurer la compréhension de la figure. Il faut préciser qu'en droit colombien, la déchéance est admise dans les marchés passés par l'État²⁴.

La loi 110 de 1912 a également prévu pour la première fois une procédure de mise en concurrence (arts. 9, 13 et 21) appelée « licitation »²⁵, rapprochée à l'appel d'offres du droit français. Elle ne concernait que les contrats de travaux publics, mais le but d'éviter « la création de situations favorisant de manière exclusive à certains entrepreneurs » assurant ainsi l'égalité qui fonde un véritable État de droit²⁶, nous semble remarquable.

Le législateur a ensuite promulgué les lois 61 de 1921 et 106 de 1931 ayant pour objet d'étendre le champ d'application des lois précédentes²⁷. La déchéance ainsi que la procédure de licitation s'appliqueraient non seulement aux contrats de travaux publics, mais aussi aux contrats de fournitures, de gestion de services, de transports et du service postal national. Il faut rappeler qu'à cette époque-là la mission de l'État était limitée à l'accomplissement des « tâches essentielles »²⁸.

Bien que dans cette période n'existait pas vraiment une notion de contrat administratif et encore moins un juge spécial pour trancher les litiges apparus lors de

²⁴ L'article 18 de la loi 80 de 1993 a défini la déchéance comme la stipulation que permet à l'administration de prononcer la résiliation du contrat lorsqu'une situation d'inexécution du cocontractant peut avoir une grave incidence sur la gestion ou le fonctionnement des services publics.

²⁵ La licitation est « une invitation aux intéressés, sur des bases bien préparées (cahier des charges), à présenter des offres, dont l'administration sélectionne la plus avantageuse (adjudication) ». E. Sayagués-Laso, « La Licitación Pública » [*L'Appel d'offres Public*], Montevideo, 1940, p. 53.

²⁶ J. Pérez-Escobar, *op. cit.*, p. 54.

²⁷ J-C Ramírez, *op. cit.*, p. 81.

²⁸ Les « tâches essentielles » font référence aux fonctions législatives et judiciaires de la puissance publique et, administrativement, à la gestion du pouvoir de police et de l'ordre public. Voir : N-B Lynn ; A. Wildavsky, « Administración Pública: El Estado Actual de la Disciplina » [*Administration Publique : L'État actuel de cette Discipline*], Fondo de Cultura Económica, Mexico, 1999.

l'exécution des contrats²⁹, ces lois ont fait une contribution capitale au droit des contrats administratifs en introduisant les notions de déchéance et de licitation qui, plus tard, seraient les pierres angulaires du système juridique.

b) L'interventionnisme de l'État

L'échec des idées de la pensée libérale³⁰, l'incapacité des individus à assurer la satisfaction des besoins essentiels de la population et le caractère défavorable du système envers les pauvres, ont conduit le constituant à adopter en 1936 un modèle constitutionnel d'interventionnisme³¹. Ainsi, l'État, qui jusqu'alors n'était qu'un simple observateur des activités des individus, est devenu un participant à l'exploitation des ressources économiques assurant la fourniture des services publics³², ce qui a produit l'augmentation manifeste de sa taille et le renforcement des instruments de contrôle de la gestion des personnes publiques.

La loi 167 de 1941 –deuxième Code de procédure administrative-³³ a apporté deux dispositions importantes : d'abord, l'article 73 a attribué à la Cour Suprême de justice³⁴ (juge judiciaire) la compétence pour en connaître des litiges relatifs aux « contrats administratifs ». Même si, à cette époque-là, il n'y avait pas une notion claire du contrat administratif, la loi a reconnu explicitement l'existence de ce type

²⁹ En 1937, C-H Pareja, décrivant les traits du contrat passé par les personnes publiques, se plaint de la sujétion absolue au droit privé et à la compétence du juge judiciaire. Il a indiqué qu'il « n'a pas été formée en Colombie, comme nous l'avons noté, une théorie des actes administratifs et encore moins un critère uniforme et certain sur ces actes de l'Administration Publique connus sous le nom de concessions et de contrats administratifs » C-H Pareja, *Curso de derecho administrativo. Teórico y práctico* [Cours de droit administratif. Théorique et pratique], ABC, Bogota, 1937, p. 161.

³⁰ J-M Keynes, *op. cit.*, p. 12.

³¹ On peut affirmer sans hésitation que cette réforme a ouvert la porte en Colombie à l'État social de droit. Voir : J. Vidal-Perdomo, *Historia constitucional... op. cit.*, p. 360 ; J. Pérez-Escobar, *op. cit.*, p. 55.

³² D'après les lois 65 et 109 de 1936, cette notion ne faisait référence qu'aux services d'assainissement et d'adduction d'eau potable, de transport de l'électricité et de téléphonie fixe.

³³ Le premier « Code de procédure administrative » provient de la loi 130 de 1913 qui a réglementé la composition et la compétence de la juridiction administrative, les pouvoirs de la Cour Suprême administrative et des Cours d'appel et les dispositions régissant les procédures dans ce domaine, mais sans aucune référence aux contrats passés par les personnes publiques.

³⁴ La Cour Suprême de la justice a été créée par art. 151 de la Constitution de 1886 et se rapproche de la Cour de cassation du droit français.

particulier de contrat. L'article 254 a prévu, pour sa part, la possibilité de prononcer la déchéance dans l'ensemble des contrats de travaux publics, services et fournitures, ainsi que dans les opérations de crédit et les emprunts publics³⁵. Cette prévision a suscité de grandes controverses au sein de la doctrine, car le législateur a fait d'une clause exorbitante et exceptionnelle, la règle générale des contrats conclus par l'État ; il ne faut pas oublier que ces rapports étaient encore régis par le droit commun et spécialement par le principe d'égalité des parties du Code civil³⁶.

À ce moment-là, il était nécessaire d'aménager les normes, bien au droit civil en interdisant les pouvoirs exorbitants et unilatéraux de l'État, ou bien à un nouveau régime juridique différent de celui prévu par des particuliers. Évidemment, le législateur a choisi de créer un nouveau droit³⁷.

En 1955 le « statut des achats », découlant du décret 351, a codifié les règles relatives aux procédures de passations des contrats, apportant ainsi une solution à l'anarchie des normes qui régnait au sein des organismes de l'État³⁸. Peu après, le décret 550 de 1960, relatif à l'organisation administrative, a réglementé les contrats inter-administratifs (ceux conclus entre les personnes publiques), en indiquant leur soumission aux normes du Code civil même s'ils relevaient de la compétence du juge administratif.

Dans cette période, la Cour Suprême de justice n'a rendu que quelques arrêts concernant les contrats administratifs³⁹, bornés toujours à l'application de la sanction de la déchéance.

³⁵ À cette époque-là, l'ensemble des banques et des institutions financières appartenait à l'État.

³⁶ « Tout contrat légalement formé tient lieu de loi à ceux qui l'ont fait et ne peut être révoqué que par leur consentement mutuel, ou par les causes indiquées dans la loi » art. 1602 du Code civil.

³⁷ J. Vélez-García, « Los dos sistemas del Derecho Administrativo. Ensayo de Derecho Público Comparado » [*Les deux systèmes du Droit Administratif : Essai de Droit Public Comparé*], 2^{ème} éd., Université Sergio Arboleda, Bogotá, 1996, p. 245.

³⁸ Sous l'influence de la Constitution de 1886, la réglementation d'une grande partie des sujets a été confiée au gouvernement par une autorisation expresse du législateur. C'est ainsi que le gouvernement prescrivait des décrets spéciaux ayant « force de loi » comme s'ils avaient été adoptés par le Congrès.

³⁹ Voir les arrêts du 9 mai 1937 et du 24 octobre 1957. Dans le premier arrêt, la Cour a indiqué qu'effectivement « la différence la plus importante entre les contrats civils et administratifs en droit colombien, est la déchéance » (n° GJ 1935, p. 483).

Le décret 528 de 1964⁴⁰ a ensuite attribué la connaissance des litiges contractuels à la juridiction administrative⁴¹ composée par Conseil d'État et les tribunaux administratifs locaux, ce qui a signifié l'incorporation en droit colombien de la division classique des contrats administratifs et des contrats de droit privé de l'administration⁴²

La loi 4 de 1964 a été promulguée parallèlement, en adoptant pour la première fois un « statut des travaux publics ». Le statut a d'ailleurs repris la notion de travail public des arrêts *Commune de Monségur* (CE, 10 juin 1921, Rec. 573, concl. Corneille) et *Effimieff* (TC, 28 mars 1955, Rec. 617) rendus par la jurisprudence administrative française. La loi 4 est remarquable en raison de la création de divers types de contrats ayant pour objet la construction d'ouvrages. Il a parlé –sans les définir– des études de pré faisabilité⁴³ et de faisabilité⁴⁴, des contrats de conception et

⁴⁰ Ce décret est important non seulement à l'égard du droit des contrats administratifs, mais aussi en ce qui concerne le droit administratif en général. Il a attribué au Conseil d'État la compétence sur les litiges nés de la responsabilité administrative, du régime de la propriété intellectuelle et des procédures agraires, pétroliers et miniers.

⁴¹ Comme l'a noté le Conseil d'État dans l'arrêt du 17 février 1977: « jusqu'à l'entrée en vigueur du décret 528 de 1964, il était clair que les controverses contractuelles dont l'État faisait partie, étaient de la compétence des tribunaux ordinaires ».

⁴² La dichotomie « contrats administratifs » et « contrats privés » ou de droit commun de l'administration s'est posée avec les conclusions du commissaire du gouvernement Romieu sur l'arrêt Terrier du Conseil d'État du 2 février 1903 : en principe « tout ce qui concerne l'organisation, le fonctionnement des services publics (...) constitue une opération administrative qui est, par sa nature, du domaine de la juridiction administrative. Toutes les actions entre les personnes publiques et les tiers ou entre les personnes publiques elles-mêmes et fondées sur l'exécution, l'inexécution ou la mauvaise exécution d'un service public sont de la compétence administrative ». Mais il existe à côté une exception au principe : « il demeure entendu qu'il faut réserver (...) les circonstances où l'administration doit être réputée agir dans les mêmes conditions qu'un simple particulier et se trouve soumise aux mêmes règles comme aux mêmes juridictions... ». Les premiers sont attachés à la gestion publique, en tant que les seconds à la gestion privée.

⁴³ Selon A. Thompson, avant de commencer l'étude et l'analyse comparative des avantages et des inconvénients d'un projet d'investissement, il est nécessaire de procéder à une *étude de pré faisabilité*, qui consiste en une enquête sur les facteurs et les questions juridiques qui concernent le projet. Il faut s'interroger aussi sur les différentes techniques (le cas échéant) de production du bien ou du service pertinent et sur la quantification des besoins d'investissement posés par le projet et les sources de financement possibles. A. Thompson, « Business feasibility study Outline », *Entrepreneurship and business innovation*, Best entrepreneur, Perth, 2005.

⁴⁴ L'étude de faisabilité ou de viabilité fait référence à l'analyse large des résultats financiers, économiques et sociaux d'un investissement. Après l'étape de pré faisabilité, il est nécessaire de s'engager dans la définition des limites du projet, « la conception finale ». Voir : W. Hoagland et L. Williamson, *Feasibility Studies*, UK Cooperative extension service. University of Kentucky, 2000 :

d'assistance technique et du contrat d'intervention⁴⁵ qui créa la figure du contrôleur⁴⁶ rapproché au « maître d'œuvre » du droit français⁴⁷.

Pendant cette période, sous l'influence du modèle français de « l'État-Providence »⁴⁸ qui soutenait l'idée d'un gouvernement doté de larges compétences économiques pour assurer la protection et l'aide sociale⁴⁹, une conception de l'État en tant qu'unique et exclusif fournisseur des services publics va s'installer en Colombie.

L'orientation monopolistique de l'État demandait pourtant, la création des instruments rigoureux de contrôle et la surveillance stricte des organismes et des agents chargés de la gestion des services, pour écarter de cette manière la mauvaise gestion, l'inefficacité des services et l'abus de la position dominante qui pouvait éventuellement découler de l'absence d'une libre concurrence.

« Le but de l'étude de faisabilité est de déterminer si l'opportunité du business est possible ». Voir également : United Nations Industrial Development Organization, *Manual for the Preparation of Industrial Feasibility Studies*, 1995.

⁴⁵ Le contrat d'intervention a été défini récemment par la Cour Constitutionnelle comme celui passé par l'État pour « surveiller que le contrat [de travaux] soit exécuté en conformité avec les conditions techniques et scientifiques accordées auparavant qui conviennent le mieux à leur réalisation selon l'expertise que [le contrôleur] possède ». Cour Constitutionnelle, arrêt C-037 du 28 janvier 2003.

⁴⁶ En espagnol, on parle de l'« interventor ». Contrôleur: « Personne qui exerce un contrôle, une vérification. Inspecteur, vérificateur... Personne qui exerce une surveillance sur les actions d'autrui ». Le Grand Robert de la langue française. Le Robert / SEJER, 2005. En droit colombien, le contrôleur est conçu en tant que « représentant de l'administration dans l'ouvrage » ; « les yeux de l'État ». J-H Londoño, « La Interventoría moderna » [*La Maîtrise d'ouvrage moderne*], Medellín, 1994. Voir également : E-F Vargas, « Interventoría de obras públicas. Conceptualización y procedimentalización » [*La Maîtrise d'ouvrage dans les travaux publics. Conceptualisation et procédure*], Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.

⁴⁷ Suivant les trois définitions qui découlent des articles 7 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 (loi MOP), 74-I du CMP et 2 du cahier des clauses administratives générales applicable aux marchés publics de travaux (CCAG-Travaux, Approuvé par l'arrêté du 8 septembre 2009, publié au JORF n° 0227 du 1^{er} octobre 2009, texte n° 16), on peut affirmer que le maître d'œuvre désigne la personne physique ou morale, publique ou privée, qui, en raison de sa compétence technique, est chargée par le maître de l'ouvrage d'assurer la conformité architecturale, technique et économique de la réalisation du projet, de diriger l'exécution des marchés de travaux, de lui proposer leur règlement et de l'assister lors des opérations de réception ainsi que pendant la période de garantie de parfait achèvement.

⁴⁸ De l'anglais « Welfare state » (UK) ; de l'allemand « Wohlfahrtsstaat » : « État du bien-être ».

⁴⁹ Voir : P. Rosanvallon, *La nouvelle question sociale. Repenser l'État-providence*, Seuil, Paris, 1995.

Le décret 150 de 1976 portant premier statut général des contrats administratifs⁵⁰ a inauguré cette tendance, en prévoyant un corps de normes excessivement formaliste, qui a donné une place prépondérante aux solennités, aux formes et aux procédures de formation des actes.

Le décret 222 de 1983, portant deuxième statut des contrats, s'est montré encore plus contraignante en ce qui concerne les contrôles des agents publics et la procédure de formations des actes juridiques, ce qui a conduit à une situation d'inefficacité inacceptable car la procédure de passation d'un contrat (l'appels d'offres) pouvait durer plus de cinq ans⁵¹.

M. Bejarano a bien souligné les problèmes de ce décret : « le cumul de dispositions, la vitesse précaire et les contrôles excessifs prévus pour certains contrats, ont produit une paralysie administrative ; les autorités publiques ont totalement négligé de prendre des mesures pour assurer la fourniture des services essentiels pour la communauté »⁵². Même le gouvernement, quelques années plus tard, a critiqué le décret 222 de 1983 en estimant qu'il été une « camisole de force, opposée aux besoins des secteurs public et privé ; il s'agissait d'une réglementation qui empêchait la flexibilité qui doit être au centres des rapports contractuels »⁵³.

Un autre problème du décret a été la création légale d'un grand nombre de régimes d'exception qui ont exclu plusieurs matières de son champ d'application⁵⁴.

⁵⁰ Celui-ci a abrogé le décret 1670 de 1975 bien critiqué pour son improvisation (un jour en vigueur). B. Ardila-Duarte, *art. préc.*, p. 50.

⁵¹ M-T Palacios, « Parámetros constitucionales para la determinación de un régimen jurídico de contratación pública en Colombia » [*Critères constitutionnels pour la détermination d'un régime juridique pour la passation des contrats publics en Colombie*], *Revista de derecho público*, n° 4, Universidad de Los Andes, juin 2002, p. 23.

⁵² J-J Bejarano, « Antecedentes y principios de la contratación pública » [*Antécédents et principes de la passation des contrats publics*], Universidad Nacional de Colombia, 2009, p. 52. Parmi les formalités, on trouve l'examen de certains contrats par le Conseil d'État et par les tribunaux administratifs locaux ; l'approbation du ministre ou du chef du service administratif concerné et l'obtention d'un avis favorable du Conseil des ministres exigé des collectivités territoriales qui, en définitive, a empêché dans plusieurs cas la passation du contrat, notamment pour le marché de travaux publics.

⁵³ Exposé des motifs de la loi 80 de 1993, GC n° 75, 23 sept. 1992.

⁵⁴ L'exploration et l'exploitation des hydrocarbures (décret 1056 de 1953 et loi 10 de 1963) ; les servitudes sur les immeubles (décret 222 de 1983) ; les services de télécommunications (décret 1900 de 1990 et loi 142 de 1994), les contrats concernant la science et la technologie (loi 29 de 1990 et

Le droit commun est devenu applicable et, par la suite, la pleine liberté contractuelle de l'administration pour en agir sans les contrôles propres du droit public.

Les défauts de cette réglementation, ainsi que les nouveaux principes posés par la Constitution de 1991, ont mené au législateur à promulguer la loi 80 de 1993 portant statut général des contrats administratifs, actuellement en vigueur.

2. La liberté économique prévue par la Constitution de 1991

La Constitution de 1991 abandonne les idées interventionnistes en vigueur depuis 1936, pour créer un État néolibéral⁵⁵ compétitif **(a)** fondé sur la libre concurrence économique des participants. Sous la nouvelle philosophie politique, l'État colombien est tenu d'agir dans les mêmes conditions que les individus, ce qui signifie l'abandon des structures monopolistiques prévues en matière des contrats publics depuis les années mil neuf cent soixante. La Constitution de 1991 a ainsi marqué le début de l'actuel régime de contrats, plus conforme à la mondialisation et aux nouvelles exigences de l'économie **(b)**.

a) Vers un nouvel État compétitif

décret 591 de 1991) ; la Banque de la République (loi 31 de 1992) ; la téléphonie fixe (loi 37 de 1993, décret 453 de 1993 et loi 142 de 1994) et les universités publiques (loi 30 de 1992).

⁵⁵ Bien que la notion du terme « néo-libéralisme » ait beaucoup varié au cours du temps, elle désigne de manière générale une forme de libéralisme qui admet une intervention limitée de l'État. Le capital humain, c'est-à-dire l'individu en tant qu'« entrepreneur de lui-même » et la théorie de la croissance endogène sont deux des pans les plus connus de la théorie néolibérale. Voir : M. Friedman, *Capitalisme et liberté*, Leduc S Editions, Paris, 2010 ; F. von Hayek, *Droit, législation et liberté*, coll. Quadrige, PUF, 1995. Voir également : C. Laval, « L'Homme économique, essai sur les racines du néolibéralisme », *NRF Essais*, Gallimard, 2007 et l'article du même auteur « Penser le néolibéralisme », *La Revue internationale des livres et des idées*, n° 2, nov.-déc. 2007.

La nouvelle orientation politique colombienne résulte des articles 333, 365 et 209 de la Constitution qui créent une « équation parfaite »⁵⁶ qui constate la vision moderne de l'État colombien.

Peut-être la norme la plus importante de la Constitution en matière économique est l'article 333 qui prévoit la liberté économique : « l'activité économique et l'initiative privée sont libres (...) la libre concurrence économique est un droit de tous »⁵⁷.

L'article 365 indique, pour sa part, l'obligation de l'État d'assurer la fourniture des services publics⁵⁸ à l'ensemble des résidents du pays, en soulignant que les services peuvent être fournis « par l'État, directement ou indirectement⁵⁹ (...) ou par des personnes privées ». Ainsi, les particuliers deviennent titulaires du service public, ce qui signifie l'abandon de l'idée de l'État en tant qu'unique fournisseur.

L'État joue ainsi « un rôle essentiel dans la gestion de l'économie et de la richesse. Il est en plus un agent davantage en concurrence qui s'ajoute à tous les autres. Maintenant la concurrence est un droit de tous, quoiqu'il s'agit d'une personne physique ou morale, nationale ou étrangère, publique ou privée. De cette manière, on

⁵⁶ M-T Palacios, *art. préc.*, p. 23.

⁵⁷ Toutefois, l'activité économique et l'initiative privée ont des limites pour empêcher qu'ils ne deviennent une liberté abusive ; le premier droit doit être exercé dans les limites du bien commun et le second doit être conçu en tant que droit qui entraîne toujours des responsabilités. Voir : Cour Constitutionnelle, arrêts C-1045 du 10 août 2000 ; C-578 du 8 juin 2004 et C-486 du 22 juillet 2009.

⁵⁸ La notion de service public dans la Constitution de 1991 est beaucoup plus large, car elle inclut non seulement les fonctions régaliennes (sécurité extérieure et défense du territoire ; sécurité intérieure et maintien de l'ordre public avec notamment les forces de police ; justice), mais aussi les services collectifs tels que l'enseignement, la santé, les transports et ce que l'on appelle les « services publics domiciliaires » (eau potable, assainissement, énergie électrique, distribution du gaz et téléphonie fixe et mobile dans les secteurs ruraux). Voir la loi 142 de 1993 relative au régime des services publics domiciliaires. Voir également : Cour Constitutionnelle, arrêts C-205 du 11 mai 1995 ; C-035 du 30 janvier 2003 ; C-060 du 1^{er} février 2005 ; C-353 du 9 mai 2006 et T-792 du 3 novembre 2009.

⁵⁹ Avant la promulgation de la Constitution de 1991, il existait déjà le contrat de concession, notamment pour la réalisation de travaux publics, bien qu'il n'est pas conçu comme une délégation de service public à la manière française (Voir : J-F Auby, *La délégation de service public*, Collection « Que sais-je ? », P.U.F., 1995 ; A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 1983 ; J-B Auby, C. Maugué, « La notion et le régime de la délégation de service public », *JCP* 1996 I 3941 ; J-C Douence, « Les contrats de délégation de service public », *RFDA*, 1993, p. 936), mais plutôt comme un système de paiement du contrat.

peut faire face aux défis de la mondialisation, de l'ouverture économique, la démonopolisation, voire de la privatisation »⁶⁰.

Une fois affirmée la nouvelle orientation idéologique de l'État, il manquait la *façon d'agir* pour assurer la mise en œuvre des directives constitutionnelles. C'est pour cela que le constituant a prévu l'article 209 –la dernière norme de l'équation parfaite- qui indique : « la fonction administrative... s'exerce conformément aux principes d'égalité, de moralité, d'efficacité, d'économie, de célérité, d'impartialité et de publicité ». Désormais, la gestion administrative et, par conséquent, la passation et l'exécution des contrats administratifs, doit se faire sur la base de ces principes. La nouvelle réglementation fondée sur des principes donnerait plus de souplesse au système juridique pour s'adapter aux défis de la concurrence.

b) Une nouvelle législation contractuelle

Compte tenu du fait que la concurrence exige l'égalité des participants, la nouvelle orientation constitutionnelle rendait impératif la réécriture du droit qui sous l'empire des régimes précédents n'avait pour but que le contrôle de la gestion monopolistique de l'État. En matière des contrats administratifs, le législateur a prévu une nouvelle réglementation qui abandonne les formalités, les solennités et la complexité des procédures de passation et de formation des actes juridiques. La loi 80 de 1993 a ainsi créé un régime mixte selon lequel le droit des contrats administratifs est déterminé par les règles de droit commun⁶¹, sauf dans le cas où la loi prévoit une solution précise de droit public⁶² (α). La simplification du droit s'est avérée aussi importante, c'est pourquoi la loi 80 de 1993 a créé un statut à caractère général, fondé sur des principes (β) suivant la tendance marquée par l'article 209 de la Constitution ;

⁶⁰ M-T Palacios, *art. préc.*, p. 23.

⁶¹ « Le néolibéralisme s'appuie sur le droit civil pour atteindre ses fins contractuelles, puisqu'on a imaginé que la plupart des responsabilités publiques doivent être assumées par le secteur privé ». J. Santofimio-Gamboa, « Panorama general del derecho administrativo en Colombia » [*Panorama général du droit administratif en Colombie*], *Derecho administrativo iberoamericano* n° 9, sous la direction de S. González-Varas, Instituto de investigación urbana y territorial (IUT), Granada, 2005, p. 228.

« il ne s'agit plus d'une loi réglementant à l'excès la démarche contractuelle, ce qui prévient entraver l'action de l'État »⁶³.

α – Le régime mixte du droit des contrats publics

Le droit des contrats administratifs est construit sur la base de l'article 13 de la loi 80 de 1993 qui précise l'application des règles du droit commun aux contrats conclus par l'État⁶⁴. Les contrats administratifs « (...) sont régis par les normes commerciales et civiles concernées, sauf dans les cas des matières particulièrement réglées par cette loi »⁶⁵.

Quelles sont ces matières ?

Bien que le statut s'occupe de sujets tellement diverses que la responsabilité des agents et des personnes publiques⁶⁶ ou les instruments d'accord direct entre les parties, il nous semble que les matières qui révèlent vraiment du droit public sont au nombre de cinq :

- la notion de contrat,
- le régime dit des « incapacités pour la passation de contrats »,
- les procédures de passation,

⁶² La loi 80 de 1993 a entraîné un changement radical de la conception politique puisqu'elle a fait « baisser l'État » au niveau des administrés : M-T Palacios, *art. préc.*, p. 24

⁶³ Exposé des motifs de la loi 80 de 1993, GC n° 75, 23 sept. 1992.

⁶⁴ Il y a d'autres dispositions qui prévoient également l'obligation d'appliquer les règles du droit commun : « les stipulations des contrats seront celles qui, conformément aux normes civiles, commerciales et sous la présente loi, s'appliquent à leur essence et à leur nature » (art. 40). « En tant que cela soit compatible avec la finalité et les principes de cette loi, les normes du code de procédure administrative et les dispositions du Code de procédure civile seront applicables à la démarche contractuelle » (art. 77).

⁶⁵ Pour M. Perdomo, l'interprétation de cette disposition doit être réalisé avec précaution pour éviter le recul historique dans l'analyse du droit des contrats administratifs : il y a des contrats qui n'appartiennent qu'au droit public [par exemple le marché de travaux publics qui ne peut jamais être assimilé au contrat de travaux du Code civil]. Voir : Cour Constitutionnelle, arrêts C-043 du 27 janvier 2004 et C-339 du 7 mai 2002. Il y a en outre un certain nombre de problèmes et de sujets qui relèvent exclusivement du droit administratif. J. Vidal-Perdomo, « La noción de contrato... », *art. préc.*, p. 11.

⁶⁶ Loi 80 de 1993, Chapitre 5 relatif à la responsabilité contractuelle, arts. 50 – 59.

- les pouvoirs exceptionnels et
- l'équilibre financier.

La doctrine a abordé à maintes reprises le rapport entre le droit commun et les normes de droit publics fixées par la loi 80 de 1993 : Le statut des contrats est-il supplétif aux normes de droit civil ? Quel droit prévaut sur l'autre ?

Certains auteurs considèrent que la loi 80 de 1993 n'est qu'une « exception au droit général des contrats »⁶⁷ ; la place la plus importante appartient au droit commun. Pour certains d'autres, la loi 80 de 1993 joue un rôle prépondérant qui détermine en dernier ressort la qualification publique des contrats⁶⁸. À notre avis, la question ne porte pas sur le degré d'importance, mais plutôt sur la prévalence de l'un sur l'autre. Il s'agit d'un régime mixte de droit commun et de droit administratif. Il est clair, en plus, que l'article 13 prévoit l'application du droit commun uniquement dans les cas où le statut a gardé le silence. Il nous semble que la loi ne concède au droit civil qu'une place subsidiaire et accessoire au droit principal déterminé par les règles de la loi 80 de 1993.

Dans ce contexte, quelques remarques sur les matières qui relèvent du droit public, s'imposent.

En ce qui concerne la notion du contrat, l'entrée en vigueur de la loi 80 de 1993 a entraîné la disparition du classement des contrats administratifs et de contrats de droit privé de l'administration. La loi s'est référée de manière générale aux « contrats de l'État » soumis en tout état de cause au régime mixte. Les contrats de l'État « sont tous les actes générateurs d'obligations juridiques passés par les personnes visées par ce statut, prévus par le droit privé... ou découlant de l'exercice de l'autonomie de la volonté, aussi bien que ceux qui au titre énonciatif sont définis par la suite... »⁶⁹. M. Brewer-Carías prévient effectivement que « la distinction... est aujourd'hui dépassée ; elle n'a aucun intérêt juridique. Il convient d'insister que toute

⁶⁷ M-T Palacios, *art. préc.*, p. 22

⁶⁸ J. Santofimio-Gamboa, « Panorama general del derecho administrativo... », *art. préc.*, p. 230.

⁶⁹ Voir l'article 32 de la loi 80 de 1993.

activité contractuelle de l'Administration est administrative »⁷⁰. Il est vrai que cette notion « a une indéniable base civile pour la correspondance avec la catégorie générale de contrat, mais cela ne veut pas dire qu'il s'agisse de la même notion. Le contrat de l'État n'appartient qu'au droit administratif »⁷¹. Bien que la loi parle des contrats de l'État, l'expression « contrat administratif » nous semble plus précise pour aborder cette recherche. À notre avis, elle répond mieux à la notion qui depuis le début du XX^{ème} a été construit en droit colombien⁷².

En second lieu, le statut apporte un régime d'« incapacités » pour les agents et les particuliers qui font partie de la procédure de passation du contrat. Il s'agit d'une longue liste des conditions qui va au-delà de la règle de désintéressement de l'article 25 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 du droit français et qu'à notre avis ne mérite pas d'analyse. Il suffit d'affirmer que le législateur a prévu une multiplicité des cas où la passation du contrat est interdite en raison du manque d'impartialité⁷³.

En troisième lieu, la loi 80 de 1993 détermine les modes de passation des contrats. La place la plus importante est occupée par la licitation (l'appel d'offres ouvert du droit public français⁷⁴). Pour la Cour Constitutionnelle, la licitation est une « invitation ouverte de l'administration aux intéressés »⁷⁵ qui permet la sélection de

⁷⁰ A. Brewer-Carías, « El derecho administrativo... », *art. préc.*, p. 12.

⁷¹ R. Escobar-Gil, « La institución de los contratos de la Administración Pública » [*L'institution des contrats de l'Administration Publique*], in *Universitas*, Université Javeriana, Bogota 1991, p. 352. Voir également : Conseil d'État, ordonnance du 20 août 1998, req. 14202.

⁷² R. Escobar-Gil, *Ibidem*, p. 352.

⁷³ Voir l'article 8 de la loi 80 de 1993. À cet égard, la Cour Constitutionnelle dans l'arrêt C-415 du 22 septembre 1994, a indiqué que le régime d'incapacités « a exclu certaines catégories de personnes du procédé contractuel, en prévoyant des incapacités spéciales, des interdictions et des prohibitions de nature très variée ». Voir également : arrêts C-489 du 26 septembre 1996 ; C-415 du 22 septembre 1996 et C-178 du 29 avril 1996.

⁷⁴ En France, les personnes publiques sont tenues de respecter une procédure stricte de sélection afin d'assurer l'égalité de traitement entre les entreprises candidates, la liberté d'accès aux procédures et la transparence. Au-dessus de certains seuils (en matière de service et de fourniture, 200.000 €HT pour les collectivités locales, 130.000€ HT pour l'État ; et de 5.000.000 € en matière de travaux), il est obligatoire de passer une procédure formalisée. L'appel d'offres figure parmi ces procédures formalisées. Il peut être de deux types : a) Appel d'offres ouvert, lorsque tout opérateur économique peut remettre une offre, b) Appel d'offres restreint, lorsque seuls les opérateurs économiques qui y ont été autorisés après sélection peuvent remettre des offres. Au-dessous du seuil des procédures formalisées, les marchés peuvent être passés selon une procédure dite adaptée, fréquemment appelée MPPA (Marchés passés selon une procédure adaptée).

⁷⁵ Cour Constitutionnelle, arrêt C-949 du 5 septembre 2001.

la meilleure offre en fonction des exigences du cahier des charges⁷⁶. Elle est fondée sur deux principes fondamentaux : « la libre concurrence... et, d'autre part, l'égalité des soumissionnaires que l'administration doit assurer jusqu'à la passation du contrat »⁷⁷. Toutefois, dans des cas où l'appel d'offres se révèle inapproprié en raison du prix ou de la nature du contrat, le législateur a prévu la « sélection abrégée »⁷⁸ et la « sélection directe » qui permet dans certains cas⁷⁹, la passation du contrat sans aucune mise en concurrence préalable⁸⁰, mais soumise au respect du principe de transparence⁸¹.

Ensuite, le statut général prévoit une exception au principe d'égalité des parties : les « pouvoirs exceptionnels » qui permettent à l'État (et aux particuliers lorsqu'ils sont chargés de la gestion d'un service public), de prendre des décisions exécutoires qui s'imposent à leurs destinataires indépendamment de leur consentement (sans avoir recours à l'autorisation préalable du juge⁸²). Les pouvoirs exorbitants sont reconnus pour assurer la gestion continue et efficiente des services publics et, de cette manière, la protection de l'intérêt général. Pour le Conseil d'État,

⁷⁶ Cour Constitutionnelle, arrêt C-400 du 2 juin 1999 ; Conseil d'État, arrêts du 3 février 2000, req. 10399 et du 3 mai 1999, req. 12344.

⁷⁷ Cour Constitutionnelle, arrêt C-949 du 5 septembre 2001. M. Marienhoff précise que la justification de la licitation doit être analysée par rapport à l'État et par rapport aux administrés : elle est d'abord un moyen pour obtenir l'exécution du contrat dans les meilleures conditions de qualité – prix ; elle est également une garantie d'impartialité pour les particuliers intéressés. M. Marienhoff, « Tratado de derecho administrativo » [*Traité de droit administratif*], t.III, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 183 à 185. Voir également : R. Dromi, « Licitación Pública » [*L'Appel d'offres Public*], Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 134 ; E. Sayagués-Laso, « Tratado de Derecho Administrativo » [*Traité de droit administratif*], t.I, Montevideo, 1963, p. 553.

⁷⁸ La loi 1150 de 2007, art. 2.2, prévoit ce mode de passation pour les marchés publics (sauf les marchés publics de travaux) ; pour les marchés ayant un prix inférieur au seuil établi selon le budget de la collectivité contractante ; pour la vente des biens de l'État et pour les contrats ayant pour objet direct l'activité commerciale des EPIC et les sociétés d'économie mixte.

⁷⁹ Selon l'article 2.4 de la loi 1150 de 2007, elle est admise dans les cas d'« urgence explicite » ; d'emprunts ; des contrats inter-administratifs ; aussi pour la passation des marchés de biens et de services dans le secteur de la défense ; les contrats concernant les activités scientifiques et technologiques ; les placements fiduciaires ; pour la fourniture de services professionnels de soutien à la gestion ou d'exécution de travaux artistiques, parmi d'autres cas.

⁸⁰ Récemment, en ce qui concerne les sélections directes, la Cour Constitutionnelle dans l'arrêt C-403 du 27 mai 2010 a accepté l'inobservance du principe de transparence et surtout la partialité et le favoritisme des agents publics : « la sélection directe, malgré les contrôles que l'État peut exercer, viole de façon latente les principes invoqués ». Cet arrêt qui peut être vu comme un premier pas vers une nouvelle réforme du droit des contrats administratifs visant à éliminer cette procédure.

⁸¹ Conseil d'État, arrêt du 22 mars 2001, req. 9840.

⁸² Conseil d'État, arrêt du 21 avril 2004, req. 12852.

ces pouvoirs « répondent dans tous les cas aux besoins du contrat public ; ils visent à protéger les intérêts généraux et la gestion des services publics, c'est pourquoi on peut comprendre que des fois, un rapport d'égalité entre l'administration et les cocontractants ne soit pas possible »⁸³.

L'article 14 de la loi 80 de 1993, relatif aux pouvoirs unilatéraux des personnes publiques contractantes, précise que lors de l'exécution du contrat, dans le seul but d'éviter la paralysie ou l'atteinte grave aux services publics concernés, l'administration peut « interpréter les documents contractuels et les stipulations convenues par les parties, introduire des modifications au contrat et, lorsque les conditions particulières du service l'exigent, résilier unilatéralement le contrat... ainsi que déclarer la déchéance »⁸⁴. Il faut remarquer que la loi n'a prévu que quelques cas où la stipulation de ces clauses est obligatoire⁸⁵. Dans deux cas les clauses s'avèrent facultatives –la collectivité publique a la possibilité d'en décider leur inclusion–⁸⁶ et dans tous les autres cas, elles résultent interdites⁸⁷.

Finalement, la loi 80 de 1993 se réfère aux cas de bouleversement de l'équilibre financier du contrat. La réalisation de l'objet du contrat administratif

⁸³ Conseil d'État, arrêt du 25 février 2009, req. 15797.

⁸⁴ Nous avons déjà prévenu qu'il s'agit d'une déchéance prononcée par l'autorité administrative, mais qui n'est pas limitée aux délégations de service public. La personne publique « qualifie unilatéralement l'inexécution de celui-ci [le cocontractant] pour appliquer une sanction (...) sans avoir recours au juge du contrat », Conseil d'État, arrêt du 16 février 2006, req. 13414. Bien qu'en droit privé l'autonomie de la volonté admette la stipulation de sanctions (par. ex. la clause pénale des arts. 1592 Code civil et 867 Code du commerce), le droit commun proscrit la possibilité des parties de déclarer de manière unilatérale l'inexécution des obligations. C'est pourquoi on parle d'un pouvoir exceptionnel (au droit commun).

⁸⁵ Les contrats ayant pour objet l'exercice d'une activité du monopole de l'État (par ex. les jeux de hasard et les liqueurs), la gestion d'un service public ou l'exploitation et la concession des biens de l'État, ainsi que les marchés publics de travaux. Dans ces cas « les clauses exceptionnelles s'entendent convenues bien qu'elles ne soient pas expressément incorporées dans le contrat » art. 14, loi 80 de 1993.

⁸⁶ Les marchés publics de fournitures et les contrats de « gestion de services » professionnels définis par l'art. 32 de la loi 80 de 1993 comme ceux « passés par les personnes publiques pour assurer la gestion administrative et le fonctionnement des organismes ».

⁸⁷ L'art. 14 de la loi 80 de 1993 a fait expressément référence aux contrats de coopération internationale, inter-administratifs, d'emprunts, de location des biens de l'État et les contrats visant les activités scientifiques, technologiques ou d'assurance. La jurisprudence administrative a également précisé que dans les cas non prévus explicitement par la loi (comme celui des contrats d'intervention ou de *leasing*), la nature exceptionnelle entraîne la prohibition légale de les convenir. Voir : Conseil d'État, arrêt du 30 novembre 2006, req. 30832.

entraîne toujours des risques normaux qui doivent être assumés par les parties⁸⁸ ; ce qui excède la normalité, l'habitude, donne lieu au rétablissement de l'équation économique des parties pour assurer la continuité du service public⁸⁹. L'article 27 de la loi 80, relatif à l'équation contractuelle, indique que dans les contrats administratifs « l'égalité ou l'équivalence entre les droits et les obligations convenue lors de la présentation de l'offre, sera conservée... Si cette égalité ou équivalence se rompt pour des raisons imprévues non imputables à la personne lésée, les parties adopteront les mesures nécessaires à son rétablissement dans les plus brefs délais ». Parmi les événements qui peuvent conduire au bouleversement de l'équilibre financier on trouve la force majeure, l'imprévision, les sujétions imprévues et le fait du prince. Ce sujet sera abordé plus tard par cette recherche. Pour le moment, il suffit de noter qu'il s'agit d'une matière du ressort exclusif du droit public, en raison du fonctionnement des services publics qui en tout état de cause, doit assurer l'administration publique.

β – Un loi générale de principes

Le législateur a envisagé une loi régissant l'ensemble des contrats passés par l'État, c'est pourquoi elle a pris le nom prétentieux de « statut général » des contrats administratifs. Elle devenait obligatoire pour toutes les personnes publiques, à tous les niveaux, ce qui a été soulignée pour le gouvernement dès l'exposé des motifs⁹⁰. Pourtant, la démarche créatrice de régimes d'exception à l'application de la loi, a été bientôt relancée. Actuellement, plus d'une trentaine de « régimes d'exception » sont en vigueur⁹¹, ce qui remet en cause son caractère général.

⁸⁸ L-G Davila-Vinueza, *op. cit.*, p. 493.

⁸⁹ Pour le Conseil d'État, « il est clair qu'en cas de changement des conditions de la gestion d'un service public... les obligations du contrat qui ont à voir avec de tels changements doivent être modifiés, sinon on rendrait un service inadapté aux nouvelles réalités sociales, culturelles ou technologiques », Conseil d'État, avis du 13 août 2009, req. 1952.

⁹⁰ GC n° 75, 23 sept. 1992.

⁹¹ En plus de ceux créés avant le statut de 1993, on peut citer le régime de la radio (la loi 94 de 1993) ; les contrats des entreprises sociales de l'État et de la sécurité sociale (loi 100 de 1993 et le décret 1876 de 1994) ; le gaz domestique et l'énergie (loi 143 de 1994) ; le commerce de la participation sociétaria de l'État (loi 222 de 1995) ; la concession de fréquences pour la diffusion de la télévision (loi 182 de 1995, la loi 14 de 1991 et loi 335 de 1996) et les contrats concernant les activités minières (loi 685 de 2001).

Le statut a voulu également abandonner la « tendance régulatrice et casuistique »⁹² des lois précédentes, en prévoyant un système fondé sur des principes⁹³. L'article 23 de la loi 80 de 1993 précise que l'action des personnes publiques lors de la procédure de passation d'un contrat administratif, est soumise au respect de l'article 209 de la Constitution, aussi bien qu'aux « principes de transparence, d'économie et de responsabilité »⁹⁴.

Par l'arrêt du 3 décembre 2007, le Conseil d'État a regroupé en fonction de leur source les principes qui gouvernent l'action contractuelle de l'État. Il a estimé ainsi qu'il y a deux catégories :

1. Les principes constitutionnels applicables aux contrats de l'État, et
2. Les principes qui relèvent de la loi générale des contrats.

Dans le premier cas, le juge a abordé l'analyse des principes suivants :

1. Le principe de légalité⁹⁵ (découlant des articles 6, 121 et 122 de la Constitution de 1991)
2. Le principe de la procédure régulière⁹⁶ (article 29, *ibidem*)

⁹² Exposé des motifs de la loi 80 de 1993, GC n° 75, 23 sept. 1992.

⁹³ Certes les principes et les règles ont une portée différente : les règles prescrivent une certaine action ou omission destinée à permettre, à ordonner ou à interdire quelque chose, alors que les principes sont des valeurs de la société transformées en critères généraux du comportement. Ainsi la distinction essentielle semble être la suivante : les règles décrivent nos actions, nous disent comment nous devons et pouvons agir dans certaines situations spécifiques, tandis que les principes nous fournissent des critères pour prendre une position face à des situations déterminées. G. Zagrebelsky, « El derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia » [*Le Droit Ductile : Loi, droits, justice*], 6^{ème} éd., Trotta, Madrid, 2005, p. 110 et 111.

⁹⁴ Les principes sont des « critères auxiliaires de l'activité judiciaire » suivant les termes de l'article 230 de la Constitution de 1991.

⁹⁵ En vertu des articles 6, 121 et 122 de la Constitution, les fonctionnaires ne peuvent exercer que les fonctions qui leur sont expressément confiées par la Constitution et par la loi (Conseil d'État, arrêt du 20 octobre 2005, req. 14579). En ce qui concerne les contrats administratifs, ce principe comporte la soumission des agents publics aux matières qui ont été réglées par le statut général. Conseil d'État, arrêt du 5 mars 1993, req. 6225.

3. Le principe d'égalité⁹⁷ (art. 13, ibidem)
 4. Le principe de la libre concurrence⁹⁸ (articles 13, 333 et 365, ibidem)
 5. Le principe de la bonne fois⁹⁹ (article 83, ibidem)
 6. Le principe de l'impartialité¹⁰⁰ (article 209, ibidem)
 7. Le principe d'économie¹⁰¹ (article 209, ibidem)
 8. Le principe de l'efficacité¹⁰² (article 209, ibidem)
 9. Le principe de la moralité¹⁰³ (article 209, ibidem)
-

⁹⁶ Le droit à une procédure régulière, ainsi que les droits de la défense, assurent aux citoyens le respect des formalités et de procédures prévues par la loi. Conseil d'État, arrêt du 7 juin 2001, req. 13405.

⁹⁷ Voir par exemple, Conseil d'État, arrêt du 3 décembre de 2007.

⁹⁸ La libre concurrence signifie l'égalité des chances lors de la procédure de passation du contrat, ainsi que l'interdiction des obstacles qui peuvent empêcher la liberté d'entreprise et l'exercice de la liberté économique des intéressés (arts. 333 et 334 de la Constitution). Voir : R. Escobar-Gil, « Teoría general de los contratos de la administración pública » [*Théorie générale des contrats de l'administration publique*], Legis, 2003, p. 154.

⁹⁹ Par l'arrêt C-892 du 22 août 2001, la Cour Constitutionnelle a précisé qu'en droit colombien « la bonne foi est reconnue comme un principe général du droit (...) Ce principe... impose aux individus et aux autorités publiques l'obligation morale et juridique d'adapter leurs actions aux postulats de loyauté et d'honnêteté ». Voir également : Conseil d'État, arrêts du 7 juin 2001, req. 13405 ; du 21 avril 2004, req. 12960 et du 22 avril 2006, req. 8830.

¹⁰⁰ Le but des procédures administratives est d'assurer les droits de toutes les personnes sans discrimination d'aucune sorte. Par conséquent, les autorités doivent accorder un traitement égalitaire. Ce principe découle du principe d'égalité prévu par l'article 13 de la Constitution. En matière de contrats, cela comporte une obligation de transparence ; l'administration ne peut pas agir en avance en faveur ou à l'encontre d'un candidat pour des raisons subjectives ou déraisonnables. Conseil d'État, arrêt du 3 décembre de 2007. Voir également : Cour Constitutionnelle, arrêts SU-1723 du 12 décembre 2000 ; C-095 du 11 février 2003 et C-762 du 29 octobre 2009.

¹⁰¹ Les normes du statut général des contrats administratifs visent l'agilité des procédures. Les décisions qui révèlent du contrat doivent être adoptées dans le moins de temps et avec le minimum de dépenses. Les personnes publiques sont obligées aussi de supprimer des démarches inutiles.

¹⁰² Les modes de passation des contrats doivent supprimer les obstacles qui empêchent le bon déroulement des procédures. Conseil d'État, arrêt du 3 décembre de 2007.

¹⁰³ La gestion des autorités publiques est soumise au respect des normes du système juridique, ainsi qu'à la satisfaction de l'intérêt général. Les intérêts privés des agents publics sont proscrits en droit

10. Le principe de publicité¹⁰⁴ (article 209, ibidem).

Les principes prévus par le statut des contrats administratifs sont pour sa part, sont au nombre de trois :

1. Le principe de transparence (article 24 de la loi 80 de 1993)

2. Le principe d'économie¹⁰⁵ (article 25, ibidem) et

3. Le principe de responsabilité¹⁰⁶ (article 26, ibidem).

Bien que les principes seront abordés plus tard, il convient de rappeler la nouvelle orientation fondée essentiellement sur des ces postulats. Désormais, l'application du droit des contrats administratifs se ne faisait pas sur la base des règles précises. Quelques exemples peuvent illustrer l'importance de cette affirmation.

D'abord, on peut faire référence au cas du « fractionnement du contrat ». L'article 56 du décret 222 de 1983 précisait qu'il y avait un fractionnement « lorsque deux ou plusieurs contrats sont passés par les mêmes personnes, avec le même objet, dans le délai de six (6) mois ». Cette interdiction a mené l'administration à la passation de deux ou plusieurs contrats ayant le même objet, avec le même cocontractant, dans un délai de six mois et un jour¹⁰⁷. Y avait-il un fractionnement du

colombien. Agir moralement signifie agir correctement. Pour le juge administratif, les violations « saillantes et grossières » du principe de la légalité entraînent la violation du droit collectif à la morale administrative. Cour Constitutionnelle, arrêt C-088 du 2 février 2000.

¹⁰⁴ De la publicité découle le devoir des autorités publiques de divulguer, de diffuser et d'informer les décisions et leur motivation pour assurer la connaissance des intéressés. Cour Constitutionnelle, arrêts C-646 du 31 mai 2000 et C-690 du 8 juillet 2008.

¹⁰⁵ L'art. 25 de la loi 80 de 1993 a *concrétisé* la portée de ce principe en indiquant que les autorités publiques contractantes sont tenues d'agir rapidement et efficacement.

¹⁰⁶ La loi prévoit un régime de responsabilité des agents publics et des cocontractants (titre V arts. 50 à 59) ainsi qu'un système de contrôle de l'activité contractuelle (titre VII arts. 62 à 67).

¹⁰⁷ Ce phénomène ne semble pas se borner au contexte colombien : Ch. Maugüe et R. Schwartz affirment qu'en France l'une « des sources fréquentes d'irrégularité dans la passation des marchés

contrat ? Bien que la réponse est certainement affirmative, les conditions strictes de la loi ne permettaient pas de sanctionner cette conduite. Le choix des agents publics était conforme au droit.

La loi 80 de 1993 a gardé le silence sur le fractionnement du contrat, mais a prévu le principe de transparence qui proscrit la réduction arbitraire du prix du contrat en-dessous des seuils de l'appel d'offres, pour pouvoir utiliser les modes de sélection directe (sans mise en concurrence préalable). Le principe se révèle ici plus utile.

Un autre exemple s'avère aussi révélateur : l'« urne aux trois clés ». L'article 30.5 du décret 222 de 1983, relatif à la procédure de licitation, a précisé que « Les offres seront reçues dans des enveloppes fermées et scellées dans le délai fixé par l'appel d'offres. Elles seront déposées dans une urne préalablement fermée et scellée qui aura trois (3) clés différentes ; l'ouverture sera de la responsabilité du Chef de l'organisme ou de son délégué, du Secrétaire Général ou de son délégué et du Commissaire aux Comptes ou de son délégué, qui par conséquent seront les seuls détenteurs valides des clés ». Sous l'empire de cette loi, la légalité de la procédure de passation était conditionnée entièrement par les formalités de la démarche, même si les droits des soumissionnaires étaient violés. Peu importait si l'urne *avait un trou* – comme cela est arrivé des fois – permettant l'examen des offres avant la clôture du délai du dépôt, pour tirer profit des données confidentielles ; le respect de la loi n'était marqué que par l'existence de l'urne à trois clés.

La loi 80 de 1993 n'a pas fait référence à cette formalité, mais a prévu l'obligation des personnes publiques de garantir, en tout état de cause, l'égalité des soumissionnaires. Il peut s'agir d'une urne ou de n'importe quel mécanisme, mais l'important est d'empêcher l'accès illégal au contenu des offres. La loi n'est respectée que si le principe d'égalité est assuré ; les formalités ne sont plus l'essentiel.

consiste à sous-estimer volontairement le montant d'un marché pour rester en dessous du seuil des marchés négociés, puis de passer des avenants augmentant le montant total du marché au-delà de ce

Le problème se pose lorsque le cas n'est pas aussi clair que ceux qu'on a décrit. Si le législateur n'a pas prévu une solution précise d'interdiction ou d'autorisation d'une pratique, les parties ont la possibilité, ou presque la liberté d'en décider. Les principes sont tellement généraux en droit colombien que la plupart des cas les parties peuvent dégager n'importe quelle règle.

En France, les principes semblent avoir une portée plus précise. Le Code des marchés publics prescrit que les accords soumis à celui-ci « respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics »¹⁰⁸. M. Ménéménis¹⁰⁹ souligne que le respect du libre accès interdit toute discrimination fondée sur la nationalité ou le lieu d'implantation des entreprises, ce qui signifie que toute personne remplissant les conditions exigées par la personne publique peut être candidate et présenter une offre ; le principe d'égalité de traitement entraîne le fait que tous les candidats à un marché doivent être traités de la même façon, à toutes les étapes de la procédure de passation, ainsi que de pouvoir bénéficier des mêmes informations et des mêmes règles de compétition et, enfin, le principe de transparence interdit l'élaboration de cahiers des charges orientant le choix du titulaire, l'insertion de critères de jugement des offres favorisant les entreprises locales et toute décision de rejet d'une candidature ou d'une offre non fondée objectivement. La transparence impose aussi à la personne publique de garantir aux soumissionnaires un degré de publicité adéquat permettant une libre concurrence et un contrôle de l'impartialité des procédures.

C'est peut-être en raison de la simplicité, de la clarté de la formulation des règles qui découlent des principes, ou de la responsabilité pénale des agents prévue par l'article 432.14 du Code pénal (ou tout simplement parce qu'il y a une culture du

seuil ». Ch. Maugué et R. Schwartz, *BJCP*, n° 1/1998, p. 101.

¹⁰⁸ Le Conseil Constitutionnel a considéré que ces principes découlent de la déclaration des Droits de l'Homme de 1789 (arts. 6 et 14) annexée à la Constitution française. CC, décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003.

¹⁰⁹ A. Ménéménis, « Passer un marché public : sur quelques innovations du code », *AJDA*, févr. 2004, p. 386.

respect de la loi), qu'en France les litiges qui portent sur la mauvaise interprétation des principes sont rares.

L'idée d'un l'État colombien assurant en matière de contrats administratifs la concurrence, a disparu avec la formulation des principes trop généraux qui le juge n'a pas voulu concrétiser. L'un des plus importants publicistes du pays a reconnu que personne « n'a pas compris les prévisions révolutionnaires de la Constitution de 1991. L'idée d'un droit prévu pour surveiller et contrôler de manière stricte l'action de l'État-monopole est restée dans l'esprit de tous les acteurs. Tout le monde s'est habitué à privilégier les conditions formelles, les rites et les formalités, sur le fond et sur les principes qui sont maintenant l'essentiel »¹¹⁰.

Malgré la réforme constitutionnelle et les prévisions générales de la loi 80 de 1993, l'habitude de se borner aux limites expressément prévues par la loi, *sans aller plus loin*, a bien persisté. Les principes ont été réduits à des axiomes éthérés, qui en pratique n'apportent aucune solution précise. L'action des autorités en matière des contrats publics ne régie que par les règles explicites prévoyant des interdictions ou des autorisations concrètes. Tout ce qui n'est pas règlementé par une norme spécifique, n'est pas règlementé du tout, c'est pourquoi l'application du droit privé et la pleine liberté contractuelle des parties sont la plupart des cas admises en droit administratif colombien¹¹¹.

Suivant la nouvelle orientation constitutionnelle, le troisième statut des contrats administratifs n'a prévu que des principes et certaines règles concernant des sujets très ponctuels (p. ex. les procédures de passation), ce qui ne veut pas dire qu'en absence de normes précises l'action des autorités publiques (p. ex. lors de l'exécution du contrat) ne soit pas soumise aux principes de publicité, de concurrence, d'égalité et de transparence énoncés par la Constitution et la loi. Le législateur et spécialement le gouvernement se sont rendus compte des limitations des principes pour limiter les décisions des parties, c'est pourquoi un travail de réglementation excessive du droit

¹¹⁰ M-T Palacios, *art. préc.*, p. 11.

¹¹¹ Il ne faut pas oublier que les agents publics sont toujours soumis au principe de légalité qui les empêche d'agir si la loi ne le prévoit explicitement (arts. 6, 121 et 122 de la Constitution).

des contrats a été lancé ces dernières années¹¹². Le recul au système précédent, ainsi que la confirmation de l'inutilité des principes, nous semblent explicites. Pourtant, nous sommes sous l'empire de la Constitution de 1991, ce qui crée une contradiction insoutenable entre les solutions de la Charte politique, du législateur et du juge qui ne se mettent pas d'accord sur l'importance de l'égalité et de la concurrence. Bien souligné par Palacios, l'insécurité juridique a conduit à une perte regrettable d'investisseurs dans le secteur productif du pays¹¹³.

Il nous semble que le problème n'est pas provoqué par la Constitution ou par la loi, mais plutôt par les mauvaises interprétations des parties et parfois du juge. Le statut a été promulgué pour assurer « le succès des contrats publics ; cependant ne sont pas rares les cas des réglementations, des interprétations jurisprudentielles et des actions administratives qui portent directement atteinte à l'esprit de la Constitution et, fondamentalement, aux principes énoncés par l'article 209 (...) le manque de clarté et de cohérence normative, les interprétations contradictoires des parties et les décisions arbitraires des autorités publiques ont empêché la bonne gestion de l'État, entraînant la stagnation économique et sociale du pays »¹¹⁴.

Bien que ces mots semblent trop forts, ils sont vraiment en-dessous du sentiment de frustration qui envahit la plupart des spécialistes en droit public en Colombie. Un droit prévu pour faciliter la passation et l'exécution des contrats administratifs est devenu une source de corruption, de fraude et spécialement d'inefficacité.

B. Le droit de la modification des contrats administratifs

¹¹² Depuis la promulgation de la loi 1150 de 2007, le gouvernement a adopté les réglementations suivantes : décret 2474 de 2008, décret 4828 de 2008, décret 4444 de 2008, décret 127 de 2009, décret 2025 de 2009, décret 3576 de 2009, décret 3806 de 2009, décret 2493 de 2009, décret 2473 de 2009, décret 4266 de 2010, décret 1464 de 2010, décret 1039 de 2010 et décret 1430 de 2010. Par la loi 1474 de 2011, visant au renforcement des mécanismes de prévention et de sanction des actes de corruption, le législateur a introduit une nouvelle réforme à la loi 80 de 1993, ce qui a donné lieu à la réglementation opérée par le décret 734 de 2012 et ensuite par le décret 1510 de 2013.

¹¹³ M-T Palacios, *art. préc.*, p. 11.

Le droit de la modification des contrats passés par l'État est déterminé par les normes qui règlent la démarche de modification¹¹⁵. En droit colombien cette affirmation n'est cependant pas très concluante, car la loi 80 de 1993 n'a prévu qu'un seuil financier pour les instruments de modification conventionnelle et une disposition concernant la modification unilatérale (1). C'est un droit à deux normes qui, suivant la prévision de l'article 13 de la loi 80 de 1993¹¹⁶, semble être soumis notamment aux règles de droit commun (2).

1. Les normes de la loi 80 de 1993

Le droit des contrats administratifs a été codifié *lato sensu*¹¹⁷ par la loi 80 de 1993, portant statut général des contrats. Même si à l'égard de la modification le législateur n'a prévu que deux règles précises (a), il nous semble que les principes abordés par la loi résultent également applicables (b).

a) Les règles précises

Traditionnellement, on parle de deux catégories de modification en fonction de la source de la volonté qui s'exprime : la modification unilatérale lorsqu'elle est décidée par l'administration et la modification conventionnelle lorsqu'elle provient de l'accord des deux parties¹¹⁸.

¹¹⁴ M-T Palacios, *ibidem*, p. 11.

¹¹⁵ P. Courbe, *Introduction générale au droit. Le droit objectif, les droits subjectifs*, 11^{ème} édition, Dalloz, 2009, p. 25.

¹¹⁶ Les contrats administratifs « (...) sont régis par les normes commerciales et civiles concernées, sauf dans les cas des matières particulièrement réglées par cette loi », art. 13 de la loi 80 de 1993.

¹¹⁷ M. Moderne exprime, d'une façon tout à fait lucide, que la codification *lato sensu* se présente comme une œuvre de formalisation, comme un travail d'écriture juridique qui tend à fixer les règles du jeu dans le champ juridique, conférant une rationalité formelle à des schémas ou à des pratiques sociales déterminés, de telle sorte que le jeu soit jouable pour les opérateurs les plus directement intéressés. F. Moderne, « Le travail de la codification », *RFDA*, 2004, p. 1062.

L'article 14 de la loi 80 de 1993, relatif aux moyens des organismes publics pour assurer l'exécution de l'objet du contrat, a fait référence explicite au pouvoir de modification unilatérale : l'administration est tenue de « stipuler les clauses exceptionnelles au droit commun de résiliation, d'interprétation et de modification unilatérales, de soumission aux lois nationales et de déchéance, dans les contrats ayant pour objet l'exercice d'une activité qui constitue un monopole de l'État, la gestion d'un service public ou l'exploitation et la concession des biens de l'État, aussi bien que dans les marchés publics de travaux ».

L'article 16, relatif spécifiquement à la modification unilatérale, précise que « si pendant l'exécution du contrat et pour éviter la paralysie ou une atteinte grave au service public concerné, il est nécessaire d'introduire des changements dans le contrat et que les parties précédemment ne parviennent pas à un accord à cet égard, l'entité par voie d'acte administratif dûment motivé, le modifiera en prescrivant la suppression ou l'ajout d'ouvrages, de travaux, de fournitures ou de services ».

Il s'agit donc d'un mécanisme subsidiaire qui est au cœur des plus vifs débats en raison, d'abord, des motifs qui donnent lieu à l'exercice du pouvoir exceptionnel de l'État : ce n'est pas pour assurer l'exécution de l'objet du contrat que la modification est possible, mais pour assurer la gestion du service public concerné, ce qui donne aux autorités administratives une marge de manœuvre trop étendue. Il faut remarquer, en outre, que la loi n'a prévu aucune limite financière.

La réglementation de la modification conventionnelle est encore plus infortunée car la loi 80 de 1993 n'a précisé qu'un plafond financier pour les modifications comportant une augmentation du prix initial du contrat. L'article 40, alinéa 2, relatif à l'addition (l'un des instruments de modification conventionnelle) indique que « les contrats ne pourront faire l'objet d'une addition dépassant cinquante pour cent (50%) de leur valeur initiale ».

¹¹⁸ D. Truchet, « Le contrat administratif, qualification juridique d'un accord des volontés » in *Le droit contemporain des contrats*, sous la direction de L. Cadet, Economica, 1987, p. 185.

L'absence de règles nous invite à nous interroger sur la notion et les limites de la modification en droit colombien. Peut-on transposer les motifs de la modification unilatérale à la modification conventionnelle ? Si la réponse est négative, quelles sont donc les raisons qui donnent lieu à la passation d'une convention de modification du contrat ? L'accord de modification a-t-il d'autres limites ? Le pouvoir de modification de l'administration n'a-t-il aucune limite ?

Bien que les règles ne procurent aucune réponse, les principes peuvent apporter peut-être une solution.

b) Les principes

La loi 80 de 1993 a été conçue comme un statut de principes. On peut se demander donc quelle est l'incidence des principes sur la démarche de modification du contrat.

Comme on l'a vu, l'action administrative est soumise à l'égalité, à la libre concurrence et à la transparence.

En matière des contrats administratifs, le Conseil d'État¹¹⁹ estime que l'égalité assure aux soumissionnaires un traitement égalitaire et la possibilité de déposer une offre dans les mêmes conditions déterminées pour tous les intéressés qui font partie de la procédure de passation du contrat. Plusieurs règles découlent du principe. La plus importante est peut-être l'obligation d'assurer que les conditions des cahiers de charges soient générales et impersonnelles (en droit colombien chaque organisme est responsable de l'élaboration des cahiers de charges qui gouvernent la procédure de passation du contrat), mais, d'autres obligations sont également indiquées : l'octroi aux intéressés d'un délai raisonnable pour préparer leurs offres (art. 30 n° 5, loi 80 de 1993) ; l'interdiction de modifier les cahiers des charges après l'expiration du délai

¹¹⁹ Conseil d'État, arrêts du 3 décembre 2007, req. 14715 ; 21 mai 2008, req. 15963 ; 4 juin 2008, req. 17783 ; 31 janvier 2011, req. 17767 et ordonnances du 16 mars 2005, req. 29119 ; 24 septembre 2009, req. 17760 ; 11 novembre 2009, req. 17366 ; 4 février 2010, req. 16540 et 10 mars 2011, req. 15666.

concedé pour le dépôt des offres¹²⁰ (art. 30 n° 8) ; l'obligation d'informer les intéressés des données du processus (le budget, les critères de sélection, les spécifications techniques, etc.)¹²¹ et le devoir d'évaluer les offres selon les mêmes critères, sans pouvoir rejeter celles qui omettent des exigences non substantielles ou insignifiantes.

Sur la base des normes légales qui concrétisent l'égalité, le Conseil d'État a conclu que ce principe vise à assurer les mêmes conditions de participation des intéressés lors de la procédure de passation du contrat¹²². Le choix de l'offre la plus avantageuse (critère du mieux-disant du droit français) est aussi une manifestation de l'égalité, car l'administration n'a fait qu'appliquer les prévisions du cahier des charges¹²³.

Il convient de nous référer également à la libre concurrence, que pour le Conseil d'État¹²⁴ et la Cour constitutionnelle¹²⁵, découle du principe d'égalité. La libre concurrence signifie la non-discrimination des soumissionnaires potentiels lors de la procédure de sélection du cocontractant. L'administration est tenue d'assurer la participation de ceux qui s'intéressent à l'exécution du contrat. La libre concurrence entraîne pour les organismes publics l'interdiction de restreindre les conditions d'accès au processus pour favoriser, par exemple, l'un des soumissionnaires, ce qui est inacceptable sous les postulats de la Constitution de 1991 puisque les restrictions ne permettent pas l'obtention des avantages économiques que la concurrence peut apporter aux intérêts publics¹²⁶. La publicité est l'une des manifestations les plus

¹²⁰ Conseil d'État, arrêt du 11 mars 2004, req. 13355.

¹²¹ Conseil d'État, arrêt du 19 juillet 2001, req. 12037.

¹²² « Cela a été souligné à propos... du principe de transparence et de la sélection objective : l'Administration est obligée par la Constitution (art. 13 CP) et par la loi (art. 24, 29 et 30, loi 80 de 1993) de garantir le droit à l'égalité des soumissionnaires. En vertu de cette garantie, tous les personnes intéressées par le processus d'appel d'offres sont soumises aux conditions identiques pour se bénéficier des mêmes possibilités » Conseil d'État, *ibidem*.

¹²³ Conseil d'État, arrêt du 4 juin 2008, req. 17783.

¹²⁴ « Le droit à l'égalité dans les contrats de l'État est le fondement du droit à la libre concurrence qui garantit la faculté de participer au processus d'appel d'offres à tous les soumissionnaires qui ont la possibilité réelle d'offrir ce que prétend l'administration » Conseil d'État, ordonnance du 30 janvier 2003, req. 23508.

¹²⁵ « Le droit à l'égalité d'opportunités appliqué en matière de contrats de l'administration publique... entraîne le droit à la libre concurrence » Cour Constitutionnelle, arrêt C-815 du 2 août 2001.

¹²⁶ Cour Constitutionnelle, *ibidem*.

importantes de la libre concurrence, car elle garantit la divulgation des conditions de la procédure, permettant aux intéressés la possibilité d'y participer (art. 24 n° 6 loi 80 de 1993). Comme les auteurs du traité des contrats administratifs l'ont bien souligné, si la personne publique « a la faculté d'exclure de ses marchés certains particuliers... ces exclusions n'ont pas la signification juridique de création d'incapacités proprement dites »¹²⁷. Il s'agit d'assurer que le candidat remplit les conditions de capacité économique et technique qui demande l'exécution du projet, ce qui ne signifie pas qu'il y ait une restriction subjective à la participation.

Enfin, il convient d'analyser le principe de la transparence¹²⁸. Transparence « veut dire, clarté, diaphanéité, netteté, pureté et translucidité. Cela signifie que quelque chose doit être visible, qui peut être vu, pour éviter l'obscurité, l'opacité, le nuageux et le brumeux. Ainsi, l'action administrative, en particulier le rapport contractuel, doit être claire, lisse et cristalline »¹²⁹. Pour le Conseil d'État, la transparence garantit le traitement impartial, juste et égalitaire des administrés en assurant que les agents publics abusent des pouvoirs qui leur sont attribués¹³⁰. La transparence empêche l'action arbitraire ou *occulte* des autorités publiques, qui ne peuvent jamais agir sur la base des intérêts personnels¹³¹. Contrairement aux deux précédents, ce principe a été règlementé par la loi 80 de 1993 qui a remarqué son lien directe avec les notions voisines de sélection objective¹³² et de publicité.

¹²⁷ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *op. cit.*, t.II, n° 500.

¹²⁸ La Cour Suprême de justice souligne qu'« à travers la transparence, on garantit l'égalité et l'exercice du pouvoir soumis à l'équité et à la publicité » Cour Suprême de justice, arrêt du 10 juillet 2001, req. 13681.

¹²⁹ Cour Suprême de justice, arrêt du 10 juillet 2001, req. 13681.

¹³⁰ Conseil d'État, arrêts du 14 avril 2005, req. 01577 ; 8 juin 2006, req. 15005 ; 3 mai 2007, req. 16209 ; 29 août 2007, req. 15469 ; 4 juin 2008, req. 17783 ; 25 février 2009, req. 15797 ; 31 janvier 2011, req. 17767 et ordonnance du 2 août 2006, req. 30141 ; 29 janvier 2009, req. 14941 ; 1 avril 2009, req. 36476 ; 18 mars 2010, req. 17756.

¹³¹ Conseil d'État, arrêt du 4 juin 2008, req. 17783.

¹³² « La sélection est objective lorsque le choix est fait sur l'offre la plus favorable à l'entité et aux fins qu'elle poursuit, sans considération des facteurs d'affection ou d'intérêt personnel ni sur la base de motifs subjectifs. Par conséquent, les facteurs de qualification et de choix prévus par les entités dans les cahier des charges, prendront en considération les critères suivants: 1) La capacité juridique, les conditions d'expérience, la capacité financière et l'organisation des soumissionnaires... 2) La meilleure offre est celle qui, en tenant compte des facteurs techniques et économiques choisis et de leur pondération précise et détaillée dans le cahier des charges, résulte être la plus avantageuse pour l'entité... » art. 5, loi 1150 de 2007, modifié partiellement par l'art. 88 de la loi 1474 de 2011.

L'article 24 de la loi 80 de 1993 qui concrétise le principe de transparence, précise que la sélection du cocontractant est soumise à la procédure de l'appel d'offres ouvert et exceptionnellement, aux systèmes de sélection non formalisés¹³³. Il prévoit la possibilité de contester les rapports, les avis et les décisions prises par l'administration, l'obligation des organismes d'agir de manière publique et toujours conforme au principe de légalité, de motiver les actes adoptés lors de la procédure de sélection et l'interdiction de n'importe quelle tentative de violer les règles de la sélection objective du cocontractant.

L'article 24 souligne également l'importance d'élaborer les cahiers des charges en prévoyant des règles claires, justes et complètes permettant la participation des personnes privées et finalement l'adjudication du contrat. Dans les cahiers des charges, l'organisme est tenu de définir l'objet du contrat, les conditions techniques et de qualité, le prix et l'ensemble des droits et des obligations qui seront à la charge des parties. La jurisprudence remarque toujours que ce principe détermine la légalité de la passation du contrat ; il est l'un des piliers de la procédure de sélection du cocontractant¹³⁴.

Ces principes ont-ils une incidence sur la modification des contrats administratifs ? La modification est-elle soumise au respect des principes d'égalité, de libre concurrence et de transparence ?

La portée des principes définie par la loi (reprise d'ailleurs par la jurisprudence), ne permet de dégager aucune règle en ce qui concerne la modification. Les principes ne déterminent pas la façon d'agir des autorités, ce qui a signifié que la modification soit totalement indépendante de ces valeurs. Les principes n'ont aucune incidence sur la démarche de modification du contrat.

Si la Constitution de 1991 a déclaré que l'action des autorités publiques se déroule sur la base des principes de l'article 209, en matière de contrats la loi et la

¹³³ La réforme introduite par l'art. 2 de la loi 1150 de 2007 prescrit que les modes de conclusion des contrats sont : l'appel d'offres, le concours, la « sélection abrégée » et la sélection directe.

¹³⁴ Conseil d'État, arrêt du 31 janvier 2011, req. 17767.

jurisprudence ont limité leur application aux procédures de mise en concurrence. Les principes n'ont aucune incidence sur l'exécution des prestations.

Le législateur s'est référé aux plusieurs règles qui découlent des principes¹³⁵, ce qui a été interprété comme l'énonciation globale et complète de la réglementation qui résulte des valeurs de transparence, d'égalité et de concurrence.

Un principe est une idée, une source ou un fondement d'autres choses ou d'autres idées. Il est une clause générale et fondamentale, une doctrine ou une hypothèse étendue sur laquelle d'autres reposent. Une règle en revanche, est précise et ponctuelle. Le principe a une portée plus large, voire intemporelle, ce qui veut dire qu'il peut apporter toujours une solution même s'il n'y a pas de norme concrète.

G. Blanco a indiqué les fonctions des principes en droit colombien. Ils ont d'abord une fonction créatrice : « les principes sont la source du droit et le fondement juridique et politique des normes car ils représentent les valeurs essentielles de la société ; ils dirigent les fonctions législative, administrative et judiciaire de l'État »¹³⁶. Ils ont ensuite une fonction herméneutique : ils sont « l'instrument le plus important pour interpréter les normes juridiques ; ils permettent corriger de manière raisonnables les problèmes des antinomies et des contradictions législatives. La fonction d'interprétation permet d'apporter des solutions aux cas où les règles s'avèrent insuffisantes... [les principes] permettent de résoudre les controverses particulières sur la base des plusieurs critères d'interprétation (grammaticale, logique, historique, systématique, comparatif, etc.) »¹³⁷. Enfin, ils ont une fonction d'intégration : les principes permettent de « combler les vides du système juridique »¹³⁸.

¹³⁵ Voir : art. 24 et suivantes de la loi 80 de 1993.

¹³⁶ G. Blanco, « Principios generales del derecho en la Constitución de 1991 » [*Les principes généraux du droit dans la Constitution de 1991*], Revista de derecho. Universidad del Norte, n° 17, 2002, p. 259. Voir également : J-F Ramirez « Principios constitucionales del derecho procesal colombiano » [*Principes constitutionnels du droit de la procédure judiciaire en Colombie*], Señal editora, p. 37.

¹³⁷ G. Blanco, *ibidem*, p. 259.

¹³⁸ G. Blanco, *ibidem*, p. 259.

La portée étendue des principes nous semble claire. Toutefois le choix des parties, et parfois du juge administratif, a été de traiter les principes en tant que règles : s'il n'y pas de norme prescrivant une limite précise à la démarche de modification contractuelle, cela veut dire que la loi ne prévoit aucune limite. En droit colombien, les principes ont besoin de règles concrètes pour en tirer des effets juridiques.

Si la loi 80 de 1993 ne prévoit que deux normes en ce qui concerne la modification, il convient de s'interroger sur le droit applicable à cette démarche.

2. Le droit commun : droit applicable ?

En raison du régime mixte prévu par le statut général des contrats administratifs, le droit commun se révèle comme le droit applicable à la démarche de modification du contrat.

L'article 13 de la loi 80 de 1993 indique que les contrats passés par l'État « sont régis par les normes commerciales et civiles concernées, sauf dans les cas des matières particulièrement réglées par cette loi ». Le législateur a créé un système où les règles du droit administratif *coexistent* avec les normes du droit privé, qui ne s'appliquent qu'en l'absence de prévision de ce dernier¹³⁹. Le droit commun est un complément nécessaire¹⁴⁰ du droit public, ce qui en matière des contrats administratifs détermine le droit applicable à la modification (a). Cette solution n'est pas pourtant libre de débat, car le droit commun apporte une notion étendue de la liberté contractuelle des parties (b) qui semble porter atteinte à la prévalence de l'intérêt général qui justifie l'existence même du droit public des contrats.

¹³⁹ La loi 80 de 1993 est construite « philosophiquement sur deux prémisses fondamentales : l'autonomie de la volonté et l'intégration des principes du droit privé qui vise à lutter contre l'inefficacité administrative qui, dans ce domaine [contractuel], avait provoqué à cette époque-là l'excès de démarches et de procédures », Cour Constitutionnelle, arrêt C-949 du 5 septembre 2001.

¹⁴⁰ J. Santofimio-Gamboa, « Panorama general del derecho administrativo... », *art. préc.*, p. 230.

a) Le droit commun en tant que réponse à la déréglementation du droit public

La notion de modification du contrat en droit civil correspond-elle à celle du droit administratif ?

À propos des manifestations des rapports public-privé, trois hypothèses ont été dégagées par la doctrine française¹⁴¹ : (1) Certaines notions ou règles du droit administratif n'ont pas de correspondantes en droit privé (privilège du préalable, pouvoir réglementaire, etc.). (2) Certaines notions ou règles ont des correspondances en droit privé, mais différentes quant au contenu (responsabilité administrative, etc.). (3) Le juge administratif applique les règles du droit privé sans se référer particulièrement à la loi civile, voire en s'y référant, sans que pour autant le droit administratif cesse d'être autonome (en France, par exemple les arts. 1153 et 1154 du Code civil en matière d'intérêts des indemnités allouées, l'art. 1166 disposant l'action oblique, les arts. 1168 à 1183 relatifs aux obligations conditionnelles, l'art. 2262 sur la prescription quinquennale de certaines dettes, etc. En Colombie, les arts. 1226 à 1244 du Code de commerce¹⁴² relatifs au contrat de fiducie¹⁴³, parmi d'autres).

Où la modification du contrat est-elle ?

La modification est le « changement partiel d'un acte juridique »¹⁴⁴. La modification du contrat est, pour sa part, le changement des obligations contractuelles « sans altération de son économie. La modification porte sur l'exécution du contrat sans remise en cause des conditions de son existence et sans emporter destruction du contrat »¹⁴⁵.

¹⁴¹ L. Richer, *Droit des contrats administratifs*, 5^{ème} éd., LGDJ, 2006, p. 24 et s. et Y. Gaudemet, *Droit administratif*, 18^{ème} éd., LGDJ, 2005, p. 16 et s.

¹⁴² L'art. 32.5 de la loi 80 de 1993 indique qu'au contrat de fiducie publique « sont applicables les normes du Code de commerce sur la fiducie commerciale » tant qu'elles soient compatibles avec le statut. Conseil d'État, ordonnance du 20 août 1998, req. 14202.

¹⁴³ Fiducie : « Contrat par lequel un créancier acquiert un bien de son débiteur, en garantie d'une créance et s'engage à s'en dessaisir au profit du vendeur apparent, lorsque celui-ci aura rempli les obligations qu'il a envers lui » <http://www.cnrtl.fr/definition/fiducie>.

¹⁴⁴ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2003.

¹⁴⁵ S. Pons, « Réflexions sur la modification d'un élément essentiel du contrat par les parties », *LPA*, 2008, n°71.

En droit public, la modification fait référence à l'« acte par lequel les parties ou l'Administration décident de réaménager partiellement les droits et les obligations résultant du contrat au cours de son exécution, sans le faire disparaître »¹⁴⁶, ce qui suggère qu'il n'y a pas de différence entre les notions civile et administrative, situation semblable à celle qui se passe avec la notion de contrat largement analysée par la doctrine. Pour le professeur Richer, « la notion générale du contrat est et ne peut être que la même en droit public et en droit privé »¹⁴⁷. Dans le même sens, M. Gaudemet affirme que « sans doute dans les deux disciplines (droit administratif et droit privé), la notion même de contrat est-elle la même »¹⁴⁸.

Certes, le contrat n'a pas une notion appartenant de manière exclusive au domaine du droit civil. Bien que la doctrine du droit civil se soit posée en premier la question de savoir ce qu'est un contrat, cela ne signifie pas que la définition du contrat relève exclusivement du droit privé. La transposition de cette analyse à la modification nous semble possible, c'est pourquoi il est admissible d'affirmer qu'il y a une notion commune, ce qui nous place dans le deuxième des trois rapports envisagés auparavant. Pourtant cette solution n'est valable qu'en ce qui concerne la notion, puisque le contenu, c'est-à-dire la réglementation qui détermine la mise en œuvre, s'avère différente¹⁴⁹.

La dissociation entre la définition et le régime peut s'expliquer autrement. Le contrat –et par conséquent sa modification– est né avant le droit administratif, au sein du droit civil¹⁵⁰ qui, à ce moment-là, regroupait le droit dans son ensemble. Au fur et à mesure que le droit administratif s'est développé, il s'est approprié des « concepts

¹⁴⁶ H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 6.

¹⁴⁷ L. Richer, *Droit des contrats...*, *op. cit.*, p. 9.

¹⁴⁸ Y. Gaudemet, *Droit administratif...*, *op. cit.*, p. 283.

¹⁴⁹ Il est indéniable que l'autonomie des régimes juridiques n'a pas une portée absolue, mais l'autonomie du droit administratif par rapport au droit privé est bien remarquée, car les spécialistes en droit public craignent que l'indépendance du droit administratif ne soit remise en cause.

¹⁵⁰ Le contrat est l'une des institutions les plus anciennes du droit. Le Code d'Hammourabi du XVII^{ème} siècle avant J.C. en fait déjà état, notamment en matière agraire. Mais c'est avec le droit romain qu'il fait l'objet d'une véritable théorisation.

de typologie » (pour utiliser la terminologie d'Eisenmann¹⁵¹), sans pour autant transposer le contenu donné à ces catégories de base¹⁵².

Comme le souligne G. Jèze, « en droit public français, les règles sur les contrats s'inspirent des idées générales qui justifient ces règles en droit privé ; mais on combine ces idées avec les nécessités du fonctionnement régulier et continu des services publics »¹⁵³. L'opinion de H. Hoepffner à ce sujet est notable, car elle insiste sur le fait que « si du point de vue des principes, la modification du contrat reste une manifestation de la liberté contractuelle procédant de la volonté des parties, il serait erroné de tenter d'analyser ce mécanisme par une théorie fondée exclusivement sur l'autonomie de la volonté »¹⁵⁴.

Puisque c'est du droit administratif qu'il s'agit, le régime juridique applicable à la modification des contrats devrait être soumis à un droit différent de celui qui s'applique aux contrats privés. Le problème se pose lorsqu'on essaie de préciser les règles de droit public qui bornent la démarche modificative, car il n'y a que deux dispositions légales dans le statut général. Suivant la prévision de l'article 13 de la loi 80 de 1993, l'absence de normes de droit administratif nous ramène au droit commun pour déterminer les règles applicables ; c'est le cas par exemple, des limites de la modification qui seront, par conséquent, définies par le droit civil.

Bien que cette solution est fondée sur des dispositions explicites de la loi 80, il nous semble qu'elle est discutable. Nous croyons que non seulement la passation des contrats mais aussi leur exécution et leur modification, sont soumises au droit public, même s'il n'y a pas de règle précise dans ce sens. Pourtant, ni le juge administratif, ni la pratique contractuelle ne semblent nous donner raison.

¹⁵¹ Ch. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique ». *Archives de philosophie du droit*, 1966, p. 26.

¹⁵² C'est par rapport aux nouvelles solutions juridiques écartées du droit privé et non en raison de l'invention de nouveaux concepts de typologie, que le droit administratif a effectivement acquis son autonomie.

¹⁵³ G. Jèze, *Théorie générale des contrats de l'Administration*, Giard, Paris, 1930, p. 7.

¹⁵⁴ H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 5. Voir également : J-C Bruère, « Le consensualisme dans les contrats administratifs », *RDP*, 1996.1715.

Si, en dehors des articles 16 et 40 de la loi 80 de 1993, la modification est gouvernée par les normes du droit commun, il convient de s'interroger sur cette réglementation. Quelles sont les dispositions du droit civil concernant la modification des contrats administratifs ?

La modification n'est pas expressément traitée par le Code civil. Elle découle du principe de l'autonomie de la volonté énoncé par l'article 1602 du code, c'est pourquoi elle n'a que les limites liées à la validité de l'objet¹⁵⁵ et de la cause¹⁵⁶. La modification ne peut pas porter donc sur un fait ou une conduite interdite par la loi ou contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. Dans tous les autres cas, l'exercice de l'autonomie de la volonté est protégé par la loi.

L'application du droit civil dans les domaines non réglementés par le droit public est certainement raisonnable (troisième catégorie des rapports mentionnés ci-dessus), mais il nous semble que la cohérence d'un système qui défend l'égalité, la transparence et la mise en concurrence, en admettent en même temps la liberté étendue des parties pour déterminer les limites de la modification, nous semble contestable.

Si parfois le droit commun est un complément nécessaire du droit administratif, en ce qui concerne la modification, les règles du droit civil nous semblent contraires à l'esprit de cette figure. Bien sûr, on peut envisager une liberté soumise au respect des principes des contrats administratifs, mais on a déjà vu qu'en droit colombien les principes n'ont pas vraiment d'incidence sur l'exécution du contrat.

¹⁵⁵ Code civil colombien, article 1518 : « les exigences des objets des obligations. Si l'objet est un fait, il doit être physiquement et moralement possible. Il est physiquement impossible s'il est contraire à la nature et moralement impossible s'il est interdit par la loi, ou contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public » ; article 1519 : « l'objet illicite. Il y a un objet illicite lorsqu'on contrevient au droit public de la nation. Ainsi, la promesse de se soumettre à une juridiction non reconnue par les lois de la république, n'est pas valide en raison du vice de l'objet ».

¹⁵⁶ Code Civil colombien, article 1524 : « la cause des obligations. « Il ne peut pas y avoir d'obligation sans une cause réelle et licite, mais il n'est pas nécessaire de l'exprimer. Le simple vouloir... est une cause suffisante. La cause est la raison qui incite l'acte ou le contrat et la cause illicite est celle interdite par la loi, ou contraire aux bonnes mœurs ou à l'ordre public. Ainsi, la promesse de donner quelque chose en retour d'une dette qui n'existe pas, n'a aucune cause et la promesse de donner quelque chose en retour d'un crime ou d'un acte immoral, a une cause illicite ».

L'une des conséquences de l'application du droit privé à cet égard est la soumission du droit des contrats administratifs à la liberté contractuelle reconnue aux particulières, ce qui en matière de modification nous semble problématique.

b) La modification et la liberté contractuelle du droit commun

En droit civil, « les caractères de la modification résultent de son fondement. Fruit de la commune volonté des parties, elle est à même de changer n'importe quel élément de l'obligation autre que la cause sans détruire le lien de droit »¹⁵⁷. Ici « l'autonomie de la volonté permettrait aux intéressés de faire des conventions simplement modificatives d'une obligation préexistante sans effet extinctif ni créateur. La validité de ces conventions modificatives est subordonnée au consentement de tous ceux qui avaient été parties à la convention modifiée »¹⁵⁸.

Mais il n'en va pas de même pour le droit administratif. La reconnaissance du principe de l'autonomie de la volonté au sein des contrats publics a été largement discutée¹⁵⁹, car l'autonomie n'existe pas :

- si la loi empêche les personnes publiques de choisir librement le cocontractant en prévoyant des modes de passation obligatoires sur la base des critères objectifs,
- s'il n'y a pas de liberté pour fixer les termes du contrat compte tenu de l'obligation d'inclure des clauses exceptionnelles dans certains cas prévus par la loi et, enfin,
- s'il n'y a pas un rapport d'égalité entre les parties contractantes.

La loi 80 de 1993 a défini le contrat administratif¹⁶⁰. L'article 32 précise que les personnes publiques peuvent conclure « les contrats et les accords fondés sur

¹⁵⁷ E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Éditions Arthur Rousseau, Paris, 1912.

¹⁵⁸ J. Carbonnier, *Droit civil. Les obligations*, t.IV, PUF, Paris, 2000, n° 136.

¹⁵⁹ H. Riveros et L. León, « Perspectiva Constitucional de la Ley 80 de 1993 » [*Perspective Constitutionnelle de la Loi 80 de 1993*], Régimen de Contratación Estatal, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 1996.

l'autonomie de la volonté » nécessaires pour mener à bien les fins de l'État. Les articles 13, 23, 28 et 46 de cette loi font également référence à l'application du principe de l'autonomie de la volonté en matière des contrats administratifs.

La jurisprudence remarque, pour sa part, l'importance de cette autonomie. Pour la Cour Constitutionnelle elle est un pilier des rapports contractuels de l'État¹⁶¹.

Le Conseil d'État a eu aussi l'opportunité de déclarer que « personne ne peut nier que si en droit privé le contrat est la loi des parties (art. 1602 CC), il en est ainsi pour le droit administratif »¹⁶². Par l'arrêt C-949 du 5 septembre 2001, la Cour Constitutionnelle a affirmé que « en ce qui concerne le postulat de l'autonomie de la volonté, la Cour comprend que son but est de donner un large pouvoir discrétionnaire à l'administration de telle sorte que, dans les limites imposées par l'intérêt public, elle décide sur ses rapports contractuels ».

Cette autonomie, qui a été qualifiée par le Conseil d'État comme le « noyau essentiel du droits des contrats passés par l'État »¹⁶³, a plusieurs manifestations. L'une d'elles est la « liberté contractuelle » qui, conformément à l'article 1602 du Code civil, indique que les parties peuvent non seulement conclure les contrats autorisés par la loi, mais aussi accorder les conditions particulières d'exécution¹⁶⁴.

C'est sur la base de cette liberté que, lors de la procédure de passation l'administration peut valablement convenir les conditions contractuelles, « sauf disposition contraire »¹⁶⁵. La précision finale introduite par la jurisprudence nous

¹⁶⁰ La loi 80 de 1993, suivant un critère organique, a défini les contrats administratifs comme « l'ensemble des actes générateurs d'obligations juridiques » conclus par les personnes publiques (art. 32).

¹⁶¹ Cour Constitutionnelle, arrêts C-154 du 19 mars 1997 ; C-230 du 25 mai 1995 ; C-154 du 18 avril 1996 et C-949 du 5 septembre 2001.

¹⁶² Conseil d'État, arrêt du 13 mai 1988, req. 4303.

¹⁶³ Conseil d'État, arrêts du 16 février 1984, req. 2509 ; 18 juin 1992, req. 6579 ; 24 mars 1994, req. 9354 ; 5 octobre 1994, req. 8223 ; 27 novembre 1995, req. 8791 ; 2 juillet 1998, req. 11818 ; 7 septembre 1998, req. 10660 ; 18 septembre 2003, req. 15119 et avis du 20 février 1975, req. 953.

¹⁶⁴ Conseil d'État, arrêt du 15 octobre 1997, req. 11212.

¹⁶⁵ Conseil d'État, arrêt du 13 mai 1988, req. 4303.

permet d'affirmer que la liberté n'est pas absolue¹⁶⁶, voire qu'elle n'a pas la portée étendue reconnue aux parties lors de la conclusion d'un contrat de droit privé. Les normes de droit public peuvent limiter la détermination des contractants¹⁶⁷.

Cette analyse a été mise en évidence dans l'exposé des motifs de loi 80 de 1993 : « il est pertinent de rappeler que la liberté contractuelle qui a été proposée, n'est pas absolue ; elle est limitée par l'intérêt public ; le contrat sera ainsi soumis aux clauses exceptionnelles au droit commun. La liberté sera aussi limitée par les règles de sélection du cocontractant car l'administration publique ne peut pas avoir une pleine liberté à l'égard des modes de passation du contrat. Il y a également des restrictions relatives à la concurrence. C'est pour cela qu'on peut affirmer que le postulat de l'autonomie ne peut pas régler les domaines qui appartiennent exclusivement au droit public en raison de l'intérêt public qui est à la base. Les limites sont déterminées par les normes juridiques figurant dans le projet de loi »¹⁶⁸.

Le Conseil d'État a souligné pour sa part que les limites à la liberté contractuelle des personnes publiques ne peuvent résulter que de la loi¹⁶⁹. Le législateur est le seul qui peut restreindre l'autonomie de la volonté des parties en matière de contrats publics¹⁷⁰, solution qui n'est même pas nouvelle au droit commun puisque les articles 1518, 1519, 1523 et 1524 du Code civil interdisent les stipulations contraires à la loi ou au « droit public de la nation » (art. 1519 *ibidem*).

Le problème se pose lorsqu'on essaie de vérifier les règles de la loi 80 de 1993 qui portent sur la modification du contrat administratif. Le législateur s'est occupé des divers sujets qu'on a déjà énoncé : la notion du contrat administratif, les pouvoirs exceptionnels, l'équilibre financier des parties, mais spécialement, les modes de

¹⁶⁶ Conseil d'État, ordonnance du 23 août 1991, req. 6582.

¹⁶⁷ La réglementation administrative, notamment en matière financière, peut parfois signifier la limitation de cette liberté, comme c'est le cas des pouvoirs de l'intervention économique de l'État (art. 334, alinéa 2 de la Constitution).

¹⁶⁸ Exposé des motifs de la loi 80 de 1993, GC n° 75, 23 sept. 1992.

¹⁶⁹ Le Conseil d'État a insisté sur le fait que : « la liberté contractuelle des organismes n'est pas absolue, ni correspond à celle des individus ; l'administration est tenu d'accorder les conditions particulières du contrat, sans perdre de vue que la nature du contrat passé est irrémédiablement liée aux principes de droit public... » Conseil d'État, avis du 6 avril 2000, req. 1263. Dans le même sens : avis du 25 avril 2002, req. 1417..

passation du contrat. Les procédures de mise en concurrence regroupent la plupart des règles qui portent sur l'action contractuelle de l'État. En revanche, l'exécution du contrat et spécialement la modification, semblent être oubliées. Au-delà de l'article 40 de la loi 80 qui prévoit un plafond financier, il nous semble que la modification conventionnelle n'a pas de limites. L'article 16 a reconnu pour sa part, une large marge de manœuvre à l'administration pour modifier la portée des prestations. Si le législateur a gardé le silence face aux limites de l'autonomie de la volonté des parties, il est aisé de conclure que les limites n'existent pas.

La doctrine n'a jamais abordé ce sujet. Les auteurs se sont bornés à reprendre les deux normes de la loi 80 de 1993, sans s'interroger (jamais) sur les limites de la modification. Les organismes publics ont évidemment choisi d'agir sans aucune restriction. En définitive, l'absence de réglementation a signifié la réaffirmation de la modification sans restrictions.

Dans cette première section nous avons décidé d'aborder l'évolution historique et idéologique du droit des contrats administratifs, pour bien comprendre le contexte dans lequel se présente la question de la modification. L'évolution vers le néolibéralisme et la création d'un régime mixte au cœur du droit des contrats publics, semble avoir produit des effets néfastes en ce qui concerne l'exécution des contrats et la démarche modificative : la déréglementation du droit public a permis aux parties et, encore plus contestable, au juge administratif, de transposer la liberté contractuelle du droit privé aux contrats passés par l'État. Les solutions de la jurisprudence qu'à notre avis portent atteinte aux principes d'égalité, d'économie, de transparence et de libre concurrence, ne sont pas rares.

La modification du contrat a été oubliée par les sources de droit public en Colombie. À l'heure actuelle il n'y a pas de dissertations sérieuses concernant la modification des contrats, ce qui justifie davantage la réalisation de cette recherche.

¹⁷⁰ Conseil d'État, arrêt du 7 octobre 2009, req. 18509.

SECTION 2 : DOMAINE DE LA RECHERCHE, MÉTHODE ET ENJEUX

La recherche doit être délimitée (**A**), pour pouvoir déterminer les objectifs poursuivis et la méthode d'étude (**B**).

A. Délimitation de l'étude

La recherche portera sur la modification du contenu des contrats (**1**) ayant pour objet la réalisation de travaux publics (**2**).

1. La portée de la modification

L'étude est centrée sur la modification intervenant après la conclusion du contrat (**a**), relative au contenu (**b**).

a) La modification du contrat

La modification du contrat doit être distinguée de la modification de l'offre qui a lieu avant la conclusion de la convention. Cette dernière ne sera pas abordée par cette étude, d'abord parce qu'il serait inexact de parler de modification du contrat lorsque le contrat n'a pas été encore conclu. Même si la modification de l'offre peut avoir une portée plus large en France où les soumissionnaires peuvent présenter des « variantes » ou des « options »¹⁷¹ au moment du dépôt de l'offre, en Colombie ces possibilités sont interdites, ce qui restreint leur champ d'étude.

¹⁷¹ C. Emery, « Le régime de la modification des marchés publics avant leur notification », *JCP*, 1999.I.119.

Il faut remarquer que dans le cadre de cette analyse, seront abordées les modifications conventionnelles, c'est-à-dire celles qui proviennent de l'accord des parties, aussi bien que la modification unilatérale décidée par les personnes publiques.

L'analyse des causes de la modification, c'est-à-dire des événements indépendants de la volonté des parties, anormaux et imprévisibles qui donnent lieu à la modification des obligations sera également traitée. Tel est le cas du fait du prince¹⁷² et spécialement de la théorie de l'imprévision¹⁷³ ou qu'en droit public colombien est à la base de la plupart des modifications contractuelles.

Les cas des événements qui ne produisent qu'une augmentation excessive des coûts d'exécution du contrat vont également retenir notre attention. Bien que le bouleversement de l'équilibre financier ne donne lieu qu'au versement d'une compensation économique, en Colombie la distinction entre les figures de la modification et l'indemnisation a disparu ce qui a permis que les parties soient libres d'en choisir, ou ce qui est le pire, d'accorder en même temps les deux instruments lorsqu'un événement a une incidence négative sur les conditions économiques. En dehors de ces pratiques déraisonnables, mais normales, le choix habituel de convenir des modifications a pour conséquence la dilution de l'obligation prévue par les articles 4, 5 et 27 de la loi 80 de 1993 d'évaluer l'impact économique de l'événement (l'évaluation du dommage si nous parlons de la responsabilité contractuelle). Les parties peuvent ainsi convenir un montant de manière plus ou moins arbitraire. La liberté des parties est si étendue que l'analyse de l'incidence sur conditions financières prévues lors de la conclusion du contrat n'est même pas nécessaire ; n'importe quelle variation économique, même insignifiante, donne lieu à l'augmentation du prix du contrat. C'est pour cela que le bouleversement de l'équilibre financier est l'un des sujets essentiels de cette étude.

¹⁷² Voir : Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif général*, t.I, LGDJ, 2002, n° 1485 et L. Richer, *Droit des contrats...*, *op. cit.*, n° 441.

¹⁷³ Voir : J. Antoine, « La mutabilité contractuelle née de faits nouveaux extérieurs aux parties », *RFDA*, 2004.80 ; J. Savatier, « La théorie de l'imprévision dans les contrats », in *Travaux et recherches de l'Institut de Droit comparé de l'Université de Paris*, t.15, Sirey, 1959 et L. Vidal, *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, thèse Paris I, 2003, Bruylant, 2005.

Pour les mêmes raisons, la *révision*¹⁷⁴ pour imprévision, qui conduit la plupart des cas à la passation de conventions de modification fera l'objet de notre réflexion. Les notions voisines d'ajustement, d'actualisation et d'indexation seront également abordées.

b) La modification du contenu

Lorsque le contrat est conclu, la modification peut porter sur deux éléments : le contenu et l'identité des parties. La recherche ne porte que sur le premier car il regroupe l'ensemble de litiges et de débats qui ont eu lieu en droit administratif colombien. La mutabilité de l'objet, du prix, de la durée et des obligations lorsqu'il y a –ou non– un changement des conditions présentes lors de la passation du contrat, seront les sujets qui vont nous occuper. La cession du contrat sera en revanche exclue, car elle ne soulève pas de difficultés théoriques et pratiques.

Il n'y a qu'une observation à cet égard qui mérite notre attention. Les causes légales qui obligent à céder le contrat (bien évidemment en excluant les cas où le cocontractant veut la cession du fait de sa propre initiative) sont au nombre de deux :

- L'apparition de l'un des événements qui portent atteinte à la règle de désintéressement (régime d'incapacités) et,
- L'inexécution définitive des obligations du cocontractant.

Selon l'article 18 de la loi 80 de 1993, « si l'entité considère que la déchéance du contrat n'est pas pertinente, elle est tenue d'adopter les mesures de contrôle et d'intervention nécessaires pour assurer l'exécution de l'objet du contrat ». C'est sur la base de cette norme que la cession est souvent utilisée. Dans les cas de

¹⁷⁴ L'article 4 de la loi 80 de 1993 dispose que les personnes publiques ont, parmi d'autres, l'obligation d'« adopter les mesures nécessaires afin de préserver, pendant le l'exécution et la réalisation du contrat, les conditions techniques, économiques et financières existantes au moment de la présentation de l'offre dans le cas des licitations... Pour cela, les mécanismes d'ajustement et de

responsabilité du cocontractant pour l'inexécution définitive de ses obligations, les parties conviennent de céder le contrat pour éviter les sanctions que la déchéance entraîne pour le cocontractant. La déchéance est conçue comme une forme de résiliation du contrat pour qu'un autre entrepreneur assure la gestion du service public concerné, mais également comme une sanction du cocontractant. Pourtant la possibilité de céder a conduit à l'impunité de celui-ci à l'égard de la situation d'inexécution. L'article 18 semble se référer à des mesures de contrôle par rapport au même cocontractant (ce qui exclut la possibilité de cession), mais l'absence d'analyse de la doctrine et de la jurisprudence a permis que la cession soit convenue de manière valide. Il convient de citer ici l'un des contrats des plus importants de la dernière décennie en matière de travaux publics : la construction du réseau routier de la ville de Bogota. Malgré les conséquences catastrophiques de l'inexécution du contrat pour les transports en commun, l'administration locale a estimé qu'une sanction du cocontractant n'était pas pertinente, c'est pourquoi, elle a accordé une cession. La situation d'impunité a attiré l'attention des habitants de la ville qui ont demandé une enquête criminelle ; la plupart des agents concernés ont été sanctionnés en raison de la corruption et de la convention occulte des parties qui était à la base de la décision de cession.

2. Les contrats de travaux publics

Il convient de définir finalement les contrats qui seront abordés par cette recherche nous décidant pour ceux qui ont pour objet la réalisation de travaux publics¹⁷⁵, pour deux raisons simples mais concluantes.

révision des prix seront utilisés et les procédures de révision et de correction de ces mécanismes seront appliqués, si les conditions [économiques] prévues [par les parties]... échouent ».

¹⁷⁵ Les travaux publics font référence à toutes les activités de construction d'infrastructures ou d'édifications promues par l'administration publique (par opposition aux travaux privés) visant à l'amélioration de la qualité de vie de la communauté. Parmi les principaux travaux publics, l'on trouve : 1) Les infrastructures de transport, y compris le transport routier (routes, autoroutes, etc.), maritime ou fluvial (ports, canaux, etc.), aérien (aéroports, etc.), ferroviaire et le transport par pipeline ; 2) Les infrastructures hydrauliques (barrages, réseaux de distribution, etc.) ; 3) Les infrastructures urbaines, y compris les rues, les parcs, l'éclairage des rues, etc. ; et 4) Les bâtiments publics pour l'éducation, la santé ou d'autres. P. Rodríguez-López, « Guía práctica de obra pública: el

Tout d’abord, parce qu’ils ont la plus grande incidence sur la situation économique du pays –ce qui ne signifie pas qu’ils soient les plus utilisés–. L’exécution de travaux en tant que forme d’investissement, est liée toujours au développement économique des pays, d’ailleurs défini comme la capacité de produire de la richesse afin de promouvoir et de soutenir la prospérité et le bien-être économique et social des habitants¹⁷⁶.

Les contrats de travaux publics sont encore plus importants, lorsqu’on observe le niveau de précarité de l’infrastructure du pays. Ces contrats sont l’axe le plus important autour duquel doit tourner l’action administrative pour atteindre le progrès socio-économique de la nation. Tel est le cas des contrats portant sur l’infrastructure des transports routiers, qu’à l’heure actuelle ne comprend que 164.000¹⁷⁷ km, dont seulement 24% sont asphaltées¹⁷⁸. C’est pour cela qu’on parle d’un retard de 40 à 50 ans en matière d’infrastructures routières et portuaires en Colombie¹⁷⁹.

contrato de obra y el contrato de concesión pública » [*Guide pratique des travaux publics : le contrat d’ouvrage et le contrat de concession publique*], Aranzadi, Madrid. 2009. Voir également : E. Vargas, « Las obras publicas » [*Les Travaux Publics*], Edit. Gustavo Ibáñez, Bogota, 2011.

¹⁷⁶ I. Aguilar, « Principios de desarrollo económico » [*Principes de développement économique*], 2^{ème} éd., Ecoe, Bogotá, 2010, p. 26.

¹⁷⁷ Composés par 16.776 km du réseau primaire à la charge de la Nation (13.296 km gérés par l’Instituto Nacional de Vías [*Institut National des Routes*] et 3.380 km donnés en concession) et 147.500 km entre le réseau secondaire et tertiaire à la charge des collectivités territoriales (72.761 km des départements, 34.918 km des communes, 27.577 km de l’*Instituto Nacional de Vías* et 12 251 km donnés en concession). Source : *Instituto Nacional de Vías* – INVIAS.

¹⁷⁸ La précarité est évidente par rapport au réseau routier français qui regroupe près de 950.000 km de voies diverses gérées, selon le type de voie, par l’État et les collectivités territoriales, ainsi que par des sociétés concessionnaires. D’après A. Guillerme, « Chemins, routes et autoroutes », *Cahiers de médiologie*, n° 2, 1996 et le décret du 5 décembre 2005, il se répartit comme suit :

Gestionnaire	Voies concernées
État (ministère de l’Écologie, de l’Énergie, du Développement durable et de l’Aménagement du territoire)	Routes nationales (11.800 km) et autoroutes non concédées (1.100 km)
Départements	Routes départementales (377.000 km)
Communes	Voirie communale (550.000 km)
Sociétés concessionnaires	Autoroutes à péage (7.850 km)

¹⁷⁹ J. Sórzano, président de la « Federación Colombiana de Transportadores de Carga por Carretera » [*Fédération Colombienne des Transporteurs de Fret Routier*] lors du débat *Al Ruedo* de Prisma TV de l’Université Nationale de Colombie. Bogota, 13 décembre 2010.

En outre, les contrats de travaux publics sont les seuls dont l'exécution –dans laquelle s'inscrit la modification– a donné lieu à des litiges ; en d'autres termes, c'est sur ces contrats que le débat doctrinal et jurisprudentiel s'est concentré. En raison de la complexité technique des travaux et de la longueur prévue pour la réalisation des ouvrages, ces contrats posent le plus grand défi en ce qui concerne l'adaptabilité des stipulations. Ce n'est pas le cas, par exemple, d'un bail conclu par l'administration qui n'a jamais besoin d'un réaménagement de contenu.

Si les contrats de travaux publics sont au centre de la recherche, il convient donc, nous référer aux types précis créés par le législateur colombien : d'abord, les contrats d'ouvrage public **(a)** et ensuite, les concessions d'ouvrage **(b)**.

a) Les contrats d'ouvrage public

Les contrats d'ouvrage public sont rapprochés des marchés publics de travaux du droit français qu'il convient d'examiner brièvement pour assurer la compréhension de l'instrument de droit colombien.

Les marchés sont les contrats conclus à titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 du CMP et des opérateurs économiques publics ou privés, pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services. Les marchés publics de travaux sont définis, pour sa part, comme ceux « conclus avec des entrepreneurs, qui ont pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution d'un ouvrage ou de travaux de bâtiment ou de génie civil répondant à des besoins précisés par le pouvoir adjudicateur qui en exerce la maîtrise d'ouvrage. Un ouvrage est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique » (article 1^{er} du Code des marchés publics de 2006).

À ce propos, plusieurs remarques s'imposent. En premier lieu, les marchés portant sur la réalisation de travaux publics ne relèvent pas toujours de la catégorie

des marchés publics. La notion de marché de travaux publics est à certains égards plus large que celle de marché public de travaux en raison par exemple de la qualité du maître d'œuvre (les marchés de travaux publics passés par des EPIC de l'État). Un autre cas de non-coïncidence est celui du marché d'entreprise de travaux publics (METP) qui n'est pas un marché de travaux publics parce qu'il a pour objet la gestion d'un service public, alors qu'il est néanmoins un marché public soumis au CMP. Cependant, ce qui nous intéresse, c'est le marché public qui découle de la définition légale citée.

Il nous semble pertinent d'aborder les trois éléments qui composent la définition française. D'abord l'objet du contrat : pour qu'un marché se voie reconnaître la qualité de marché de travaux publics, il faut qu'il ait pour objet l'exécution de travaux publics, ce qui a été complété par la jurisprudence dans le cas des accords complexes qui ne comportent qu'un élément de travail public. C'est le cas d'un contrat qui porte à la fois sur des travaux et des fournitures qui est considéré comme un marché de travaux (CE, 11 juin 1951, *Allard*, Rec. CE, p. 327 ; TC, 21 novembre 1928, *Lagarde*, Rec. CE, p. 1208) et d'un contrat portant sur la réalisation de travaux publics incluant dans son objet la fourniture de matériel et une prestation de services (TC, 23 octobre 2000, *Soc. Solycaf c/ EDF-GDF*¹⁸⁰). Deuxièmement, les parties contractantes : seuls les contrats dont une des parties est une personne publique sont des marchés de travaux publics, bien que ce principe connaisse aujourd'hui des atténuations¹⁸¹. Finalement, la rémunération du cocontractant : le CMP exige que l'entrepreneur soit rémunéré par un prix, qui peut être complété par

¹⁸⁰ RD imm. 2001, p. 61, obs. F. Llorens et P. Soler-Couteaux : « Cons. que pour les besoins d'un bâtiment affecté aux services d'EDF et GDF, ces établissements publics ont conclu un contrat qui n'a pour seuls objets la fourniture de matériels et le contrôle de leur fonctionnement, mais consiste en l'exécution de travaux à caractère immobilier visant à économiser l'énergie et à la mise en place d'un système de télégestion ; qu'un tel contrat comporte la réalisation de travaux sur des immeubles pour le compte de personnes publiques et dans un intérêt général ; qu'il a ainsi le caractère d'un marché de travaux publics, alors même que les travaux dont il prévoit la réalisation affectent une installation de chauffage existante ».

¹⁸¹ Un marché portant sur un travail public peut être un marché de travaux publics même s'il est conclu entre deux personnes privées dans les cas de la théorie du mandat exprès : quand l'une des personnes privées contractantes est mandataire d'une personne publique, l'on comprend que la personne publique est directement partie au contrat ; le juge considère que la personne privée agit au nom et pour le compte de la personne publique (CE, 2 juin 1961, *Leduc*, Rec. CE, p. 365, concl. G. Braibant) et dans le cas des contrats conclus « pour le compte » d'une personne publique (CE, 30 mars 1975, *Société d'Équipement de la Région montpelliéraine*, AJDA 1975, p. 361) entre autres.

d'autres recettes. D'après la jurisprudence, le mode de rémunération peut également être constitué par une prestation en nature (CE, 18 mars 1988, *Société civile des Néo-Polders*) mais non pas, de manière substantielle, par des redevances ou plus largement par des résultats d'exploitation ; si tel est le cas, le contrat doit être qualifié de délégation de service public (CE, 15 avril 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de Lambesc*, Rec. CE, p. 137).

En droit colombien, le marché de travaux publics correspond au « contrat d'ouvrage », défini par l'article 32 de la loi 80 de 1993 comme le contrat passé par les organismes de l'État « pour la construction, l'entretien, l'installation et, en général, pour la réalisation d'un travail quelconque sur des biens immobiliers, quel que soit le mode d'exécution et de paiement ».

Cette notion n'a guère soulevée de controverses¹⁸². La caractéristique principale de ce contrat est l'exécution de l'une –ou de plusieurs– des activités citées, moyennant un prix qui provient des fonds publics.

La définition colombienne admet un concept assez large d'ouvrage en incluant :

1. Les travaux de première édification et d'aménagement ou de grande réparation. Les premiers font référence aux opérations qui donnent lieu à la création de l'immeuble tandis que l'aménagement est relatif à l'ensemble des travaux d'expansion, d'amélioration, de modernisation, d'ajustement, d'adaptation ou de renforcement de biens immobiliers déjà existants.
2. Les travaux de réparation simple, c'est-à-dire ceux estimés nécessaires pour corriger la détérioration de biens immobiliers par des causes imprévisibles.
3. Les travaux de conservation et d'entretien, pour corriger les effets du temps.

¹⁸² Les références à la notion de marché public au sein de la jurisprudence administrative colombienne sont rares, limitées toujours à dire qu'il produit des obligations réciproques en faisant de lui un contrat synallagmatique dont les parties sont soumises à l'exécution des obligations qui sont à l'égard de chacun l'équivalent de l'avantage reçu. Conseil d'État, arrêt du 29 avril 1999, req. 14855.

4. Les travaux de démolition destinés à la destruction délibérée de l'immeuble.

Si la clarté, en ce qui concerne la notion, est un trait du contrat d'ouvrage public, il n'en va pas le même pour le contrat de concession d'ouvrage.

b) Les concessions d'ouvrage

Les concessions sont rapprochées des délégations des services publics du droit administratif français. En France, la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 dite loi « MURCEF », introduit dans la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 (dite loi « Sapin ») une définition de la délégation de service public : « un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée au résultat de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service ».

En droit français, la concession se caractérise donc par deux traits : l'objet consistant en la réalisation de travaux publics¹⁸³ (nous renvoyons à la notion large de travaux publics mentionnée ci-dessus) et le mode de rémunération du concessionnaire par une redevance ou une taxe perçue sur les usagers de l'ouvrage, même si elle ne constitue pas la seule source de rémunération dès lors qu'elle présente un caractère substantiel (CE, 15 avril 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône*, Rec. p. 137), ne faisant pas disparaître tout risque à supporter par le concessionnaire¹⁸⁴. Dans ce dernier cas,

¹⁸³ Bien qu'il existe une distinction entre les concessions de travaux publics et les concessions de service public, il est vrai que, dans la plupart des cas, ce sont à la fois des concessions de travaux et de service public, c'est-à-dire une convention mixte. C'est le cas des concessions de distribution publique d'eau potable ; de distribution de gaz et d'électricité et de construction et d'exploitation d'autoroutes entre autres, mais il faut souligner que le Conseil d'État les a conçues comme des concessions de travaux (CE, 23 janvier 1959, *Commune d'Huez*, AJDA 1959, II, p. 65 : concernant un contrat par lequel une commune confie à une société l'installation et l'exploitation d'un remonte-pente entre deux villages. Voir également : CE, 6 février 1998, *Tête*, Rec. CE, p. 32) ou à l'inverse, sous la dénomination globale de concession de service public (CE, 24 janvier 1973, *Spiteri et Krehlo*, AJDA 1973, p. 496).

¹⁸⁴ CE, avis du 19 décembre 1995, *EDCE* 1996, n° 47, p. 430 : « les contrats par lesquels une collectivité locale confie à deux personnes distinctes la réalisation d'un ouvrage d'une part et

le contrat est d'une autre nature, peut-être un marché. En droit public français la différence fondamentale entre le marché public et la délégation de service public résulte du mode de rémunération convenu : pour un marché public, le paiement est intégral, immédiat et effectué par la personne publique, alors que pour une délégation de service public la rémunération est tirée de l'exploitation du service.

En Colombie, la doctrine, aussi bien que la jurisprudence, semblent avoir une idée similaire de la concession. S. Montes et P. Mier estiment que « la concession est un moyen de participation du secteur privé à la gestion de l'État : on déplace vers le secteur privé la gestion, mais pas la fonction elle-même qui appartient encore à l'État »¹⁸⁵.

Pour le Conseil d'État colombien la concession un mode de gestion en vertu duquel « une personne publique concédante octroie à une personne privée, le concessionnaire, un service public pendant un certain temps... en échange du droit à obtenir une rémunération des usagers »¹⁸⁶. Il a ainsi considéré que « ce contrat vise à encourager la participation privée à des projets d'infrastructure, où le concessionnaire est un partenaire de l'administration qui, en tant qu'investisseur et développeur du projet, exécute le contrat en échange d'une rémunération qu'il obtient de l'exploitation de la route »¹⁸⁷.

La Cour Constitutionnelle est encore plus explicite, sur le point de la rémunération : l'un de ses éléments essentiels de la concession est le financement

l'exploitation de cet ouvrage, d'autre part, moyennant une rémunération perçue sur les usagers de l'ouvrage constituent une concession de travaux publics, d'une part et de service public, d'autre part. Les aides que la collectivité est susceptible d'apporter à l'un des ses cocontractants pour le prémunir contre la défaillance de l'autre sont sans effet sur cette qualification, sous réserve qu'elles ne rendent pas fictive sa rémunération par l'utilisateur ».

¹⁸⁵ S. Montes et P. Mier, « Marco normativo de la contratación estatal en general, la contratación de obras publicas en infraestructura del transporte y la regulación sobre concesiones en el sector transporte » [*Cadre normatif des contrats de l'État en général et la passation de contrats de travaux publics dans l'infrastructure des transports et la régulation des concessions dans le secteur transports*], Revista de Derecho Público, n° 11, Universidad de Los Andes, juin 2000.

¹⁸⁶ Conseil d'État, avis du 12 avril 2000, req. 1272.

¹⁸⁷ Conseil d'État, avis du 15 août 2002, req. 1429.

privé du projet¹⁸⁸ : les revenus produits par l'ouvrage donné en concession sont perçus par le concessionnaire jusqu'à ce qu'il obtienne, dans le délai spécifié dans le contrat, le retour de l'investissement. Cela signifie que le concessionnaire doit assumer, au moins partiellement, les risques qui découlent de la gestion concernée¹⁸⁹.

Au sein d'un système aussi légaliste que le système colombien, il est logique que la notion de concession relève du domaine de la loi, c'est pourquoi l'article 32 du statut général indique que : « sont des contrats de l'État (...) 4^o Les contrats de concession. Les contrats de concession sont ceux conclus par les organismes de l'État octroyant à une personne appelée concessionnaire la gestion, l'exploitation, l'organisation ou la gestion de tout ou partie d'un service public, ou la construction, l'exploitation ou la conservation de tout ou partie d'un ouvrage ou d'un bien destinés au service ou à l'usage public, ainsi que toutes les activités nécessaires pour la gestion ou fonctionnement adéquat de l'ouvrage ou service, aux risques et périls du concessionnaire et sous la vigilance et le contrôle de l'entité concédante. En échange, l'administration garantit une rémunération qui peut consister en droits, tarifs, taxes, valorisation, le résultat de l'exploitation du bien, ou en une somme périodique, unique ou partielle, ou n'importe quelle modalité convenue par les parties ».

À notre avis, cette disposition présente des avantages et des inconvénients. Des avantages parce qu'elle précise les trois types de concessions reconnus par le

¹⁸⁸ Cour Constitutionnelle, arrêts C-250 du 6 juin 2006 ; C-350 du 29 juillet 1997 ; C-815 du 2 août 2001 ; T-838 du 10 octobre 2002 et C-068 du 10 février 2009.

¹⁸⁹ Dans les arrêts rendus par la jurisprudence administrative colombienne, il est très courant de citer des auteurs étrangers qui fournissent une notion de la même portée. C'est le cas du professeur E. Sayagués-Laso (Uruguay) qui voit la concession comme « un acte par lequel l'administration confie à une personne la construction d'un ouvrage public en l'habilitant temporairement à percevoir certaines sommes de ceux qui l'utilisent comme un moyen d'en financer le coût. Deux éléments essentiels composent cette définition : a) La construction d'un ouvrage public ; b) Le financement par le concessionnaire, mais le remboursement par les usagers-tiers à travers le paiement d'une somme, communément appelée péage. Le deuxième élément distingue clairement la concession d'un marché public de travaux, parce qu'en lui, la rétribution du cocontractant consiste en un prix » E. Sayagués-Laso, « Tratado de Derecho Administrativo » [*Traité de Droit Administratif*], Montevideo, 1959, p. 559. Dans le même sens M. Colmeiro affirme : « l'effet de toute concession est d'imposer à un individu ou entreprise l'obligation de construire et de conserver à ses risques et périls un ouvrage public, en octroyant pour une période déterminée un certain privilège relatif à l'usage général qui implique couramment la perception de frais de transit, dont le produit rembourse le capital » M. Colmeiro, « Derecho Administrativo Español » [*Droit Administratif Espagnol*], 2^{ème} éd., 1958, p. 40.

droit public colombien : les concessions d'ouvrage¹⁹⁰, les concessions de services publics¹⁹¹ et celles prévues pour l'exploitation des biens de l'État¹⁹². Des inconvénients, en raison de la dénaturation de l'un des éléments essentiels de la concession : la rémunération du concessionnaire.

Si l'élément essentiel de la concession est le financement privé du projet et le mode de rémunération par une redevance ou une taxe perçue sur les usagers de l'ouvrage, l'article cité a permis la rémunération du concessionnaire par un prix ou « somme périodique » versée par la personne publique. Enfin, le législateur a admis « n'importe quelle modalité [de paiement] convenue par les parties ». Quelle est alors la différence entre les marchés publics de travaux et les concessions ?

L'imprécision de la norme est compréhensible si l'on considère les antécédents de la concession dans les statuts des contrats précédents. Dans le décret 222 de 1983, elle a été définie comme une forme de rémunération des marchés publics de travaux, réglementation qui a d'ailleurs découragé la participation du secteur privé dans les grands projets d'intérêt public. L'article 82 du décret, relatif aux modes de paiement des marchés publics de travaux, indiquait que « selon le mode de paiement, les contrats d'ouvrages sont passés :

1. À prix forfaitaire.
2. À prix unitaires, déterminés par le montant de l'investissement.

¹⁹⁰ Il est pertinent de reprendre la notion d'ouvrage public en droit colombien pour conclure que la concession d'ouvrage fait référence au contrat qui a pour objet la construction, l'exploitation et la conservation de tout ou partie d'un travail avec de telles caractéristiques. Les concessions d'ouvrage sont régies par la loi 105 de 1993 portant sur le « statut national des transports ».

¹⁹¹ Il s'agit de la concession passée pour la gestion, l'exploitation, l'organisation ou la gestion de tout ou partie d'un service public. Dans cet accord, l'État concède à une personne le droit à fournir, opérer, exploiter ou organiser un service public ; par conséquent, la personne intervient directement dans le déroulement de l'activité matière du service public comme il arrive, par exemple, dans les cas des contrats d'approvisionnement en énergie électrique. D'autres exemples : concession de téléphonie fixe nationale et internationale (art. 34 loi 80 de 1993 et décret 2122 de 1992) ; concession des services de radiodiffusion sonore (art. 35 loi 80 de 1993 et art. 75 de la Constitution) et la concession des services postaux (art. 37 loi 80 de 1993).

¹⁹² « Le contrat de concession... est conclu... également pour l'exploitation des biens ou des activités qui sont constitutionnellement ou légalement attribuées à l'État ou à une autre personne publique car, après tout, quelle que soit leur nature, elles auront toujours un but de service public » Conseil d'État, arrêt du 19 juin 1998, req. 11101. Voir également : art. 76 loi 80 de 1993 et loi 685 de 2001 portant sur le « Code des mines ».

3. Par le système de l'administration déléguée.
4. Par le système de remboursement des frais et des honoraires et
5. Par l'octroi de concessions ».

Cela veut dire que sous le décret 222 de 1983, la concession n'avait même pas la qualité de contrat¹⁹³. Il s'agissait d'un mode de paiement des marchés publics de travaux.

Finalement, la loi 105 de 1993 portant « statut national des transports », a corrigé les inexactitudes du statut contractuel (la loi 105 a été promulguée après l'entrée en vigueur de la loi 80 de 1993), en estimant que dans les contrats de concession « les revenus produits par l'ouvrage donné en concession, seront entièrement attribués au concessionnaire privé, jusqu'à ce qu'il obtienne dans le délai stipulé dans le contrat de concession, le retour du capital investi » (article 30).

La loi 105 a finalement introduit dans la définition de concession deux nouveaux éléments qui ont marqué la différence entre celle-ci et les contrats d'ouvrages (ou marchés public de travaux) : 1) le concessionnaire investit du capital dans le projet en finançant totalement ou partiellement le coût ; et 2) la rémunération est obtenue du produit de l'exploitation de l'ouvrage.

En dépit de la prévision de la loi 105 de 1993, l'administration a cependant continué à convenir n'importe quel mode de rémunération suivant l'article 32 du statut général des contrats. C'est pour cela que les concessions ayant une rémunération qui n'est pas liée au résultat de l'exploitation de l'ouvrage ne sont pas rares. Cela a été le cas des contrats 089, 090 et 403 de 2000 passés par l'Institut de développement urbain, IDU, pour la construction de la première étape du système de transport en commun Transmilenio dans la ville de Bogota, qui ont été appelés contrats de concession bien que les parties ont convenu une rémunération totale consistant en un prix. Toutefois, cet aspect n'a jamais été contesté par le juge administratif ni par la doctrine.

¹⁹³ Voir également : arts. 102 et suiv. du décret 222 de 1983 relatifs aux « marchés des travaux par le système de concession ».

Il faut préciser, finalement, qu'en droit colombien il n'existe pas une notion des contrats de partenariat public-privé au sens du droit français. En France l'article 1^{er} de l'ordonnance 2004-559 du 17 juin 2004¹⁹⁴ précise qu'il s'agit d'un accord de longue durée, déterminé en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, par lequel une personne publique confie à un entrepreneur une mission globale liée au financement, à la réalisation, à l'entretien, à l'exploitation ou à la gestion d'investissements matériels (par exemple la construction d'un bâtiment) ou immatériels (services informatiques, etc.) et, le cas échéant, à d'autres prestations de services concourant à l'exercice par la personne publique de la mission de service public dont elle est chargée (l'entrepreneur peut également se voir confier tout ou partie de la conception des ouvrages concernés) et présentant des modalités de rémunération originales pouvant être étalées sur toute la durée du contrat, être liées à des objectifs de performances ou de disponibilité du bien ou du service concerné et intégrer, le cas échéant, des recettes annexes. Les paiements ainsi versés par la personne publique permettent de couvrir les coûts d'exploitation, le remboursement de la dette souscrite pour financer l'investissement en cause et de rémunérer le capital investi par le partenaire privé.

En France, le partenariat est un nouveau type de contrat différent des marchés publics et des délégations de service public, mais qui partage certains éléments avec ceux-ci : il reprend du marché public le principe du paiement public, mais en admettant la possibilité de recourir à des paiements échelonnés et au crédit-bail et, de la délégation de service public, l'étalement de la charge financière et le transfert (même partiel) des risques à l'opérateur privé mais qui, à la différence de la délégation, laisse à la charge de la personne publique et non de l'utilisateur la rémunération de son partenaire et la responsabilité du service public concerné.

¹⁹⁴ Modifiée par la loi n°2008-735 du 28 juillet 2008 relative aux contrats de partenariat et par l'art. 14 de la loi n° 2009-179 du 17 février 2009 pour l'accélération des programmes de construction et d'investissement publics et privés.

En droit colombien les définitions des marchés publics et surtout des concessions sont aussi étendues, que même si la catégorie de partenariat n'est pas explicitement reconnue, une convention avec les caractéristiques d'un partenariat public-privé est possible. Compte tenu du fait que l'objectif de ce travail n'est pas d'encourager la transposition de la définition française, la recherche ne portera pas sur ce type contractuel. Seuls les marchés de travaux et les concession d'ouvrage seront abordés par cette étude.

B. La méthode et les objectifs et de la recherche

Pour la préparation de cette recherche, nous avons choisi une méthode particulière (1) qui permettra la réalisation des objectifs d'analyse du droit de la modification des contrats administratifs en Colombie (2).

1. La méthode

Cette étude utilise une méthode analytique¹⁹⁵, essentiellement inductive¹⁹⁶. La modification des contrats administratifs est encore un domaine inexploré, bien qu'elle soit accordée dans la plupart des contrats passés par les autorités publiques.

En tant que recherche documentaire¹⁹⁷, elle sera abordée sur la base des textes constitutionnels, législatifs et réglementaires concernés, mais aussi des arrêts rendus par la jurisprudence. C'est pour cela que les décisions du Conseil d'État, de la Cour Constitutionnelle, de la Cour Suprême de justice, voire des tribunaux administratifs,

¹⁹⁵ L'analyse est la décomposition de quelque chose en ses éléments. La méthode analytique consiste à séparer les parties d'un ensemble pour les étudier individuellement. M. Rosado, « Metodología de investigación y evaluación » [*Méthode de la recherche*], Mad, S.L., Sevilla, 2006.

¹⁹⁶ La méthode inductive fait référence à celle qui part des données particulières pour en tirer des conclusions générales. R. Hernández-Sampieri, « Fundamentos de la metodología de la investigación » [*Fondements de la méthode de la recherche*], McGraw-Hill / Interamericana de España, Madrid, 2007.

¹⁹⁷ Opposées aux recherches pratiques ou de laboratoire. M. Rosado, *op. cit.*, p. 24.

s'avèrent essentielles à cet égard. Bien que rares, les contributions de la doctrine colombienne seront également analysées.

Il faut remarquer que la thèse a une approche critique qui mettra en doute quelques décisions de l'administration et du juge administratif à ce sujet, ce qui nous conduit à l'étude des solutions notamment du droit français, mais aussi du droit argentin et espagnol. L'influence du droit français dans la construction du droit administratif colombien ne fait aucun doute¹⁹⁸. Les notions du droit colombien sont, la plupart des cas, une transposition des solutions du droit français, c'est pourquoi celui-ci sera au centre de nos analyses.

Pourtant, il ne s'agit pas d'une recherche du droit français qui, en raison de son histoire et évolution particulière et de l'influence du droit de l'Union européenne, pose des défis tout-à-fait différents aux colombiens. Il ne s'agit pas non plus d'un travail de comparaison entre ces systèmes juridiques, bien que les références du droit français seront abondantes. La thèse est limitée à l'étude de la modification des contrats administratifs en Colombie avec des éléments d'analyse fournis, le cas échéant, par le droit français.

2. Les objectifs de la recherche

Il n'est pas surprenant qu'au sein du droit administratif colombien, de forte tradition légaliste, l'absence de prévisions explicites sur certaines matières soit interprétée comme une autorisation d'agir. Tout ce qui n'est pas règlementé par une norme spécifique, n'est pas règlementé du tout, c'est pourquoi l'application du droit privé et la liberté contractuelle des parties sont admises de manière étendue en droit administratif¹⁹⁹.

¹⁹⁸ L. Rodríguez, « Derecho administrativo. General y colombiano » [*Droit administratif Général et colombien*], Temis, Bogotá, 2001, p. 16.

¹⁹⁹ Il ne faut pas oublier que les agents publics sont toujours soumis au principe de légalité qui les empêche d'agir si la loi ne le prévoit explicitement (arts. 6, 121 et 122 de la Constitution).

On peut noter la mauvaise interprétation du principe de légalité qui découle des articles 6, 121 et 122 de la Constitution de 1991 qui déterminent que les agents ne peuvent qu'exercer les fonctions explicitement prévues auparavant²⁰⁰ ; ils sont d'ailleurs responsables de la violation des dispositions dans l'exercice de leurs fonctions²⁰¹. Les particuliers sont soumis en revanche au régime d'interdictions indiquées par les normes juridiques ; l'action des personnes privées est déterminée par la liberté d'en agir, sauf dans le cas où la Constitution ou la loi prévoient que la liberté est soumise à certaines conditions.

Le problème se pose lorsque les principes de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle sont reconnus aux personnes publiques, car elles considèrent que désormais leur action n'est plus soumise au droit public. La modification des contrats est l'un des cas où les effets de cette interprétation résultent regrettables.

Le manque de clarté en ce qui concerne la notion et les limites de la modification est l'un des problèmes les plus graves à l'heure actuelle en droit administratif colombien. Une solution à cette situation s'avère nécessaire, voire indispensable et c'est pour cela qu'on a décidé d'aborder l'étude de ce sujet.

Malgré l'approche critique déjà soulignée, le but n'a pas été d'élaborer ou de proposer un autre système, ni une autre théorie pour la création d'un nouveau régime de la modification des contrats passés par l'État colombien. Il nous semble que la description de la façon d'agir des parties, des décisions du juge et des interprétations parfois contradictoires qui sont à la base des règles qui orientent la décision de modification, correspondre mieux au but de ce travail de recherche.

²⁰⁰ Conformément à l'article 6 de la Constitution de 1991, « les particuliers ne sont responsables devant les autorités que dans le cas d'infraction de la Constitution et la loi. Les agents publics le sont dans le même cas, ainsi que s'ils omettent d'accomplir leurs fonctions ou dépassent leurs attributions ».

²⁰¹ La jurisprudence administrative remarque l'importance des règles de compétence en droit colombien : « la compétence des autorités publiques est une partie essentielle de l'État de droit qui est à la base du système juridique et qui fonde d'ailleurs le principe de légalité qui détermine les limites de l'action des organismes... elle signifie que les agents publics ne peuvent intervenir que lorsqu'il existe une autorisation explicite de la Constitution et la loi » Conseil d'État, arrêt du 16 février 2006, req. 13414. Voir également : Conseil d'État, arrêt du 20 octobre 2005, req. 14579.

Les objectifs de notre analyse sont ainsi une « mise à nu » de la modification du contrat public pour en comprendre la nature et la logique au cœur du système juridique colombien.

Le plan de cette recherche est donc assez simple. D'abord, il faudra définir ce que l'on entend par modification (**Première Partie**), ensuite, il conviendra de préciser les limites de la définition (**Deuxième Partie**). Cette étude doit permettre d'écarter un certain nombre d'idées erronées sur la mutabilité des contrats administratifs, ce qui doit conduire à une meilleure compréhension de la modification et de sa portée.

PREMIÈRE PARTIE :

LA DÉFINITION DE LA MODIFICATION

Pour reprendre les mots autrefois exprimés par le professeur Malaurie : *définition* vient du verbe *finir*. On définit donc, quand on a fini. Et on s'oblige toujours à définir au moment où l'on commence.

À propos des problèmes de méthodologie de définition dans la science juridique, C. Eisenmann nous présente deux hypothèses pour déterminer le sens d'un concept. Il arrive d'abord que le concept soit signifié par un mot ou par une brève expression, par un « vocable conceptuel » qui se trouve employé dans une source quelconque de droit positif. Mais parfois et c'est le deuxième cas, les concepts ne proviennent d'aucune source du droit positif et c'est le juriste qui, dans son travail de connaissance systématique du droit, *élabore* ce sens aux fins de l'analyse ou de la théorie du droit²⁰².

La première hypothèse admet d'ailleurs deux possibilités. Le législateur ou le juge se sont chargés eux-mêmes de définir le sens de ce vocable dont ils ont fait usage ; ils ont fixé le concept, établi le sens du mot. Quand ces conditions sont réalisées, ceux qui se servent du vocable sont réduits au très modeste rôle de reproducteur de la définition. On suppose toutefois que cela sera loin d'être toujours le cas, car bien souvent le législateur ne définit ni le sens des mots, ni les concepts qui leur correspondent. Dans ce cas, l'autorité chargée des décisions individuelles est nécessairement appelée à fixer elle-même le concept, à travers un processus d'« interprétation ».

²⁰² Ch. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique ». *Archives de philosophie du droit*, 1966, p. 26.

Dans la deuxième hypothèse, il n'y a même pas un travail d'interprétation. C'est le juriste qui est appelé à créer lui-même des concepts à contenu juridique qui lui servent à la connaissance et à l'analyse systématique du droit. Cela concerne particulièrement les concepts de classification théorique, « ceux qui fournissent des cadres théoriques d'analyse et de systématisation de phénomènes juridiques – certains diront : les concepts de la typologie »²⁰³. On peut citer l'« État », la « souveraineté », la « démocratie » parmi d'autres exemples.

Dans le cas de la modification du contrat administratif, le travail de définition est complexe puisqu'il relève à la fois des deux possibilités. La modification unilatérale présente le moins de problèmes puisqu'elle a été définie par la loi. La modification conventionnelle, par contre, n'existe même pas en tant que concept en droit administratif colombien. Les sources de droit positif utilisent plutôt des vocables *liés* tels que *l'addition* et le *contrat additionnel*, sans apporter toutefois une définition. Le problème est plus complexe si l'on ajoute à ces termes d'autres qui sont également utilisés pour se référer aux changements du contrat administratif. C'est le cas de l'adaptation, la variation, l'actualisation, l'ajustement, l'amendement, l'évolution, la modulation et l'indexation, sans que l'on aperçoive s'il y a, entre eux, des rapports d'opposition, de synonymie, de complémentarité ou d'inclusion.

En ce qui concerne la définition de la modification, une double analyse s'impose. D'abord, il convient de déterminer ce que l'on comprend par modification du contrat administratif – définition positive de la modification – (**Titre I**). Ensuite, il faudra analyser les notions juridiques voisines qui ne sont pas considérées comme des modifications – définition négative de la modification – (**Titre II**).

²⁰³ Ch. Eisenmann, *Ibidem*, p. 29.

TITRE I : LA DÉFINITION POSITIVE DE LA MODIFICATION

Le Grand Robert de la langue française définit la modification comme un « changement qui fait que quelque chose n'est plus le même »²⁰⁴. Elle est également une « transformation » de quelque chose, dont l'état initial et l'état final sont différents.

Lorsqu'on parle de modification d'un contrat, se pose la question de savoir si le terme modification est utilisé dans son sens le plus simple, dérivé du langage courant ou si, par contre, il renvoie à une notion juridique.

G. Cornu parle des mots considérés comme à « double appartenance »²⁰⁵, c'est-à-dire ceux qui ont une signification dans le langage courant et une autre dans le langage juridique. Dans le cas de la modification, il est clair que la signification provient du langage courant et qu'elle a été ensuite adoptée et précisée par les sources de droit positif. Cette évolution a fait que les significations, loin de s'opposer, vont dans la même direction : elles font référence à un *changement*.

Comme le professeur Ghozi l'indique, parler de modification d'un contrat équivaut à parler en langage juridique, de l'opération qui s'effectue pendant son exécution et qui, sans y mettre un terme, introduit un changement dans l'un quelconque de ses éléments²⁰⁶.

²⁰⁴ Le Grand Robert de la langue française. Le Robert / SEJER, 2005.

²⁰⁵ Que G. Cornu définit comme étant « tous les termes qui, ayant au moins un sens dans l'usage ordinaire et au moins un sens différent au regard du droit, sont marqués par la polysémie, plus précisément par cette polysémie que l'on pourrait nommer externe (en raison du chevauchement des sens d'un même mot dans le droit et en dehors du droit, par rapport à la polysémie interne) ». G. Cornu, *Linguistique juridique*, Montchrestien, Paris, 1990, p. 9 et s.

²⁰⁶ A. Ghozi, *La modification de l'obligation par la volonté des parties : étude de droit civil français*. LGDJ, 1980.

En droit colombien, la modification du contrat est considérée comme étant le « changement des conditions initialement convenues, découlant de situations qui se présentent lors de l'exécution des prestations »²⁰⁷.

H. Hoepffner va au-delà de la simple action de changement ; elle définit la modification à partir des instruments utilisés pour effectuer cette opération : « la modification est le mécanisme par lequel les parties décident de réaménager partiellement leur contrat au cours de son exécution, sans le faire disparaître. En droit administratif cependant, en raison de la nécessité d'assurer la continuité et la mutabilité du service public, la modification peut également résulter de la seule volonté de l'Administration »²⁰⁸.

L'auteur parle ainsi des instruments modificatifs unilatéraux et conventionnels, qu'en droit français ne correspondent pas exactement aux instruments *négociés* et *imposés* ²⁰⁹ car les modifications conventionnelles ne sont pas toutes négociées et les modifications unilatérales ne sont pas toutes imposées. En droit colombien, cependant, la distinction n'existe pas car les mécanismes unilatéraux sont toujours imposés, tandis que les conventions sont toujours négociées, ce qui fait que les deux catégories coïncident²¹⁰.

La notion positive de la modification du contrat administratif en Colombie sera ainsi abordée à partir de la distinction classique qui oppose la modification unilatérale (**Chapitre 1**) à la modification conventionnelle (**Chapitre 2**).

²⁰⁷ G. Ospina-Fernández, « Régimen General de las Obligaciones » [*Régime Général des Obligations*], Temis, 1994, p. 114. Dans le même sens, A. Valencia-Zea, *op. cit.*, p. 78.

²⁰⁸ H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 51.

²⁰⁹ H. Hoepffner, *Ibidem*, p. 273.

²¹⁰ Voir : J-C Ramírez, *op. cit.*, p. 65 ; M-T Palacios, *art. préc.*, p. 24. Voir également : Cour Constitutionnelle, arrêt C-949 du 5 Septembre 2001.

CHAPITRE 1 : LA MODIFICATION UNILATÉRALE

En ce qui concerne le droit des contrats, la modification *unilatérale* renvoie à deux opérations différentes. D'abord, au changement du contenu des obligations qui n'a des conséquences que pour l'une des parties. Dans ce sens, le caractère unilatéral de la modification s'oppose à celui « synallagmatique »²¹¹ : seulement l'une des parties serait soumise à la modification. La référence à cette notion est peu fréquente dans la doctrine²¹² (probablement parce que c'est une catégorie purement conceptuelle), mais nous y faisons allusion puisqu'elle représente l'un des sens qui admet ce vocable.

La modification unilatérale fait allusion, également, à l'altération du contenu des obligations qui trouve son origine dans une seule des parties, c'est-à-dire qu'elle est décidée par sa seule volonté de l'un des contractants. L'unilatéralisme serait alors la caractéristique de la genèse de la modification, en s'opposant à l'origine *bilatérale*, ou *conventionnelle*. C'est sur la base de cette distinction que cette étude sera abordée ; la modification unilatérale sera alors traitée comme le changement d'un contrat en cours d'exécution, dont l'origine réside exclusivement dans la volonté de l'une des parties.

Mais cela est-il possible ? Une partie peut-elle modifier unilatéralement le contenu d'un contrat ?

A priori, la réponse semblerait être négative. Le contrat ne peut pas être modifié de manière unilatérale, malgré des raisons solides pour vouloir le faire : la volonté de modifier le contrat peut provenir de son inutilité à répondre aux besoins

²¹¹ L'article 1102 du Code Civil français dispose que « le contrat est synallagmatique ou bilatéral lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres ».

²¹² Pour H. Lecuyer, c'est dans ce sens qu'A. Ghazi traite dans sa thèse la modification unilatérale. Voir : H. Lecuyer, « La modification unilatérale du contrat », in *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, sous la direction de Ch. Jamin et D. Mazeaud, Collection Études Juridiques n° 9, Paris, 1999, p. 47 et s.

qui ont conduit à sa conclusion, mais cela n'est pas suffisant pour que la loi confère le pouvoir à l'une des parties pour le faire.

Cette solution est une application de l'article 1134 du Code civil français et de l'article 1602 du Code civil colombien, rédigés de manière identique : la force obligatoire du contrat entraîne son intangibilité. En raison de cette force obligatoire, le contrat échappe au désir de l'une des parties de modifier unilatéralement son contenu, en exigeant que les modifications interviennent toujours d'un commun accord²¹³. Ceci est connu comme le principe de mutabilité consensuelle du contrat.

Cependant, « le principe, fondamental en droit privé, de l'immutabilité contractuelle, ne s'applique pas aux contrats administratifs avec les mêmes conséquences générales et absolues »²¹⁴. Bien que ce dernier soit un *vrai contrat*²¹⁵ et qu'il crée une situation juridique que les deux parties sont contraintes de respecter²¹⁶, sa finalité d'intérêt collectif détermine une position spéciale des parties contractantes et une dynamique particulière entre elles qui modifie l'inflexibilité rigoureuse des contrats civils²¹⁷.

Les parties sont tenues de respecter les stipulations contractuelles, bien qu'il s'agit d'un contrat administratifs ou bien d'un contrat de droit privé ; « la différence entre les uns et les autres réside dans le fait que, tandis que les conventions du droit privé sont immuables... celles du contrat administratif n'ont pas cette inflexibilité rigoureuse ; elles admettent un certain degré de mutabilité lorsque l'intérêt public qui constitue la finalité du contrat ainsi l'impose »²¹⁸.

²¹³ Les conventions légalement formées ne peuvent être révoquées ou modifiées que de leur consentement ou pour les causes que la loi autorise.

²¹⁴ A. de Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, LGDJ, 1956, t.II, n° 807.

²¹⁵ J-A Palacio-Hincapié, « La contratación de las entidades estatales » [*La passation de contrats des entités de l'État*], Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2010, p. 87. Dans le même sens : J. Santofimio-Gamboa, « Delitos de celebración Indevida de Contratos » [*Délits de la conclusion illégale de contrats*], Universidad Externado de Colombia, 2000.

²¹⁶ G. Falla, « Tratado de Derecho Administrativo » [*Traité de Droit Administratif*], Madrid, 1962. t.II, p. 78.

²¹⁷ G. Falla, *Ibidem*, p. 79.

²¹⁸ H-J Escola, « Tratado integral de los Contratos Administrativos » [*Traité Intégral des Contrats Administratifs*]. t.I. Parte General, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1977, p. 373.

C'est pour cela que la théorie de la mutabilité reste aujourd'hui l'une des « notions dominantes de la théorie de l'exécution des contrats administratifs »²¹⁹, qui admet la modification unilatérale du contrat comme une possibilité réelle et certaine²²⁰.

En droit colombien, la loi 80 de 1993 portant statut des contrats publics, a prévu deux articles spécifiques concernant la modification unilatérale. L'article 14 a considéré qu'elle est un pouvoir exceptionnel de l'administration contractante (**Section 1**) et l'article 16 a apporté une définition précise déterminant qu'elle est un instrument de changement des prestations du cocontractant (**Section 2**).

SECTION 1 : LA MODIFICATION UNILATÉRALE EN TANT QUE POUVOIR EXCEPTIONNEL

Avant d'aborder les conséquences juridiques qui découlent de la qualification de pouvoir exceptionnel de l'administration en droit colombien, trois observations préliminaires s'imposent.

D'abord, il convient de préciser qu'en Colombie ces pouvoirs ne servent plus à identifier un contrat administratif ou à définir son régime, comme cela était le cas avant promulgation de la loi 80 de 1993. Ils ne servent pas non plus à déterminer la juridiction compétente pour résoudre les litiges qui en résultent.

En France, les pouvoirs exorbitants sont bien un critère dont il faut tenir compte. Aujourd'hui un contrat est administratif, tout d'abord, par détermination de la loi. C'est le cas des marchés publics, des contrats de partenariat, des contrats d'occupation du domaine public, ainsi que les contrats relatifs à l'exécution de

²¹⁹ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *op. cit.*, n° 694 et s.

²²⁰ Certains auteurs parlent d'ailleurs de la modification comme d'un pouvoir inhérent à la nature même du contrat administratif et irréfutable par l'administration. Voir : H-J Escola, *op. cit.*, p. 391.

travaux publics²²¹. Mais, si ce n'est pas le cas, c'est-à-dire, si la loi ne tranche pas le caractère de manière expresse, deux critères sont dégagés par la jurisprudence : le critère organique et le critère matériel, dont l'exigence est cumulative.

Le principe est qu'un contrat a un caractère administratif si une personne publique y est partie et, dans ce cas, s'ils apparaissent comme des actes de gestion publique en raison « soit de leurs clauses, soit de leur objet, soit de leur régime »²²². Mais, dit-on, il est un principe parce qu'il a des exceptions²²³. Une fois la condition organique remplie, un contrat sera administratif : 1) en raison de ses clauses (présence d'une clause exorbitante de droit commun)²²⁴, ou 2) en raison de son objet (exécution d'une mission de service public)²²⁵. Il faut remarquer qu'une clause prévoyant un pouvoir de modification unilatérale du contrat est une clause exorbitante.

En Colombie, avant la promulgation de la loi 80 de 1993, la nature administrative d'un contrat était déterminée par les critères dégagés par la jurisprudence française. Pourtant de nos jours « toute activité contractuelle de

²²¹ La loi du 28 Pluviôse an VIII (art. 4) attribue le contentieux des contrats des travaux publics à la juridiction administrative.

²²² TC, 20 janvier 1986, *Coopérative agricole de déshydratation et de séchage de l'Arne et de la Retourne et autres*, n° 02420.

²²³ Concernant le critère organique, le contrat pourra être administratif alors même qu'il est passé entre deux personnes privées, si l'une des deux personnes privées agit comme mandataire d'une personne publique (CE, 2 juin 1961, *Sieur Leduc*), si le contrat porte sur un objet appartenant par nature aux personnes publiques (CE, 3 mars 1989, *Société des autoroutes de la région Rhône-Alpes*) ou si l'une d'entre elles agit « pour le compte » d'une personne publique, sans que pour autant il y ait, semble-t-il, un mandat (TC, 8 juillet 1963, *Société Entreprise Peyrot*).

²²⁴ Il faut remarquer qu'échappent au critère des « clauses exorbitantes » les contrats conclus entre les services publics industriels et commercial et leurs usagers ainsi que les contrats conclus pour la gestion du domaine privé (jusqu'au revirement jurisprudentiel de 1954 avec l'arrêt *Grosy* du Conseil d'État) et qu'une clause exorbitante suffit à donner un caractère administratif au contrat (TC, 20 avril 1959, *Société nouvelle d'exploitation des plages*).

²²⁵ Concernant les contrats relatifs à l'exécution d'un service public, le rapprochement de la jurisprudence fait apparaître une distinction entre deux types de liaison avec le service public. Il peut s'agir : 1) d'un contrat qui fait participer le cocontractant privé « à l'exécution même » d'un service public (CE, 20 avril 1956, *Epoux Bertin* ; CE, 11 mai 1956, *Société des transports Gondrand*), ce qui va au-delà d'une simple participation ou d'une collaboration, ou 2) d'un contrat qui a « pour objet même l'exécution du service public » car le contrat lui-même est l'une des modalités de l'exécution du service public (CE, 14 novembre 1958, *Union maritale de la Gironde* ; TC, 24 juin 1968, *Société Distilleries Bretonnes et Société d'approvisionnements alimentaires*).

l'Administration est administrative »²²⁶. Cette loi, en adoptant un critère exclusivement organique, a défini les contrats administratifs comme « l'ensemble des actes générateurs d'obligations juridiques » conclus par les personnes publiques (art. 32 loi 80 de 1993). De cette manière, tous les litiges en découlant, sont du ressort de la juridiction administrative (art. 75 *ibidem*).

Une deuxième remarque concerne le nom qui a été donné à ces figures : « privilèges » de puissance publique²²⁷, « attributs »²²⁸, « facultés », « pouvoirs », « prérogatives » et, à notre avis, le plus imprécis de tous : « clauses » du contrat.

Il convient d'abord d'exclure l'utilisation du mot *clause* du fait qu'au moins en droit colombien, il se réfère à un engagement essentiellement négociée²²⁹. Les clauses sont des stipulations que les parties décident d'un commun accord d'insérer dans un contrat et qui deviennent obligatoires pour les deux²³⁰. Pourtant, ni la modification unilatérale, ni les autres pouvoirs exceptionnels indiqués par la loi 80 de 1993 ne remplissent ces conditions : leur stipulation ne dépend pas du consensus entre les parties car l'article 14 énumère les contrats dans lesquels son inclusion est obligatoire, facultative ou interdite ; leur caractère obligatoire ne découle pas de leur convention ; les pouvoirs « s'entendent inclus dans le contrat bien qu'ils ne soient pas

²²⁶ A. Brewer-Carías, *art. préc.*, p. 12.

²²⁷ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *op. cit.*, n° 1172 et s. Ces auteurs parlent même des « privilèges d'action unilatérale de l'un des contractants ».

²²⁸ Le commissaire du gouvernement Jacomet est représentatif à ce propos : « Lorsqu'elle conclut des contrats administratifs, l'administration ne se dépouille pas de ses attributs de puissance publique » (conclusions sur l'affaire *Mlle Soullier*, C.E., 5 mars 1954).

²²⁹ En droit français il est admis de parler de « clause exorbitante », définie même par le Conseil d'État comme celle « ayant pour effet de conférer aux parties des droits ou de mettre à leur charge des obligations étrangères par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être librement consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales » (CE, 20 octobre 1950, *Stein*, Rec. 505). Elle est aussi définie comme celle qui confère aux parties des droits ou qui met à leur charge des obligations « étrangers par leur nature à ceux qui sont susceptibles d'être librement consentis par quiconque dans le cadre des lois civiles et commerciales » (CE, 15 février 1935, *Société française de constructions mécaniques*).

²³⁰ A. Tamayo-Lombana, *Manual de obligaciones : teoría del acto jurídico y otras fuentes* [Manuel des obligations : théorie de l'acte juridique et autres sources], 5^{ème} édition. Temis, Bogota, 1997, p. 34. Dans le même sens : G. Ospina-Fernández, *op. cit.*, p. 124.

expressément incorporés »²³¹ et lorsqu'ils sont interdites, leur incorporation n'entraîne pas d'effets juridiques²³².

Le terme *privilege* fait allusion, pour sa part, à une « situation juridique préférentielle par rapport aux autres personnes qui se trouvent dans des conditions similaires »²³³. Il est utilisé comme un synonyme des vocables « préférence » et « priorité »²³⁴. En ce qui concerne la modification, nous croyons que leur utilisation est imprécise : malgré la relation égalitaire entre l'État et les personnes privées qu'a voulu instaurer la nouvelle législation contractuelle en Colombie, il est clair qu'il ne s'agit pas vraiment de parties sur un pied d'égalité. La modification unilatérale du contrat n'est pas simplement une préférence. Il en va de même pour le terme *prerogative* considéré comme un « avantage » des personnes publiques, bien que son utilisation ne soit pas totalement inappropriée du fait qu'il est attaché à certaines fonctions, à certains titres²³⁵.

Le vocable *attribut*, même s'il concerne « ce qui appartient en propre à quelqu'un, à quelque chose »²³⁶, fait plutôt référence à un caractère particulier, ce qui ne permet pas de donner cette qualification à la modification unilatérale ; celle-ci n'est pas une caractéristique de l'administration publique, mais plutôt une décision qui a une incidence sur l'exécution des prestations.

Il nous semble que les appellations les plus pertinentes sont *faculté* ou *pouvoir*. La première fait référence à une capacité, à une possibilité, à un droit octroyé ou concédé à quelqu'un en vue d'une situation juridique. La deuxième se réfère à la possibilité de faire quelque chose ou dans une perspective juridique plus concrète, à

²³¹ Art. 14, loi 80 de 1993.

²³² Conseil d'État, arrêt du 30 novembre 2006, req. 30832.

²³³ G. Cabanellas-de-Torres, *Diccionario Jurídico Elemental* [Dictionnaire Juridique Élémentaire], 11^{ème} édition. Editions Heliasta SRL, Buenos Aires, 1993.

²³⁴ G. Cabanellas-de-Torres, *Ibidem*.

²³⁵ Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, <http://www.cnrtl.fr/definition/prerogative>, consulté le 04/02/13.

²³⁶ Le Grand Robert de la langue française. Le Robert / SEJER, 2005.

« la capacité dévolue à une autorité, d'utiliser les moyens propres à exercer la compétence qui lui est attribuée par la loi »²³⁷.

En somme, malgré les multiples dénominations suggérées par les sources de droit colombien, nous croyons qu'il est plutôt pertinent de s'y référer comme à des pouvoirs ou à des facultés. La modification unilatérale du contrat administratif est un pouvoir ou une faculté octroyée par la loi à l'administration publique, pour modifier le contrat administratif.

La dernière remarque préliminaire porte sur l'énumération définitive des pouvoirs exceptionnels que le législateur colombien en a fait. En Colombie, les pouvoirs des personnes publiques contractantes sont définis par la loi, contrairement à la France où les collectivités se sont vues conférer le pouvoir de direction et de contrôle de l'exécution du contrat²³⁸ (CE, Sect. 10 mai 1963, *Soc. coopérative agricole « La Prospérité fermière »*, Rec. 289), le pouvoir de sanction en cas de faute du cocontractant²³⁹ (C.E., 31 mai 1907, *Deplanque*, Rec. 513), le pouvoir de modification unilatérale (CE, 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle de gaz de Deville-lès-Rouen*, Rec. 5 et du 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, Rec. 216) et le pouvoir de résiliation unilatérale du contrat dans l'intérêt du service²⁴⁰ (TC, 16 janvier 1967, *Société du vélodrome du Parc des Princes*, Rec. 652).

²³⁷ Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, <http://www.cnrtl.fr/definition/pouvoir>, consulté le 04/02/13.

²³⁸ Qui se traduisent notamment par l'émission d'ordres de services. En principe, le cocontractant exécute ses obligations conformément aux clauses du contrat. Cependant, par son pouvoir de direction et de contrôle, l'administration peut exiger de lui une modalité d'exécution non prévue auparavant.

²³⁹ Les sanctions qui peuvent être imposées en matière contractuelle sont de nature résolutoire, pécuniaire ou coercitive. La première est celle qu'on appelle la résiliation-sanction en cas d'inexécution définitive du cocontractant. Les sanctions pécuniaires se sous-divisent en : a) des pénalités ou des amendes que l'administration a prudemment prévu d'inclure dans les clauses du contrat et b) des sanctions compensatoires pour dommages et préjudices qui n'ont pas été stipulées dans le contrat. Les sanctions coercitives, pour leur part, seront celles destinées à adoucir ou à atténuer les conséquences nocives du non respect de la part de l'entrepreneur à travers de l'exécution par une tierce personne ou directement par l'administration même, ceci afin d'éviter l'interruption, même courte, du service public lié au contrat. Parmi ces sanctions nous trouvons la mise sous séquestre (l'administration reprend le service en régie ou bien, en confie l'exécution à un tiers aux frais du titulaire). Voir notamment : J. Santofimio-Gamboa, « Tratado de Derecho Administrativo » [*Traité de Droit Administratif*] t.I, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2002.

²⁴⁰ Il ne doit pas être confondu avec le pouvoir de résiliation-sanction ; l'exercice de ce pouvoir n'équivaut donc pas à une sanction. Il procède d'une « règle générale applicable aux contrats

En droit colombien, l'article 14 de la loi 80 de 1993, relatif aux moyens reconnus aux personnes publiques pour assurer l'exécution de l'objet du contrat, détermine que les parties sont tenues de « stipuler les clauses dérogatoires du droit commun concernant la résiliation, l'interprétation et la modification unilatérales, la soumission aux lois nationales, ainsi que la déchéance, dans tous les contrats ayant pour objet l'exercice d'une activité qui constitue un monopole de l'État, la gestion d'un service public ou l'exploitation et la concession des biens de l'État, aussi bien que dans les marchés publics de travaux ». Il s'agit d'une énumération définitive.

La modification unilatérale du contrat administratif est bien un pouvoir exceptionnel, ce qui signifie que son application est restrictive (§1) et qu'elle s'impose en tout état de cause au cocontractant (§2), sans avoir besoin de faire appel au juge du contrat.

§1. LE CARACTÈRE RESTRICTIF

La modification unilatérale est un pouvoir d'application restrictive car elle ne s'applique qu'à certains contrats énumérés par la loi (A) et lorsqu'il existe une atteinte grave au service public concerné (B).

A. La détermination des contrats susceptibles de modification unilatérale

Comme A. de Laubadère l'a bien souligné, « le pouvoir de modification ne doit pas avoir la même portée d'application dans tous les types de contrats

administratifs » (CE, 2 Mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, Rec. 246), ce qui signifie que ce pouvoir existe même dans le silence du contrat. D'ailleurs, il a été jugé par le Conseil Constitutionnel conforme aux principes applicables aux contrats administratifs (CC, décision n° 84-185 DC du 18 janvier 1985, Rec. 36) et reconnu par le droit européen : il appartient « à tout État un pouvoir souverain de modifier, voire de résilier un contrat conclu avec des particuliers » (CEDH, 9 déc. 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c/ Grèce*).

administratifs, parce que tous les types de contrats administratifs n'impliquent pas le même degré de participation du cocontractant au service public »²⁴¹.

Suivant les considérations de la doctrine française, le législateur colombien a décidé d'énumérer les types de contrats où l'exercice des pouvoirs exceptionnels et par conséquent de la modification unilatérale, est possible (1). Bien que dans la plupart des contrats la modification unilatérale de l'administration soit interdite, des fois les parties ont convenu cette possibilité sur la base de la liberté contractuelle (2), ce qui viole de manière directe les dispositions de la loi.

1. La détermination légale

L'article 14 de la loi 80 de 1993 précise qu'en ce qui concerne l'exercice des pouvoirs exceptionnels, il existe quatre groupes de contrats administratifs.

Dans le premier groupe on trouve les contrats où la stipulation de ces pouvoirs est obligatoire. La jurisprudence administrative précise toutefois que s'ils ne sont pas incorporés dans le contrat, les pouvoirs exceptionnels sont considérés comme ayant été convenus implicitement par les parties ; par rapport à ces contrats, ils sont des « clauses virtuelles »²⁴², précisément parce que leur application ne dépend pas de leur stipulation explicite.

Les contrats qui appartiennent à ce groupe sont :

- Les marchés de travaux publics,
- Les contrats ayant pour objet l'exercice d'une activité qui constitue un monopole de l'État (par exemple, les jeux de hasard et les liqueurs),
- Les contrats ayant pour objet la gestion d'un service public et
- Les contrats ayant pour objet l'exploitation et la concession des biens de l'État.

²⁴¹ A. de Laubadère, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, LGDJ, Paris, 1956, n° 809.

Dans le deuxième groupe, on trouve les contrats où il est interdit de stipuler les pouvoirs, ce qui signifie que leur convention entraînera la nullité absolue de la clause. Selon l'article 14 de la loi 80 de 1993, font partie de ce groupe :

- Les contrats passés avec des personnes publiques internationales,
- Les contrats de coopération, aide ou assistance internationale,
- Les contrats inter-administratifs,
- Les contrats d'emprunts,
- Les contrats de location des biens de l'État,
- Les contrats ayant pour objet l'exécution d'activités industrielles et commerciales,
- Les contrats visant les activités scientifiques et technologiques,
- Les contrats d'assurance.

Le troisième groupe est formé par les contrats où la loi autorise, mais n'impose pas, la stipulation des pouvoirs exceptionnels. La convention dans ces cas est donc facultative, c'est pourquoi l'absence de stipulation signifie qu'ils sont inexistantes dans ce cas particulier. Font partie de ce groupe :

- Les marchés publics de fournitures et
- Les contrats de « gestion de services » professionnels²⁴³.

À l'égard de ce groupe, une remarque s'impose. Si dans les marchés publics de travaux et dans les contrats ayant pour objet la gestion d'un service public, ou l'exploitation et la concession des biens de l'État (premier groupe) les pouvoirs exceptionnels ont un caractère *ex lege* (ils sont obligatoires par disposition de la loi, même en absence de convention des parties²⁴⁴), dans le cas de ce troisième groupe, ils ont n'ont qu'un caractère *ex contractu* qui oblige les parties à convenir leur

²⁴² Conseil d'État, avis du 30 novembre 2011, req. 2074.

²⁴³ Le contrat de « gestion de services » professionnels est défini par l'art. 32 du statut comme celui « passé par les personnes publiques pour assurer la gestion administrative et le fonctionnement des organismes ».

²⁴⁴ G. Cabanellas-de-Torres, *op. cit.* / *ex lege*.

utilisation. Si les parties n'arrivent pas à un accord sur leur inclusion, la loi ne remplit pas le silence ; les pouvoirs n'existeront pas dans ce cas concret.

L'article 14 de la loi 80 de 1993 suggère finalement un quatrième groupe composé par tous les contrats qui n'appartiennent à aucun des groupes précédents. C'est le cas du contrat d'assistance-conseil, de commodat, de leasing, etc. À cet égard, une question se pose : doit-on comprendre que les pouvoirs exceptionnels y sont interdits ou, en revanche, qu'ils y sont autorisés à titre facultatif ?

Bien qu'une interdiction de convenir les pouvoirs exceptionnels dans ces cas nous semble claire, l'absence d'une solution explicite de la loi a permis aux personnes publiques d'exiger leur incorporation dans les contrats.

2. La détermination arbitraire par les personnes publiques

Le cas le plus récurrent d'application de pouvoirs exceptionnels dans des contrats qui ne sont pas mentionnés explicitement par l'article 14 de la loi 80 de 1993, est celui du contrat d'intervention (contrat de maîtrise d'œuvre en droit français), conclu pour surveiller l'exécution des contrats de travaux²⁴⁵. Ce contrat n'est qu'une espèce du *contrat de services de consultation*²⁴⁶ défini par l'article 32 de la loi 80 de 1993 comme celui passé pour réaliser « les études nécessaires pour l'exécution de projets d'investissement, les études de diagnostic, de pré faisabilité ou de faisabilité pour des programmes ou des projets spécifiques et concernant également les assistances-conseils de coordination, de contrôle et de supervision ».

Parmi les exemples d'exécution arbitraire de pouvoirs exceptionnels dans ces contrats, on peut citer le contrat d'intervention n° 478 de 2003 passé par l'Institut de Développement Urbain, IDU, de Bogota où l'administration a décidé la modification

²⁴⁵ Le contrat d'intervention a été défini récemment par la Cour Constitutionnelle comme celui passé par l'État pour « surveiller que le contrat [de travaux] soit exécuté en conformité avec les conditions techniques et scientifiques accordées auparavant qui conviennent le mieux à leur réalisation selon l'expertise que [le contrôleur] possède ». Cour Constitutionnelle, arrêt C-037 du 28 janvier 2003.

²⁴⁶ Conseil d'État, arrêt du 1^{er} décembre 2008, req. 35827.

unilatérale des activités de contrôle et de surveillance du cocontractant. Cet organisme a également déclaré en 2004 la déchéance d'un contrat de services de consultation dont l'objet était l'élaboration de plans d'architecture. On peut noter aussi que dans la plupart des contrats d'intervention conclus par l'Institut National des Routes au cours de la dernière décennie, la possibilité d'exercer les pouvoirs exceptionnels a été convenue.

L'exercice est-il valide dans ces cas ?

Après une consultation effectuée par le Ministère des transports au Conseil d'État, ce dernier a considéré que la réponse à cette question est négative²⁴⁷. D'un côté parce que ce type de pouvoirs exige une autorisation légale pour leur inclusion et leur application ultérieure et, d'autre part, puisque le législateur est le seul qui peut déterminer les types de contrats où les prérogatives exceptionnelles sont admises.

L'administration a voulu fonder leur inclusion sur la base de l'exercice de l'autonomie de la volonté privée, mais pour le juge administratif il est clair qu'en raison de ce principe, cela n'est pas possible²⁴⁸. Par l'avis du 25 mai 2006, le Conseil d'État a considéré que « dans les contrats dans lesquels est interdite l'inclusion de pouvoirs exceptionnels, ou dans lesquels leur stipulation étant facultative ils n'ont pas été convenus, l'administration ne détient pas ces prérogatives... [Dans ces cas] l'administration est tenue d'agir comme un particulier ».

Les principes de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle ne peuvent porter atteinte aux normes de droit public, encore moins s'il s'agit de l'exercice d'un pouvoir de puissance publique²⁴⁹. C'est pour cela que la base du droit

²⁴⁷ Conseil d'État, avis du 30 septembre 2011.

²⁴⁸ Ainsi que l'indique M. Bercaitz en citant M. Planiol et G. Ripert (*Traité pratique de droit civil français*, t.VI. Obligations, p. 21), « La théorie de l'autonomie de la volonté ne se contente pas de cette exaltation de la volonté souveraine en créant les relations juridiques. Elle enseigne que cette volonté doit seulement être limitée par des motifs impérieux de l'ordre public (art. 6 Cod. Civ.)... ces restrictions doivent être réduites au minimum ». Voir : M. Bercaitz, « Teoría General de los Contratos Administrativos » [*Théorie Générale des Contrats Administratifs*], 2^{ème} édition, Ed. Depalma, 1980, p. 27 et 28.

²⁴⁹ Les pouvoirs exceptionnels sont fondés « dans des attributs de pouvoir propres de l'Administration Publique qui sont inhérents à l'*imperium* de l'État qui lui confèrent une suprématie juridique dans

administratif est le principe de légalité qui conformément à l'article 6 de la Constitution de 1991 ne permet aux agents publics que l'exercice des fonctions explicitement conférées par la loi. Le fait de modifier un contrat administratif de manière unilatérale ou d'exercer tout autre pouvoir exceptionnel lorsque la loi 80 de 1993 a interdit cet exercice, entraîne le non-respect des limites prévues par la Constitution et la loi.

B. L'atteinte grave à la gestion du service public en tant que cause de la modification unilatérale

La modification unilatérale du contrat est également d'application restrictive puisque la loi limite les causes qui peuvent donner lieu à cette décision de l'administration. L'article 16 de la loi 80 de 1993, précise que : « si pendant l'exécution du contrat et pour éviter la paralysie ou une atteinte grave au service public concerné, il est nécessaire d'introduire des changements dans le contrat..., l'entité, par voie d'un acte administratif dûment motivé, le modifiera... ».

La jurisprudence s'est prononcée sur la portée de la motivation prévue par la loi pour modifier unilatéralement un contrat administratif (1), ce qui n'a pas empêché les décisions du Conseil d'État admettant des motifs liés à l'intérêt général, sans que la gestion du service public soit menacée (2).

1. La motivation de menace de paralysie ou d'atteinte au service public

Il ne fait pas de doute que l'exigence contenue dans l'article 16 de la loi 80 de 1993 tire son origine du droit administratif français. On y voit clairement que le pouvoir de modification unilatérale se fonde sur les principes de mutabilité et de continuité du service public.

toutes ses rapports juridiques ». Conseil d'État, avis du 14 décembre 2000, req. 1293, réitéré par l'arrêt du 24 mai 2001, req. 13598.

Reconnu au départ dans l'arrêt *Compagnie nouvelle de gaz de Deville-lès-Rouen* du 10 janvier 1902 et ensuite dans l'arrêt *Compagnie générale française des tramways* du 11 mars 1910, le pouvoir de modification unilatérale du contrat a constitué l'instrument que le Conseil d'État français a créé pour faire face aux besoins d'évolution dans la gestion des services publics²⁵⁰.

C'est précisément dans les conclusions sur cette dernière affaire, que le commissaire du gouvernement Léon Blum, observait : « il est évident que les besoins auxquels un service public de cette nature doit satisfaire et, par suite, les nécessités de son exploitation, n'ont pas un caractère invariable... L'État ne peut pas se désintéresser du service public du transport une fois concédé... [II] interviendra donc nécessairement pour imposer, le cas échéant, au concessionnaire, une gestion supérieure à celle qui était prévue strictement..., en usant non plus des pouvoirs que lui confère la convention, mais du pouvoir qui lui appartient en tant que puissance publique ».

Comme l'affirment A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, la modification unilatérale ne peut être logiquement fondée que sur les exigences des services publics et les changements survenus dans ces exigences, dans les besoins du service ou les besoins du public lui-même²⁵¹. Le contrat est conclu pour satisfaire de manière directe ou indirecte les besoins du service public et ces besoins sont évolutifs comme le service public lui-même et l'intérêt général. Il est clair que l'administration ne doit pas être liée par des contrats devenus inutiles ou par des stipulations contractuelles devenues inadaptées aux besoins du service. Rendre immuable les prestations du contrat entraverait, à court terme, la mutation du service public et, à long terme, sa continuité ; « ainsi justifié, le pouvoir de modification n'apparaît pas comme une simple manifestation des prérogatives de droit public dont

²⁵⁰ « Considérant qu'il sera fait droit à ce qu'il y a de fondé dans leurs prétentions contraires en reconnaissant à la Compagnie du gaz le privilège de l'éclairage par n'importe quel moyen et à la commune de Deville la faculté d'assurer ce service au moyen de l'électricité, en le concédant à un tiers dans le cas où la Compagnie requérante dûment mise en demeure refuserait de s'en charger aux conditions acceptées par ce dernier » CE, 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle de gaz de Deville-lès-Rouen*, Rec. 5.

²⁵¹ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *op. cit.*, n° 1175.

l'administration dispose en général, comme une pure apparition de la puissance publique dans le contrat, mais comme une illustration du rôle que joue la notion de service public (et, plus largement, celle d'intérêt général) dans les contrats administratifs »²⁵².

Il est clair que le contrat administratif est l'un des moyens reconnus par la loi pour assurer le fonctionnement des services publics²⁵³. C'est pour cela que G. Pequignot souligne que les contrats administratifs « sont unilatéralement modifiables dans l'intérêt du service [puisque] le contrat administratif est passé en vue d'un service public et l'Administration, parce qu'elle appelle des particuliers à collaborer avec elle, ne peut se dégager de la mission qui pèse sur elle et sur elle seule d'assurer la bonne marche des services publics »²⁵⁴.

Plus récemment, dans l'arrêt *M. Ricard* du 6 mai 1985, le Conseil d'État français reconnaissait ce fondement-ci, en affirmant que « les règles générales applicables aux contrats administratifs permettent à l'administration, seule compétente pour régler l'organisation du service public, de modifier unilatéralement de tels contrats ».

En droit colombien, la solution du juge administratif est, en principe, similaire. La mutabilité du service public et l'obligation de l'administration d'assurer la continuité de la gestion justifient que dans certains cas, elle puisse modifier unilatéralement les contrats administratifs : « il est clair qu'en cas de changement des conditions de la gestion d'un service public altérant gravement son fonctionnement,

²⁵² A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Ibidem*.

²⁵³ C'est l'idée qu'a soulignée le commissaire du gouvernement Corneille dans ses conclusions sur l'affaire du Gaz de Poissy : « Dans tout contrat intéressant le fonctionnement même des services publics, l'État ne contracte pas comme un simple particulier. Il ne cherche pas à gérer des intérêts tout restreints, des intérêts d'individualité, des intérêts individuels. Il contracte pour une collectivité, pour le public, pour les usagers du service public, pour l'intérêt collectif et général. Et alors toutes les fois qu'il passe véritablement un marché de service public, il fait quelque chose d'autre que ce que fait un contractant ordinaire, un contractant du Code civil ou du Code de commerce. Puisqu'il fait quelque chose d'autre que le contractant ordinaire, il ne faut pas appliquer à ce quelque chose les mêmes règles qu'aux contrats de droit commun ; c'est la logique et par suite c'est le droit » (concl. Corneille sous l'arrêt du C.E. 8 février 1918, *Société d'éclairage de Poissy*, Rec. 246).

²⁵⁴ G. Pequignot, *Théorie générale du contrat administratif*, A. Pédone. 1945, p. 368.

les obligations du contrat doivent être modifiés ; autrement, on fournirait un service inadapté aux nouvelles réalités sociales, culturelles ou technologiques »²⁵⁵.

Le Conseil d'État a même remarqué que les contrats de l'État sont une matérialisation d'un *idéal de progrès* qui entraîne la possibilité de changer selon ce qui est nécessaire, afin d'obtenir la plus grande satisfaction possible des besoins de la collectivité. La doctrine parle pour sa part de *clause de progrès*²⁵⁶ dans les contrats liés à la gestion d'un service public, qui permet la modification des prestations.

Pour J-C Cassagne « le principe de mutabilité du service public doit être appliqué en observant les principes de qualité et d'efficacité (art. 42 CN [Constitution Nationale]) et la clause de progrès (art. 75, n° 18, CN) qui découlent... de l'objectif d'intérêt général qui poursuivent les collectivités publiques »²⁵⁷.

Il convient de s'interroger donc, sur le sens de l'expression « éviter la paralysie ou une atteinte grave au service public concerné » apportée par la loi.

Par l'avis du 13 août 2009, le Conseil d'État a abordé l'analyse des motifs de la modification unilatérale du contrat : *éviter* signifie « éloigner un dommage, un danger ou une gêne quelconque en empêchant que cela n'arrive »²⁵⁸. L'administration doit donc s'anticiper au résultat dommageable qui peut se produire lors de l'exécution des prestations. Pour le juge administratif, il serait illogique d'attendre la paralysie du service ainsi qu'un mauvais fonctionnement. Les collectivités ont l'obligation de prévenir que cela arrive, en adoptant les mesures qui demande la bonne gestion des services publics.

²⁵⁵ Conseil d'État, avis du 13 août 2009, req. 1952.

²⁵⁶ J-L Meilan, « Progreso Tecnológico y Servicios Públicos » [*Progrès Technologique et Services Publics*], 1^{ère} édition, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2006. Voir également : J-C Cassagne, « El contrato administrativo » [*Le Contrat administratif*], 2^{ème} édition, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 186.

²⁵⁷ J-C Cassagne, « Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización » [*Évolution des principes applicables aux services publics et problèmes actuels suite aux processus de privatisation*], Revista de Administración Pública, n° 157, Buenos Aires, enero-abril 2002, p. 473 et s.

²⁵⁸ Conseil d'État, avis du 13 août 2009, req. 1952.

Le Conseil d'État se réfère ensuite aux expressions de « paralysie » et d'« atteinte grave » : la première signifie qu'une activité, une exécution ou un processus s'arrêtent, tandis que la deuxième montre une continuité mais altérée, changée, amoindrie. Pour l'Académie Royale Espagnole, *paralyser* signifie « arrêter, gêner, empêcher l'action et le mouvement de quelque chose ». L'*atteinte* est liée, de son côté, aux verbes *menacer* qui signifie « porter atteinte » et *altérer* qui indique l'action de « produire un changement ou une modification de quelque chose... Rendre autre, changer, modifier... Modifier en mal, détériorer, dénaturer, dégrader... ».

Lors de la paralysie, le service est interrompu, tandis que lors de l'atteinte, le service est fourni mais d'une mauvaise manière, sans la qualité exigée, sans les conditions nécessaires pour satisfaire les besoins des usagers.

L'hypothèse de l'atteinte grave doit être interprétée conformément aux articles 14 et 3 de la loi 80 de 1993. Le premier souligne que le but des pouvoirs exceptionnels de l'administration est celui « d'éviter la paralysie ou l'atteinte grave des services publics dont ils ont la charge et d'assurer la gestion immédiate, continue et adéquate ». La seconde disposition prévoit l'obligation d'assurer une gestion « permanente et continue » des services publics. De ces règles on peut conclure que, pour la loi, il ne s'agit pas de fournir le service n'importe comment, mais bien de manière adéquate, permanente et continue, c'est-à-dire, en respectant les exigences de bonne qualité.

L'article 16 de la loi 80 de 1993 exige finalement que l'atteinte soit *grave*, c'est-à-dire qu'elle doit avoir des conséquences de fond sur la gestion du service public concerné. Le Conseil d'État affirme que la menace à la gestion du service doit être vraiment importante. La modification doit avoir une incidence favorable sur la gestion du service public en termes d'opportunité, d'efficacité, du coût, de l'étendue, de la technologie utilisée, etc. L'administration doit pondérer les effets de la modification afin de conserver autant que possible les conditions convenues au départ. Elle doit démontrer enfin que la modification est impérative pour éviter la paralysie ou l'atteinte grave au service public dans un futur plus ou moins proche²⁵⁹.

²⁵⁹ Conseil d'État, avis du 13 août 2009, req. 1952.

Suite à cette analyse, le Conseil d'État conclut que « s'il existe le besoin explicite de modifier le contrat administratif en vue d'éviter l'atteinte grave au service... cela peut se faire dans le cadre de l'article 16 »²⁶⁰.

Il est clair que, malgré les efforts de la jurisprudence pour préciser le sens de ces expressions, la décision de l'administration de modifier unilatéralement un contrat comportera toujours une marge importante de pouvoir discrétionnaire, comme nous allons le voir.

Il est frappant de voir en tout état de cause, que parallèlement à ce travail de précision, certains arrêts de la jurisprudence n'aient pas tenu compte de l'atteinte grave au service public pour valider une modification unilatérale du contrat.

2. La motivation d'intérêt public

En droit français nous trouvons M. Llorens en tant que représentant du courant qui se passe du service public comme fondement nécessaire pour modifier unilatéralement le contrat: « il ne semble plus que l'on puisse fonder le pouvoir de modification unilatérale sur l'idée de service public. Sa généralité même paraît indiquer qu'il procède plutôt de la nature des contrats administratifs et de la liberté d'action dont doivent bénéficier en toutes circonstances les personnes publiques »²⁶¹.

Récemment, la Cour Constitutionnelle colombienne a rendu l'arrêt C-300 du 25 avril 2012 dans un sens similaire, car la condition d'atteinte grave aux services publics n'a pas été exigée pour déterminer la légalité d'une modification unilatérale :

²⁶⁰ Conseil d'État, avis du 13 août 2009, req. 1952.

²⁶¹ F. Llorens, note sur l'arrêt du CE, 2 Février 1983, *Union des transp. publics urbains rég.*, Rec. 33. *RFDA*, 1984.45. Il estime aussi que ce fondement est insuffisant à certains égards, compte tenu de la dilution de la notion de service public, que la jurisprudence n'en fait pas expressément état ; voir : F. Llorens, *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics (Contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif)*, LGDJ, Paris, p. 267 et s.

« les contrats publics peuvent être modifiés lorsque cela est nécessaire pour assurer la réalisation des objectifs de l'État »²⁶².

Par l'arrêt C-949 du 5 septembre 2001, la Cour Constitutionnelle a précisé que le pouvoir de modification unilatérale ne peut pas avoir des limites contraignantes car les contrats administratifs sont par nature incomplets²⁶³ : « la prévision de toutes les contingences qui peuvent avoir d'incidence sur leur exécution » n'est pas possible, ce qui empêche de « convenir préalablement les solutions nécessaires pour faire face à ces situations, comme c'est en général le cas des contrats à long terme »²⁶⁴. En effet, lors de l'exécution, peuvent apparaître de nouvelles exigences sociales, technologiques, culturelles, etc., ou tout simplement des circonstances extraordinaires et imprévisibles au moment de la passation du contrat²⁶⁵. Dans ces cas, souligne la Cour, il est important de permettre l'adaptation et le réaménagement des prestations.

On ne sait pas très bien si les considérants de la Cour Constitutionnelle sont limités aux instruments de modification conventionnelle, mais nous croyons qu'elle a voulu se référer à l'ensemble des mécanismes de modification. Cela signifie-t-il l'assouplissement des motifs qui peuvent conduire à une modification unilatérale ? Le besoin d'adaptation du contrat pour des raisons d'intérêt général, est-il désormais un fondement suffisant pour décider la modification unilatérale ?

En dépit des considérants de la Cour, il nous semble que la réponse est négative. L'article 16 de la loi 80 de 1993 est précis en ce qui concerne la motivation de l'acte administratif de modification, c'est pourquoi l'interprétation du juge dans le sens d'admettre des motifs plus étendus liés à l'intérêt général, est à notre avis impertinente. La solution apportée par le législateur est claire : le pouvoir de modification unilatérale des personnes publiques contractantes ne peut être fondé que

²⁶² Sur la nature instrumentale du contrat administratif pour atteindre les fins propres de l'État social de droit, voir : Cour Constitutionnelle, arrêt C-932 du 8 novembre 2007.

²⁶³ Voir également : Cour Constitutionnelle, arrêt C-068 du 10 février 2009.

²⁶⁴ Voir : O. Williamson, « Transaction-Cost Economics : The Governance of Contractual Relations », *Journal of Law and Economics*, Vol. 22, No. 2 (Oct., 1979), p. 233-261 ; S. Shavell, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, 2004.

²⁶⁵ Cour Constitutionnelle, arrêt C-300 du 25 avril 2012.

sur la menace de paralysie ou l'atteinte grave du service public concerné. Une autre motivation est par conséquent illégale.

À ce sujet, plusieurs remarques s'imposent. L'article 16 ne qualifie pas les circonstances qui peuvent provoquer la paralysie ou l'atteinte grave du service, ce qui signifie que n'importe quelle évènement, prévisible ou imprévisible, voire dans les cas où la menace provient de l'inexécution des obligations des autorités publiques, la modification est possible : « à l'heure actuelle... la bonne gestion et le fonctionnement le plus efficace de ces services, même en cas de faute de l'administration, est une raison suffisante pour la modification du contrat »²⁶⁶.

Bien que la solution du juge est fondée sur la gestion continue et efficace des services publics concernés, il nous semble qu'admettre la modification unilatérale lorsque la cause provient de la faute de l'administration peut avoir de conséquences peut favorables. On peut citer par exemple le cas d'un contrat conclu par l'Institut du Développement Urbain, IDU, pour la réparation superficielle d'une rue en ville. Au début, l'institut a estimé que l'intervention sous-terrain sur les réseaux de services publics n'était pas nécessaire, mais lors de l'exécution du contrat, l'état précaire des réseaux a été mise en évidence. La personne publique a décidé ainsi la modification unilatérale. Un contrat de réparation superficielle est devenu finalement un contrat de travaux sur les réseaux. Une erreur de conception du projet a conduit à l'administration à modifier l'objet du contrat, ce qui semble dépasser les limites de la modification même s'il s'agit d'une menace au fonctionnement des services publics.

La loi précise que la modification unilatérale est un pouvoir exceptionnel²⁶⁷ et c'est pour cela que qu'elle a un caractère restrictif. Certaines restrictions sont exigées pour assurer qu'elle reste une exception. Pourtant, en droit colombien la modification décidée par l'administration est devenue un instrument courant. Le caractère restrictif qui fonde la nature exceptionnelle du pouvoir a deux manifestations, mais le deux

²⁶⁶ Conseil d'État, avis du 13 août 2009, req. 1952.

²⁶⁷ Dans l'exposé des motifs de la loi 80 de 1993, le gouvernement a affirmé que « ces prérogatives signifient exactement ce que son nom indique : les circonstances qui les produisent doivent être exceptionnelles ; les motifs doivent être graves car ils ne peuvent être provoqués par un fait quelconque ».

sont souvent méconnues dans la pratique : l'administration a fréquemment exigé son incorporation dans des contrats où les pouvoirs exceptionnels sont interdits et la motivation des actes administratifs est parfois détachée des raisons explicites prévues par l'article 16 de la loi 80. L'exception est devenue la règle générale, ce qui dénature l'essence de la modification unilatérale et la raison de son existence²⁶⁸.

À l'égard du pouvoir de modification unilatérale, la Cour Constitutionnelle a indiqué qu'il « est de nature réglée car l'exercice de ce pouvoir administratif doit respecter les conditions de fait prévues par la norme »²⁶⁹. Ensuite, la Cour souligne que « la modification unilatérale n'est pas discrétionnaire puisqu'elle ne peut se prononcer que lorsque la paralysie ou l'atteinte grave à la gestion du service public qui fondent cet instrument, sont effectivement présentes »²⁷⁰.

Les dispositions de la loi 80 de 1993 nous permettent aussi d'affirmer que la décision unilatérale de modification est réglée (on parle plutôt de *compétence liée* en droit public français). Pourtant, la formulation légale des motifs n'est pas aussi claire qu'on le pense.

D'abord, on ne sait pas s'il s'agit d'une obligation ou d'une autorisation de prendre l'acte. Il semble que devant une menace de paralysie ou d'atteinte grave au service public, l'administration a l'obligation de modifier le contrat mais, à vrai dire, de nombreuses alternatives sont aussi possibles : la résiliation du contrat, voire la déchéance peuvent être la bonne solution. La modification du contrat n'est qu'une possibilité. Rappelons-nous que la modification unilatérale est un pouvoir ou une faculté d'agir. En tant que faculté, elle se montre comme une possibilité, un droit reconnu à quelqu'un en vue d'une situation juridique. En tant que pouvoir, elle se dévoile comme une capacité conférée à une autorité, d'utiliser les moyens propres à exercer la compétence qui lui est attribuée par la loi²⁷¹.

²⁶⁸ Cour Constitutionnelle, arrêt T- 446 du 12 octobre 1994.

²⁶⁹ Cour Constitutionnelle, arrêt C-949 du 5 septembre 2001.

²⁷⁰ Cour Constitutionnelle, arrêt C-949 du 5 septembre 2001.

²⁷¹ Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales, <http://www.cnrtl.fr/definition/pouvoir>, consulté le 04/02/13.

Certes, une menace sur la bonne gestion du service public entraîne une obligation d'adopter les mesures nécessaires pour faire face à cette situation. Si l'administration est tenue d'agir, elle n'est pas tenue nécessairement de modifier le contrat à chaque fois qu'une menace est présente. La modification unilatérale n'est, par conséquent, qu'une autorisation, ce qui signifie que la personne publique a une marge de manœuvre large à cet égard.

En outre, bien que le juge constitutionnel souligne qu'il s'agit d'un pouvoir réglé excluant par conséquent une décision discrétionnaire de l'administration, le Conseil d'État a reconnu que les termes de l'article 16 de la loi 80 de 1993 ont une « portée trop large », c'est pourquoi leur application devient difficile face à un cas précis²⁷². Si une situation porte atteinte au fonctionnement du service public, cela est une analyse subjective de l'agent public. Plus difficile s'avère le degré d'importance de l'atteinte ; grave ou légère, elle est soumise toujours à la discrétion de l'autorité administrative. Certainement, les motifs de la modification unilatérale ont une portée plus ou moins indéterminée.

La jurisprudence administrative²⁷³ a tenté de résoudre les problèmes de l'application des « notions juridiques indéterminées ». À l'intérieur de la notion, le juge estime qu'il y a une « zone de certitude », aussi bien qu'un « espace d'incertitude ou d'ambiguïté » où il s'avère difficile de déterminer si la notion est applicable au cas précis : « lorsqu'on essaie de définir si les faits correspondent à la notion prévue par la norme, il est clair que dans certains cas, les faits se trouvent sans aucun doute dans le domaine de la notion (ils tombent dans la zone de certitude positive), dans d'autres cas, l'examen révélera de manière indiscutable que les faits sont exclus de ce domaine (ils tombent dans la zone de certitude négative). Au milieu d'eux, il y aura enfin un espace où la correspondance entre les faits et le domaine de la notion s'avère douteuse (c'est la zone d'incertitude de la notion) »²⁷⁴.

²⁷² Conseil d'État, avis du 13 août 2009, req. 1952.

²⁷³ Conseil d'État, arrêt du 30 novembre 2006, req. 18059.

²⁷⁴ Cette approche est similaire à la solution dégagée par Sainz-Moreno à propos de l'indétermination des concepts. L'auteur a fait référence à deux cercles concentriques qui représentent chacun les zones de certitude positive et négative. L'espace situé au milieu des deux cercles est la zone de l'indétermination bien qu'il rappelle que « les limites des figures [des cercles] sont même floues ». F. Sainz-Moreno, *Conceptos jurídicos. Interpretación y discrecionalidad administrativa* [*Notions*

Si les faits tombent dans l'une des zones de certitude de la notion –positive ou négative-, il en résulte tout simplement que la notion est applicable ou qu'elle ne l'est pas. On peut citer par exemple, le cas d'une modification du contrat visant à réparer dans l'immédiat un pont détruit lors d'un acte subversif, qui est d'ailleurs la seule voie de communication pour accéder à une ville. La paralysie ou l'atteinte est sans aucun doute *grave* ; l'importance de l'altération du service public est claire. Dans un deuxième exemple, on peut affirmer que la gravité d'un changement visant à construire un parc de loisir est certes inexistante.

Les difficultés se posent lorsque les faits tombent dans la zone d'incertitude où un raisonnement logique n'est pas possible. Dans ce cas « il est nécessaire d'invoquer des éléments d'appréciation de nature technique, économique, politique, d'opportunité, etc. qui seront plus ou moins rationnels, plus ou moins concluants ou définitifs. De cette manière, on peut arriver à la détermination d'un critère raisonnable pour adopter la décision »²⁷⁵.

Bien que cette approche ne résolve pas le problème de la portée floue des termes de l'article 16 de la loi 80 de 1993, il nous semble qu'elle apporte des critères d'appréciation pour limiter l'action arbitraire des personnes publiques.

Par l'arrêt du 2 mai 2013, le Conseil d'État révèle que la motivation des actes unilatéraux : « entraîne pour la personne publique... l'obligation d'exposer tous les arguments qui, de manière raisonnable, fondent la décision, en l'éloignant des actes arbitraires »²⁷⁶.

juridiques et le pouvoir discrétionnaire de l'administration], 1^a ed., Civitas, Madrid, 1976, p. 70-71, 93-94. Voir également : H. Marín Hernández, *Discrecionalidad administrativa [Pouvoir discrétionnaire administratif]*, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 4.

²⁷⁵ Conseil d'État, arrêt du 30 novembre 2006, req. 18059.

²⁷⁶ Conseil d'État, arrêt du 2 mai 2013, req. 23949. Dans l'exposé des motifs de la loi 80 de 1993, le législateur a indiqué qu'« en cas de circonstances de menace de paralysie des services publics, l'administration a la possibilité de prendre des mesures fondées sur la prévalence de l'intérêt général pour assurer le bon fonctionnement des services publics. Ces mesures sont la modification et l'interprétation unilatérales du contrat (...). Chacune de ces prérogatives signifie ce que sa dénomination indique ; les circonstances doivent être exceptionnelles ; les raisons sont celles prévues

Il convient de remarquer également que l'acte administratif de modification unilatérale n'est pas lié seulement aux motifs de l'article 16 de la loi 80 de 1993, mais aussi aux objectifs généraux de l'article 3 du même statut : l'ensemble des mesures adoptées lors de l'exécution du contrat doivent avoir pour but la « gestion efficiente et continue des services publics ». La modification unilatérale doit se révéler comme l'instrument le plus efficace en l'espèce pour assurer la bonne gestion des services publics. Les motifs ne tenant pas compte de cette gestion nous semble, par conséquent, illégaux.

En tant que pouvoir exceptionnel, la modification unilatérale se voit reconnaître également un caractère impératif, car elle s'impose au cocontractant sans qu'il y ait besoin que l'administration recoure au juge du contrat.

§2. LE CARACTÈRE IMPÉRATIF

Les arrêts abondants du Conseil d'État²⁷⁷ en ce qui concerne la modification unilatérale du contrat, soulignent que le cocontractant est toujours tenu de respecter la décision administrative. L'entreprise est soumise à la décision de la personne publique contractante. La modification unilatérale est obligatoire pour le cocontractant. Pourtant, le caractère impératif n'est pas abordé dans ces arrêts, ce qui nous oblige à nous interroger sur le fondement normatif (A) et théorique de l'impérativité (B).

par la loi ; en outre les motifs doivent être graves... la motivation sera grave par rapport aux fins de l'intérêt général », GC n° 75, 23 sept. 1992.

²⁷⁷ Conseil d'État, arrêts du 31 janvier 1991, req. 4739, 4642 et 5951 ; du 1 octobre 1992, req. 6631 ; du 21 juin 1999, req. 14943 ; du 22 novembre 2001, req. 13356 ; du 18 septembre 2003, req. 15119 ; du 30 octobre 2003, req. 17213 ; du 11 décembre 2003, req. 16433 ; du 29 janvier 2004, req. 10779 ; du 2 septembre 2004, req. 14578 ; du 5 mai 2005, req. 15326 ; du 20 octobre 2005, req. 14579 ; du 8 juin 2006, req. 15005 ; du 11 février 2009, req. 16458 ; du 25 février 2009, req. 15797 ; du 10 mars 2011, req. 15666 et du 25 août 2011, req. 14461. Voir également : Conseil d'État, avis du 19 septembre 1994, req. 637 et du 14 décembre 2000, req. 1293. Voir également : Cour Constitutionnelle, arrêts C-1514 du 8 novembre 2000 et C-949 du 5 septembre 2001.

A. Le fondement normatif

Pourquoi la modification unilatérale est-elle obligatoire ? Pourquoi, aux termes de l'article 16 de la loi 80, la modification unilatérale s'impose-t-elle au cocontractant ?

La réponse est dans le texte de la norme de la loi 80 de 1993 : « si pendant l'exécution du contrat..., il est nécessaire d'introduire des changements dans le contrat..., l'entité, par voie d'acte administratif dûment motivé, le modifiera... ». La décision de modification est donc impérative car elle est prise au moyen d'un acte administratif exorbitant (1) et exécutoire (2).

1. La modification unilatérale en tant que décision exorbitante

Le mot *exorbitant* ou *ex orbita* fait allusion à « ce qui est en dehors de la route tracée »²⁷⁸. Dans un sens juridique, il se réfère à ce qui est « hors du droit commun »²⁷⁹, c'est-à-dire à ce qui est différent des prévisions contenues dans le droit civil. Les décisions exorbitantes sont définies par la doctrine comme celles « qui excèdent ou dépassent l'orbite du contrat civil, avec des actes d'imperium »²⁸⁰. Et même le Conseil d'État, lorsqu'il parle du régime exorbitant qui découle des pouvoirs exceptionnels, indique qu'il vise à celui qui *sort de l'orbite* du droit privé : « Ce qui est exorbitant l'est par rapport à quelque chose de normal... le caractère exorbitant doit être alors déterminé non pas sur la base d'une considération subjective, mais plutôt à partir de la confrontation des facultés qui a l'administration publique en tant que contractante et celles que les parties détiennent en droit commun »²⁸¹.

Il faut donc se demander si en droit privé l'un des contractants a la capacité de modifier unilatéralement un contrat, ce qui nous révèle qu'il est certainement

²⁷⁸ Diccionario de la Real Academia Española [*Dictionnaire de l'Académie Royale Espagnole*], Espasa, 2001.

²⁷⁹ M-T Palacios, *art. préc.*, p. 22.

²⁸⁰ M-T Palacios, *Ibidem*, p. 22.

possible. La modification unilatérale est admise en droit civil, en raison du principe de l'autonomie de la volonté²⁸².

Le Code civil colombien prescrit que tout contrat légalement conclu a force de loi pour les parties²⁸³, c'est pourquoi il ne peut être invalidé ou modifié que par leur consentement mutuel ou pour les causes prévues par la loi²⁸⁴. Pourtant, les décisions unilatérales ayant des effets juridiques pour les parties sont parfaitement admissibles. Tel est le cas de la faculté de modification unilatérale dans les contrats privés qui exige pour sa validité « une autorisation préalable de l'un des contractants » dans ce cas, on a besoin cependant « d'une clause explicite, claire et sans équivoque de la faculté qui est autorisée »²⁸⁵. Les cas où les parties conviennent que l'une d'entre elles peut modifier unilatéralement les obligations au cours de l'exécution du contrat ne sont pas rares en droit colombien.

La question se pose donc de savoir quelle est la différence entre la stipulation des parties et le pouvoir reconnu à l'administration publique lors de l'exécution d'un contrat administratif. Pour le Conseil d'État, la différence vient du fait que ce pouvoir est l'expression d'une prérogative de puissance publique ; la modification unilatérale est « la concrétisation d'une prérogative que l'ordre juridique attribue uniquement à un sujet de droit public... dans l'exercice des fonctions administratives »²⁸⁶.

²⁸¹ Conseil d'État, arrêt du 30 juillet 2008, req. 21574.

²⁸² Conseil d'État, arrêt du 30 juillet 2008, req. 21574.

²⁸³ Article 1134 du Code civil français : « 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 ». Article 1602 du Code civil colombien : « Tout contrat légalement formé tient lieu de loi à ceux qui l'ont fait et ne peut être révoqué que par leur consentement mutuel, ou par les causes indiquées dans la loi ».

²⁸⁴ Pour la Cour Suprême de justice les contrats se terminent du fait d'un désaccord mutuel des parties (arts. 1602 et 1625 du Code civil) ; ou par la déclaration judiciaire d'arrêt ou de fin quand est démontré le non-respect des obligations par l'un des contractants (arts. 1546 et 1625 du Code civil et 870 du Code de commerce) ; ou par la décision judiciaire de nullité absolue ou relative, fondé sur l'existence d'une cause concernant son invalidité (arts. 1625, 1740 et s. du Code civil). Voir : Cour Suprême de justice, Section de Cassation Civile, arrêt du 14 décembre 2001.

²⁸⁵ F. Hinestrosa, « Tratado de las Obligaciones, t.I, Concepto, Estructura, Vicisitudes » [*Traité des Obligations, T I, Concept, Structure, Vicissitudes*] Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2007, p. 539.

²⁸⁶ Conseil d'État, arrêt du 30 juillet 2008, req. 21574.

Cette analyse nous permet d'affirmer que la modification de l'administration est un pouvoir exceptionnel, non pas parce qu'elle est unilatérale (car les particuliers peuvent également convenir des modifications unilatérales ultérieures), mais car elle est exorbitante du fait que la décision est l'expression d'un pouvoir de puissance publique.

Tout ce qui est exorbitant est unilatéral, mais tout ce qui est unilatéral n'est pas toujours exorbitant. L'unilatéralité peut être convenue, mais à l'égard des contrats de droit privé l'exigibilité des obligations ne peut être obtenue que par l'intervention du juge. Le caractère exorbitant, en revanche, permet que l'administration, par disposition expresse de la loi (dans ce cas, l'article 16 de la loi 1993) puisse exiger directement l'exécution des obligations sans avoir besoin de saisir les tribunaux²⁸⁷.

M. Palacios affirme de manière correcte que « le caractère exorbitant octroie à l'une des parties de la relation contractuelle... compétence et juridiction pour exiger l'exécution des obligations, c'est pourquoi l'administration devient à la fois juge et partie... C'est ici où la différence entre les notions d'exorbitance et d'unilatéralité se manifeste. Il est clair que tout ce qui est exorbitant est unilatéral, mais que tout ce qui est unilatéral n'est pas exorbitant. L'unilatéralité peut être convenue par les parties, tandis que l'exorbitance doit provenir d'une autorisation légale »²⁸⁸. La capacité d'agir en tant que juridiction pour assurer l'exécution du contrat n'appartient certainement qu'à l'administration. C'est pour cela qu'il est un pouvoir différent de celui qui peuvent accorder les particuliers²⁸⁹.

Bien qu'il soit évident, il convient de préciser que les pouvoirs exceptionnels ne sont reconnus qu'à la administration et jamais aux cocontractants : « sans aucun doute... les facultés qui sont analysées, sont concédées par le statut des contrats de l'État uniquement aux organismes publiques »²⁹⁰.

²⁸⁷ Conseil d'État, arrêt du 30 juillet 2008, req. 21574.

²⁸⁸ M-T Palacios, *art. préc.*, p. 24.

²⁸⁹ Conseil d'État, arrêt du 13 avril 1994. Voir également : Cour Constitutionnelle, arrêt C-1436 du 25 octobre 2000.

²⁹⁰ Conseil d'État, arrêt du 30 juillet 2008, req. 21574.

2. La modification unilatérale en tant que décision exécutoire

Comme l'indique J. Pontier, en France « l'administration prend des actes unilatéraux qui n'ont pas tous le même contenu et ne produisent pas les mêmes effets. L'analyse de ces actes fait apparaître l'existence d'actes unilatéraux parmi lesquels seuls certains vont pouvoir être qualifiés de décisions exécutoires »²⁹¹. Lesquels ?

L'expression « décision exécutoire » a été utilisée pour la première fois par M. Hauriou au début du XX^{ème} siècle²⁹² et reprise plus tard par le Conseil d'État français dans un arrêt de 1970 : les juridictions administratives « ne peuvent en principe ordonner le sursis à exécution d'une décision qui leur est déférée que si cette décision n'est exécutoire »²⁹³. Mais le sens et la portée de la décision exécutoire sont encore ambigus puisque ce concept est employé comme synonyme des expressions *décision applicable*, *décision exécutable* et *décision entrée en vigueur* : « dans son sens premier, retenu par les arrêts de 1978²⁹⁴, la décision administrative est qualifiée d'exécutoire dès lors qu'elle s'impose, quel que soit son contenu, aux administrés qui ne peuvent que s'y conformer. Ce n'est là rien d'autre que l'expression du privilège

²⁹¹ J. Pontier. *L'action administrative*, n° 8. La notion d'acte administratif unilatéral, UNJF, 2013, p. 3.

²⁹² « Définition de la décision exécutoire. – Tous les actes de l'administration sont juridiques en ce sens que tous sont astreints à des conditions extérieures de validité et à la légalité, mais il en est parmi eux qui sont juridiques en cet autre sens qu'ils produisent par eux-mêmes un effet de droit. On comprend que ces actes soient les plus importants de tous, ce sont ceux par lesquels s'exercent les droits des personnes administratives en vue du fonctionnement des services publics et de l'application des lois et tous les autres actes qui ne produisent pas par eux-mêmes effet de droit ne sont que des mesures de préparation et des mesures d'exécution de ceux-là. Non seulement ces actes d'administration produisant effet juridique sont les premiers dans la hiérarchie des actes, mais ils ont cette conséquence d'une importance considérable pour les administrés de *créer un contentieux contre eux-mêmes*, non seulement quand ils sont complètement accomplis et que l'effet de droit qu'ils tendent à produire s'est réalisé, mais dès qu'ils existent à titre de décision exécutoire et non encore exécutée. Ils donnent naissance à un recours contentieux qui est porté devant un juge administratif et qui peut aboutir, suivant le cas, soit à leur annulation, soit à leur réformation ». M. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 4^{ème} édition, L. Larose, Paris, p. 276.

²⁹³ CE, 23 janvier 1970, *Ministre d'État chargé des affaires sociales c/Amoros et autres*, Rec. p. 51.

²⁹⁴ CE, 10 février 1978, *Conseil d'administration des restaurants du personnel des Postes et Télécommunications de Dijon* : La décision ministérielle ordonnant de ne pas donner suite à une délibération accordant à des personnels en grève le bénéfice de repas gratuits « a un caractère exécutoire ». Voir également : CE, 25 octobre 1978, *Dame Madré* : le refus de communiquer une estimation effectuée par le service des douanes constitue une décision qui est « exécutoire ».

du *préalable* qui donne force obligatoire à toute décision administrative »²⁹⁵. C'est en ce sens que le caractère exécutoire des décisions administratives a été qualifié par la jurisprudence administrative de « règle fondamentale du droit public »²⁹⁶. Pourtant, tous les actes unilatéraux ne sont pas des actes obligatoires, il en est ainsi, notamment, de tous les actes qui autorisent, qui habilitent ou qui permettent²⁹⁷.

Mais au sens des deux décisions d'Assemblée de 1970 et 1975²⁹⁸, « pour qu'une décision soit exécutoire, il faut non seulement qu'elle soit agrégée à l'ordonnancement juridique, mais il faut aussi qu'elle le modifie. Non pas d'ailleurs nécessairement qu'elle implique une obligation »²⁹⁹.

Le législateur a ajouté dans la loi du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions³⁰⁰, un troisième sens. Aux termes des dispositions de celles-ci, les actes des collectivités territoriales « sont exécutoires de plein droit dès qu'il a été procédé à leur publication ou à leur notification aux intéressés » et pour certains autres cas, à leur transmission au représentant de l'État. D'ailleurs, certaines délibérations ne sont exécutoires qu'au terme d'un délai prévu par la loi, après transmission au représentant de l'État. Ici, il nous semble qu'exécutoire s'assimile à « entrée en vigueur », en conditionnant, par conséquent, la production d'effets juridiques. C'est en ce sens aussi que semble se prononcer la Cour de Cassation en indiquant que le caractère exécutoire ne s'attache aux décisions que lorsqu'elles ont été notifiées³⁰¹.

²⁹⁵ Extrait du rapport pour la France présenté par Martine de Boisdeffre (Direction des Archives de France) 1988.

²⁹⁶ CE, 2 juillet 1982, *Huglo et autres*, Rec. 258.

²⁹⁷ Voir : J. Pontier, *art. préc.*, p. 3.

²⁹⁸ CE, 23 janvier 1970, *Ministre d'État chargé des Affaires sociales c. Amoros et autres*, Rec. 51 ; 20 juin 1975, *Nataf et Ferrari*, Rec. 381.

²⁹⁹ À titre d'exemple, « un permis de construire donne la possibilité à son bénéficiaire de construire l'immeuble pour lequel il a demandé le permis, l'acte décidant de taxer les véhicules qui produisent un CO2 supérieur à un certain taux crée une obligation à la charge de l'acheteur d'un véhicule dépassant ce taux de payer la taxe en question ; la nomination d'un fonctionnaire entraîne à son profit un certain nombre de droits, etc. » J. Pontier, *art. préc.*, p. 4.

³⁰⁰ Modifiée par la loi du 22 juillet 1982.

³⁰¹ Cour de Cassation, 16 décembre 2005, BICC n°634 du 15 février 2006.

Toutefois, il est possible qu'en droit français ces sens de l'expression décision exécutoire, soient plutôt des caractéristiques ou même des conditions nécessaires pour qu'une décision soit exécutoire. Ainsi, nous pourrions dire qu'une décision exécutoire exige pour être qualifiée comme telle :

- Force obligatoire de l'acte.
- La modification de l'ordre juridique, par la création de droits ou d'obligations au profit ou à la charge d'autres personnes.
- L'opposabilité de l'acte, qui découle de la publicité (variable selon la nature de l'acte) et de la transmission de l'acte au représentant de l'État.

En Colombie, aussi bien la doctrine que la jurisprudence parlent non pas des décisions exécutoires, mais des décisions administratives ayant *force exécutoire*. L'un des éléments essentiels de l'acte administratif est précisément cette force.

Le droit colombien fait ainsi une distinction entre les actes administratifs et les actes de l'administration. L'acte administratif est un instrument juridique qui remplit l'ensemble des conditions prévues par la loi pour la création d'effets de droit ; les actes de l'administration sont, en revanche, ceux qui ne remplissent pas les conditions légales pour la création d'effets, même s'ils sont l'expression de la volonté d'une personne de droit public. C'est le cas, par exemple, des actes d'instruction, préparatoires ou d'exécution matérielle, dont on ne peut pas déduire plus que la fonctionnalité administrative, mais sans décision exécutoire selon les termes étudiés : « ce type d'actes non pas administratifs, mais de l'administration, ne peuvent faire l'objet de recours et encore moins de litiges face à la juridiction administrative sauf si, de manière anormale, ils en arrivaient à contenir une décision définitive créatrice de situations juridiques particulières »³⁰².

La distinction entre acte administratif et acte de l'administration est traitée en droit français comme décision exécutoire et décision non-exécutoire³⁰³, les deux

³⁰² J. Santofimio-Gamboa, « Tratado de derecho Administrativo » [*Traité de Droit Administratif, T. II, Acte administratif*], t.II, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 2007, p. 161.

³⁰³ D'autres auteurs distinguent plutôt l'acte administratif décisoire de l'acte administratif non-décisoire.

appartenant à la catégorie des actes administratifs³⁰⁴. Ainsi que l'indique J. Pontier : « l'on peut identifier un certain nombre d'actes qui sont effectivement des actes administratifs unilatéraux, mais auxquels on ne peut pas reconnaître le caractère d'acte exécutoire ou de décision. Ce sont des actes qui, normalement, n'ont pas d'effet sur la situation juridique ou matérielle des administrés. Il existe une très grande variété d'actes auxquels le juge, s'il est saisi, refuse de reconnaître le caractère de décision et cette réserve du juge paraît le plus souvent justifiée. Ainsi en est-il des actes qui présentent un caractère simplement indicatif, parce qu'ils opèrent une simple constatation (CE 7 octobre 1988, *Bienvenu*, Rec. p. 330), ou bien parce qu'ils manifestent une simple déclaration d'intention (CE 22 avril 1970, *Sté. Établissements Louis Rémusat*, Rec. p. 264). C'est encore le cas des actes par lesquels l'autorité administrative se borne à émettre une opinion (CE 18 février 1987, *Rocache*, Rec. p. 61), ainsi que des actes pris dans le cadre d'une procédure complexe faisant intervenir une série d'actes successifs. C'est aussi le cas des actes que l'on qualifie de préparatoires ou de provisoires »³⁰⁵.

Le Conseil d'État colombien a indiqué que la force exécutoire fait référence à « la faculté dont dispose les personnes publiques d'imposer les effets juridiques de l'acte administratif, même contre la volonté des administrés³⁰⁶. La jurisprudence indique que la force exécutoire signifie que l'acte est non seulement obligatoire, mais directement exigible au destinataire : « l'acte administratif a force juridique, ce qui signifie qu'il doit être respectée par les administrés, aussi bien par l'Administration »³⁰⁷. L'exigibilité implique pour sa part, que les décisions peuvent être exécutés directement par l'administration, sans avoir besoin de l'intervention préalable du juge³⁰⁸.

³⁰⁴ Comme l'indique J. Pontier, « toute décision exécutoire est un acte administratif unilatéral, mais que tout acte administratif unilatéral n'est pas une décision exécutoire, parce que certains de ces actes ne font pas grief et, par voie de conséquence, sont insusceptibles d'être différés au juge de l'excès de pouvoir en vue de leur annulation. Cela signifie que l'on peut identifier un certain nombre d'actes qui sont effectivement des actes administratifs unilatéraux, mais auxquels on ne peut pas reconnaître le caractère d'acte exécutoire ou de décision. Ce sont des actes qui, normalement, n'ont pas d'effet sur la situation juridique ou matérielle des administrés », (*art. préc.*).

³⁰⁵ J. Pontier, *Ibidem*.

³⁰⁶ Conseil d'État, arrêt du 19 février 1998, req. 4490.

³⁰⁷ Tribunal Administratif du Cundinamarca [*Tribunal Administrativo de Cundinamarca*], arrêt du 29 juillet 2004, req. 00083.

³⁰⁸ Tribunal Administratif du Cundinamarca [*Tribunal Administrativo de Cundinamarca*], *Ibidem*.

La Cour Constitutionnelle précise, de son côté, que la force exécutoire d'un acte administratif est fondée d'abord sur la présomption de légalité des actes et, deuxièmement, sur la stabilité qui est obtenue quand elle est opposable au particulier (les conditions de publicité sont ainsi essentielles pour que la décision devient exigible)³⁰⁹.

En tenant compte du fait que l'article 16 de la loi 80 exige que la modification unilatérale soit décidée au moyen d'un acte administratif, il est facile de conclure que cette décision a une force exécutoire. En France, cela équivaldrait à dire qu'elle constitue une décision exécutoire.

Bien que la force exécutoire découle du texte de certaines normes (spécialement des dispositions du Code de procédure administrative), il est clair que son fondement n'est pas seulement normatif. L'absence de normes à cet égard, n'entraîne pas vraiment la disparition du caractère impératif des décisions administratives, ce qui nous conduit à l'analyse du fondement théorique de l'impérativité en droit colombien.

B. Le fondement théorique

Traditionnellement, l'impérativité de l'acte administratif a été expliquée à partir de la théorie classique française des privilèges de la puissance publique (1). Toutefois, au cours de la dernière décennie, ce caractère a été également abordé sur la base de la théorie du pouvoir d'auto-tutelle administrative du droit espagnol (2), ce qui a entraîné une incertitude sur les raisons théoriques qui fondent la force obligatoire des actes de l'administration contractante.

1. La théorie classique des privilèges de la puissance publique

L'article 64 du décret 01 de 1984, sous le titre de « caractère exécutif et exécutoire des actes administratifs » a précisé que les actes administratifs « seront suffisants pour que l'administration puisse procéder à leur exécution immédiate ».

Ce qui a réellement suscité plusieurs débats, ce n'est pas le texte de la norme, mais plutôt son titre. Le législateur a parlé du caractère exécutif et exécutoire, mais il n'a pas indiqué s'ils sont synonymes ou s'ils ont des effets juridiques différents. C'est pour cela que la jurisprudence et spécialement la doctrine se sont lancées dans l'analyse de ces termes. Le caractère exécutif a été appelé impérativité propre (α) et le caractère exécutoire impérativité impropre (β).

α – Impérativité propre

L'*impérativité propre* ou l'*imposition unilatérale d'obligations*, ou simplement nature *obligatoire*³¹⁰ de l'acte, fait référence à la faculté de l'administration de prendre unilatéralement des décisions, sans demander le consentement des intéressés³¹¹ et sans besoin de s'adresser au préalable à un juge pour prononcer la validité de l'acte : « l'exemple qui puisse nous permettre de voir clairement les effets de la nature obligatoire, est celui de la clause de déchéance des contrats de l'État, qui permet à l'administration par un acte administratif, de résilier unilatéralement le contrat lorsque se présente l'une des causes prévues pour cela. Dans ce cas, l'administration prend elle-même la décision... sans avoir besoin de recourir au préalable au juge pour qu'il analyse si les conditions qui permettent la déchéance sont présentes »³¹².

Il en va de même pour la modification unilatérale du contrat, car la personne publique peut valablement édicter un acte administratif modifiant les prestations du

³⁰⁹ Cour Constitutionnelle, arrêt C-069 du 23 février 1995.

³¹⁰ C. Rodríguez-Santos, *Manuel de Droit Administratif* [Manual de derecho administrativo], 2^{ème} édition, Librairie Édit. El Profesional, Bogota, 1988, p. 62.

³¹¹ Sauf en ce qui concerne la prévision de l'article 73 du Code de procédure administrative : « Abrogation d'actes à caractère particulier et concret. Quand un acte administratif aura créé ou modifié une situation juridique à caractère particulier et concret ou reconnu un droit de catégorie égale, il ne pourra être abrogé sans le consentement exprès et écrit du titulaire correspondant ».

cocontractant, ce qui est certainement obligatoire lorsque les conditions de publicité et d'opposabilité sont remplies.

L'impérativité propre correspond en droit français au *privilège du préalable*, qui fait référence à la « compétence-outil de l'Administration, un moyen de mise en œuvre de ses autres compétences »³¹³. Le privilège du préalable est une « compétence normative », pensée comme la faculté de l'administration « par sa seule volonté, de modifier..., de supprimer des situations juridiques existantes ou de créer des situations juridiques nouvelles »³¹⁴.

M. Hauriou, à qui on en attribue ses fondements³¹⁵, précise que le privilège du *préalable* n'est rien d'autre que la possibilité reconnue aux autorités administratives d'adopter des décisions unilatérales sans qu'il soit nécessaire d'avoir une autorisation judiciaire préalable pour que ces décisions soient obligatoires. Cela signifie essentiellement deux choses :

- L'administration dispose de la prérogative d'exercer ses droits par ses propres moyens ; et
- La décision produit des effets de droit imposables aux particuliers concernés.

β – *Impérativité impropre*

L'impérativité impropre se réfère à la possibilité dont dispose l'administration d'obtenir l'exécution de ses décisions par elle-même, en disposant de ses propres moyens de coercition. Elle se manifeste en pratique par les actes d'exécution de l'acte. Les exemples sont diverses : c'est le cas de l'occupation par la force d'un immeuble lorsque le propriétaire ne le remet pas volontairement, la vente forcée de

³¹² C. Rodríguez-Santos, *op. cit.*, p. 63

³¹³ R. Souche, *Privilège du préalable et contrats administratifs*, mémoire sous la direction de G. Clamour, Université de Montpellier I, BNPA, 2011, p. 12.

³¹⁴ F. Moderne, *La notion de prérogative de puissance publique en droit administratif français*, t.III, Thèse Bordeaux, 1960, p. 59.

³¹⁵ M. Hauriou, *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence (3e année) et en doctorat ès-sciences politiques*, 2^{ème} édition, L. Tenin, Paris, 1916.

immeubles de contribuables en retard, l'application de ce qui est appelé sanctions administratives³¹⁶, la fermeture forcée d'un établissement commercial, etc.³¹⁷.

En ce qui concerne la modification unilatérale du contrat administratif, l'impérativité impropre entraîne l'exigibilité de ce qui a fait l'objet de modification au moyen de l'imposition de sanctions, du paiement d'amendes et de l'application de tout autre mécanisme prévu dans le contrat pour obtenir l'exécution des obligations du cocontractant.

Pourquoi l'appelle-t-on « impropre » ? Il n'existe en droit colombien aucune référence à cet égard. Peut-être c'est parce qu'elle se réfère plutôt à la mise en œuvre de la décision qu'à son caractère obligatoire, mais, à vrai dire, il n'y a pas de raison juridique. C'est le nom choisi par la doctrine sans aucune autre considération.

Comme J. Olivera l'indique, on peut considérer l'impérativité impropre comme une manifestation spéciale de l'efficacité des actes administratifs lorsqu'ils prévoient des obligations ou des interdictions aux administrés, qui peuvent s'imposer contre leur volonté au moyen des organismes administratifs chargés de l'exécution des décisions³¹⁸.

En ce qui concerne les fondements de cette impérativité, la doctrine a suggéré une base politique et juridique : « le premier découle de l'urgence de la satisfaction des besoins sociaux dont l'administration doit s'occuper et qui ne permettent aucun retard d'aucune nature. Les intérêts généraux ne peuvent avoir d'obstacle ou de retard dans leur satisfaction. Le deuxième de ces fondements, c'est-à-dire le juridique, se

³¹⁶ Selon l'article 65 du Code de procédure administrative, « quand un acte administratif impose une obligation à un particulier et que ce dernier refuse de l'accomplir, on lui imposera des amendes successives tant qu'il se maintiendra en état de rébellion, en lui concédant des délais raisonnables pour qu'il accomplisse ce qui lui a été ordonné. Chaque amende peut atteindre jusqu'à un million de pesos (Col\$ 1.000.000). S'il était possible que l'administration ou un de ses agents exécutent les actes qui correspondent au particulier, ils le feront à la charge de ce dernier s'il continuait en rébellion ».

³¹⁷ C. Rodríguez-Santos, *op. cit.*, p. 63.

³¹⁸ J. Olivera-Toro, « Manuel de Droit Administratif » [*Manual de Derecho Administrativo*], Edit. Porrúa, Mexico, 1976, p. 190.

trouve dans la présomption de légalité que a l'acte administratif, présomption *juris tantum* qui admet par conséquent la preuve contraire »³¹⁹.

L'impérativité impropre correspond en droit français au privilège de l'exécution d'office, appelée également exécution forcée³²⁰.

Dans une situation idéale, les citoyens exécuteraient d'eux-mêmes les décisions de l'administration parce qu'on les considère prises en raison de l'intérêt général et du bien commun. Cependant, la réalité montre que, très souvent, les personnes concernées se refusent à l'exécution de telles décisions. C'est pourquoi on reconnaît deux voies d'action aux autorités administratives : l'imposition de sanctions pénales³²¹ et administratives³²² et l'exécution forcée (l'administration procède elle-même, au besoin par la force, à l'application de sa décision).

Rappelons d'abord qu'en France les autorités administratives n'ont pas le droit de recourir à la force pour faire exécuter leurs décisions. Ce recours à l'exécution forcée est exceptionnel, reconnu à l'administration par le juge, mais dans des conditions très restrictives.

Les conditions de l'exécution forcée ont été définies par le commissaire du gouvernement Romieu dans ses conclusions sur l'arrêt du Tribunal des Conflits du 2 décembre 1902, *Société Immobilière de Saint-Just*. Celle-ci ne peut intervenir que dans trois cas :

³¹⁹ J. Olivera-Toro, *Ibidem*, p. 190.

³²⁰ M. Long, P. Weil, G. Braibant et autres, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 16^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2007, p. 68.

³²¹ Un exemple de sanction pénale est cité par l'art. R 610-5 du Code pénal, dirigée contre ceux qui ont contrevenu aux décrets et arrêtés de police ainsi qu'aux arrêtés publiés par l'autorité administrative.

³²² « La sanction administrative sera définie comme l'acte administratif unilatéral émanant d'un administrateur actif et destiné à punir un manquement à une obligation imposée par l'Administration dans l'intérêt général » M. Rougevin-Baville, *La sanction administrative en droit français*, Colloque de l'Association des Conseils d'État et des juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne, octobre 1972.

- Lorsqu'elle est prévue par une loi³²³ ;
- Si d'autres voies de droit pour assurer l'exécution de la décision administrative n'existent pas ;
- Lorsqu'il y a urgence, situation que Romieu décrit de manière tout-à-fait pragmatique : « quand la maison brûle, on ne va pas demander au juge l'autorisation d'y envoyer les pompiers ». Il faut rappeler à cet égard que même s'il n'y a pas d'autorisation législative dans ce sens et même s'il y a des sanctions possibles, l'urgence permet à l'administration de recourir à l'exécution forcée.

Quant à la légalité de l'exécution d'office, si l'on se trouve dans l'un des cas antérieurs, elle est subordonnée à la réunion des conditions suivantes :

- Elle doit trouver sa source dans un texte de loi précis ;
- L'administration doit se heurter à une « mauvaise volonté caractérisée » des intéressés. « Il faut qu'il y ait lieu à exécution forcée » (Romieu) ;
- L'exécution forcée doit tendre uniquement à l'exécution de l'acte.

L'exécution forcée est irrégulière dans deux cas : lorsqu'elle concerne un acte irrégulier, (TC, 27 février 1903, *Zimmermann*, Rec. 180) et lorsqu'elle n'est ni autorisée par la loi ni justifiée par l'urgence, même s'agissant d'un acte régulier³²⁴.

Si, en droit français, la doctrine indique comme une erreur à éviter le fait de croire qu'une décision exécutoire se définit comme une décision que l'administration peut exécuter d'office, c'est-à-dire par la force, en droit colombien cette définition est possible. Le Code de procédure administrative indique que tous les actes administratifs sont exécutoires, c'est-à-dire qu'ils peuvent être exécutés de manière forcée par l'administration sans avoir besoin de saisir le juge pour en obtenir leur exécution, ce qui ne signifie pas, cependant, que la décision administrative ne puisse être contestée devant le juge³²⁵.

³²³ C'est le cas des réquisitions militaires (loi du 3 juillet 1877), de l'occupation temporaire de terrains privés en vue de l'exécution de travaux publics (loi du 29 décembre 1892), des immeubles menaçant ruine (loi du 21 juin 1898), de l'enlèvement et la mise en fourrière de véhicules en infraction aux dispositions du Code de la route, etc.

³²⁴ J. Pontier, *art. préc.*

³²⁵ Cour Constitutionnelle, arrêt C-069 du 23 février 1995.

2. La théorie du pouvoir d'auto-tutelle

Bien que le caractère obligatoire et exécutoire des actes administratifs soit traditionnellement expliqué à partir de théorie française déjà abordée, la jurisprudence colombienne a récemment tenté d'expliquer de tels caractères à partir de la théorie du pouvoir d'auto-tutelle [autocontrôle] de l'État dégagée en droit espagnol³²⁶. Cela veut dire que, sans se référer aux manifestations du caractère impératif de l'acte administratif (qui sont prévus explicitement par le Code de procédure administrative), le juge a changé le fondement théorique d'où émanent ces manifestations. Pourtant, il convient de noter les risques de ce changement : si sous la théorie des privilèges de la puissance publique l'édition et l'exécution des décisions administratives sont limités aux cas explicitement autorisés par la loi, sous la théorie espagnole l'État se voit reconnaître un pouvoir exécutoire général qui puisse conduire à l'exercice des pouvoirs de la puissance publique dans les cas où la loi n'a pas prévu vraiment ces privilèges.

Ainsi que l'indique le Conseil d'État, la conclusion des contrats administratifs entraîne la reconnaissance de certaines prérogatives « qui n'ont pas leur fondement dans la *lex contractus*, ni dans la nature publique du contrat, mais plutôt dans les attributs propres de l'administration inhérents à l'*imperium* de l'État qui lui confèrent une suprématie dans toutes ses rapports juridiques »³²⁷. Le fondement de cette suprématie est le but d'intérêt public qui détermine la conclusion de l'ensemble des contrats de l'État (art. 3, loi 80 de 1993).

Par les arrêts du 12 octobre 1994 et du 8 juin 2000, la Cour Constitutionnelle a dégagé de cet *imperium* de l'État un pouvoir d'*auto-tutelle* ou d'autocontrôle des autorités administratives reconnu pour assurer la primauté de l'intérêt général³²⁸. Le juge a aussi précisé que ce pouvoir est classé en deux catégories, le pouvoir *déclaratif*

³²⁶ E. García-Enterría, « Curso de Derecho Administrativo » [*Cours de Droit Administratif*], t.I, 14^{ème} édition, Civitas Edic. SL, Madrid, 2008, p. 469 et s.

³²⁷ Conseil d'État, arrêt du 24 mai 2001, req. 13598.

³²⁸ Cour Constitutionnelle, arrêts T-445 du 12 octobre 1994 et C-666 du 8 juin 2000.

et le pouvoir *exécutoire* : « l'auto-tutelle déclarative est la faculté de l'administration, découlant de la présomption de légalité des actes administratifs, de prendre de décisions obligatoires, sans avoir besoin d'obtenir aucune autorisation judiciaire préalable. L'auto-tutelle exécutoire permet, pour sa part... l'exécution de la décision par l'usage de ses propres moyens de coercition sans avoir besoin d'obtenir le support des moyens judiciaires. L'auto-tutelle déclarative se réfère à la possibilité d'adopter des actes administratifs, tandis que l'auto-tutelle exécutoire fait allusion aux actions d'exécution des décisions, aux opérations matérielles, aux moyens de coercition ». ³²⁹

Concernant la première forme, le Conseil d'État a précisé qu'elle se matérialise dans des actes administratifs. La possibilité de prendre des décisions obligatoires « découle de l'article 64 du Code de procédure administrative qui prévoit une prérogative générale de puissance publique dont dispose l'administration dans toutes ses relations juridiques, aussi bien celles de nature extra-contractuelle que celles de nature contractuelle, car l'article 77 de la loi 80 incorpore expressément dans la gestion contractuelle de l'État les dispositions du Code de procédure qui régissent l'exercice de la fonction administrative »³³⁰.

La seconde forme « concerne la nature exécutoire des actes administratifs »³³¹. L'auto-tutelle exécutoire se réfère à la faculté d'exécuter directement la décision sans avoir besoin de recourir au juge. En reprenant les mots de la doctrine espagnole³³² le juge administratif affirme que « l'Administration a la faculté, en tant que sujet de droit public, d'exercer elle-même une tutelle [contrôle] contre ses propres décisions juridiques... pour éviter qu'il soit toujours nécessaire de demander une tutelle [contrôle] judiciaire »³³³.

Il est clair que les deux formes de l'auto-tutelle du droit espagnol correspondent aux deux privilèges de la théorie classique du droit français. L'auto-tutelle déclarative est le privilège du préalable qui permet à l'administration de

³²⁹ Ces termes ont été repris par le Conseil d'État dans les arrêts du 24 mai 2001 ; 13598, du 30 août 2006 et du 30 juin 2001.

³³⁰ Conseil d'État, *Ibidem*.

³³¹ Conseil d'État, *Ibidem*.

³³² E. García-Enterría, *op. cit.*, p. 473.

³³³ Conseil d'État, arrêt du 24 mai 2001, req. 13598.

prendre des décisions qui peuvent modifier ou de provoquer l'extinction de situations juridiques subjectives. L'auto-tutelle exécutoire correspond, pour sa part, au privilège de l'exécution d'office ou exécution forcée qui fait allusion au pouvoir d'exécuter directement ses propres actes.

En dépit de la similarité des deux théories, une conséquence importante découle de l'adoption de la théorie espagnole. Dans la théorie classique, l'administration est soumise aux pouvoirs que lui confère explicitement la loi, c'est-à-dire qu'elle ne peut qu'exercer les privilèges que la loi autorise (si l'administration n'est chargée que d'appliquer la loi, on ne peut pas concevoir qu'elle agisse au-delà des limites fixées par les normes juridiques). C'est le cas, par exemple, des pouvoirs exceptionnels en matière de contrats publics, qui sont énumérés de manière définitive dans l'article 14 de la loi 80 de 1993. Les personnes publiques contractantes n'ont que les facultés de résiliation, d'interprétation et de modification unilatérales et de déchéance, ce qui signifie que la décision qui ne correspond pas à l'exercice de l'une de ces prérogatives, est certes illégale.

Toutefois, la solution n'est pas la même si les prérogatives sont vues sous l'optique de la théorie d'auto-tutelle de l'État, car celle-ci reconnaît une portée plus étendue à l'action exorbitante des autorités. L'intérêt public qui est à la base de la action administrative permet de prendre des actes administratifs même dans les cas où la loi n'a pas prévu explicitement l'exercice d'un pouvoir exorbitant. Cela veut dire que l'ensemble des décisions sont obligatoires et exécutoires voire dans les cas où la loi ne reconnaît pas l'existence d'une prérogative de puissance publique.

En matière de contrats administratifs, le Conseil d'État admet que lors de l'exécution, les privilèges de l'administration sont les suivants : les pouvoirs exceptionnels d'interprétation, de modification et de résiliation unilatérales, la déchéance (facultés prévues explicitement par l'article 14 de la loi 80 de 1993), mais aussi la décision de résiliation pour nullité absolue et les actes de liquidation unilatérale du contrat, d'imposition d'amendes³³⁴ et de sanction économique pour le

³³⁴ Conseil d'État, ordonnance du 6 août 1998, req. 14558 ; arrêt du 29 juin 2000, req. 16756 et arrêt du 20 juin 2002, req. 19488.

retard du cocontractant³³⁵ (p. ex. la clause pénale), cas dans lesquels la loi n'a pas vraiment prévu un pouvoir exceptionnel.

À notre avis, les considérants du juge administratif entraînent le mépris de la nature exceptionnelle des privilèges. En ce qui concerne la modification unilatérale du contrat, on pourrait penser que cette tendance jurisprudentielle peut modifier la portée des restrictions ou des limites fixées par la loi. Selon l'article 16 de la loi 80 de 1993, la modification est un pouvoir exceptionnel qui n'est peut être exercé que dans les contrats explicitement indiqués par le statut, mais on peut penser que sur la base de la théorie de la auto-tutelle, elle sera admis également au sein d'autres types contractuels. Finalement, ces privilèges ne proviennent plus simplement de la loi, mais d'un pouvoir d'auto-tutelle ou d'autocontrôle plus général fondé sur l'*imperium* de l'État et sur la primauté de l'intérêt public.

S'il en est ainsi, les pouvoirs ne seront plus exceptionnels. En outre, la nature obligatoire et exécutoire des décisions n'aurait plus besoin d'une prévision légale car les actes seront fondés sur une valeur supérieure comme celui de l'*imperium*.

L'un des exemples qu'on peut citer à cet égard est celui du contrat d'intervention (maîtrise d'œuvre en droit français) où l'administration a estimé que l'exercice des pouvoirs de déchéance, de résiliation et de modification unilatérale est possible. Le juge a tranché cette controverse en soulignant l'interdiction par rapport à ces contrats³³⁶, mais le but des personnes publiques d'utiliser les pouvoirs au-delà des restrictions prévues par la loi est clair. L'idée de l'État interventionniste et monopolistique de l'ancien régime est toujours présente.

La modification unilatérale n'a pas seulement un pouvoir exceptionnel ; elle est aussi un instrument de changement des obligations contractuelle, ce qui nous conduit à analyser les conséquences modificatives de cette figure.

³³⁵ Conseil d'État, arrêt du 24 mai 2001, req. 13598.

³³⁶ Voir *supra*, Introduction, Section 1. A.

SECTION 2 : LA MODIFICATION UNILATÉRALE EN TANT QU'INSTRUMENT DE CHANGEMENT

La rigidité des principes du droit civil peut s'appliquer avec une certaine relativité au droit administratif³³⁷, c'est pourquoi on admet dans celui-ci le *ius variandi* ou pouvoir de modification dans le cadre de certaines limites raisonnables fondées sur l'intérêt public. Pour le législateur le contrat administratif n'est pas considéré comme une fin en soi³³⁸, y voyant plutôt un mécanisme qui permet aux autorités publiques d'assurer le fonctionnement et la bonne gestion des services publics. Dans ce contexte, la mutabilité du contrat administratif est vue comme « la possibilité de modifier unilatéralement ses termes... en faisant changer les prestations à la charge du cocontractant »³³⁹. Le Conseil d'État colombien lui-même définit la mutabilité du contrat administratif comme « le droit dont dispose l'administration de faire changer les obligations à la charge du cocontractant, lorsqu'il est nécessaire pour accomplir l'objet et les finalités générales de l'État »³⁴⁰.

L'exercice de ce pouvoir n'est pas pourtant illimité ; la modification unilatérale a une portée précise (§1) et entraîne une obligation d'indemniser le cocontractant lorsque la décision administrative a une incidence négative sur la projection financière du cocontractant (§2).

§1. LA PORTÉE DE LA MODIFICATION UNILATÉRALE

³³⁷ Voir *supra* 1^{ère} Partie, Titre I Chapitre 1.

³³⁸ Voir *supra* 1^{ère} Partie, Titre I Chapitre 1 Section 1 B. La paralysie ou l'atteinte au service public comme causes pour modifier unilatéralement le contrat.

³³⁹ H-J Escola, *op. cit.*, pág. 391.

³⁴⁰ Conseil d'État, avis du 13 août 2009, req. 1952. Il est surprenant qu'ici le Conseil d'État utilise le mot « droit » alors qu'il devrait se référer à la mutabilité du contrat plutôt comme un pouvoir exceptionnel ou une prérogative de la puissance publique.

Ainsi que nous l'avons indiqué, en droit français la confirmation de la théorie de la mutabilité est apparue avec l'arrêt *Compagnie générale française des tramways* du 11 mars 1910³⁴¹. Le fait qui a entraîné cet arrêt ait été l'ordre donné par le préfet des Bouches-du-Rhône à son cocontractant d'augmenter, pour satisfaire aux besoins accrus de la population, le nombre des rames en service³⁴². La Compagnie des tramways considérait que l'administration ne pouvait pas modifier ce nombre de manière unilatérale mais, motivé dans une grande mesure par les conclusions du Commissaire du gouvernement Léon Blum, le Conseil d'État reconnaît au préfet « le droit, non seulement d'approuver les horaires des trains... mais encore de prescrire les additions et modifications nécessaires pour assurer, dans l'intérêt du public, la marche normale du service »³⁴³.

Selon cet arrêt, c'est donc sur les conditions du service que des modifications peuvent être imposées par l'autorité publique à son cocontractant. En principe, les clauses financières ne sauraient être touchées en elles-mêmes³⁴⁴ et « les modifications ainsi apportées ne doivent pas être incompatibles avec le mode de gestion choisi »³⁴⁵.

Cette solution nous permet nous interroger sur ce qui est susceptible d'être modifié unilatéralement par l'administration.

A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé présentent une vision assez vaste de cette question : « on peut concevoir qu'un tel changement soit susceptible de porter sur divers éléments : soit la durée du contrat (l'administration prétend mettre fin prématurément à la réalisation du contrat, par exemple à une concession de service public avant l'expiration de la durée de cette concession stipulée dans le cahier des charges, à l'exécution d'un travail public avant l'achèvement du travail), soit le volume ou la quantité des prestations (l'administration prétend imposer une extension du service concédé, un accroissement ou une diminution de la masse des

³⁴¹ Le principe de mutabilité résultait déjà de l'arrêt *Gaz de Deville-lès-Rouen* du 10 janvier 1902, admettant la possibilité pour la collectivité concédante de demander à son concessionnaire la modification des conditions d'exécution du service concédé ; mais le Conseil d'État avait essentiellement recherché l'intention des parties, en interprétant leur silence.

³⁴² M. Long, P. Weil, G. Braibant et autres, *op. cit.*, p. 135.

³⁴³ CE, 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, Rec. 216.

³⁴⁴ CE, 11 juillet 1941, *Hôpital-Hospice de Chauny*, Rec. 129.

travaux convenus au marché, de la quantité de fournitures ou de prestations de services que le cocontractant s'est engagé à livrer ou à exécuter), soit les conditions d'exécution du contrat (l'administration prétend substituer une technique particulière, par exemple l'emploi d'un matériau, d'un procédé technique, à celle qui figurait dans le marché) »³⁴⁶.

En essayant de nuancer cette portée étendue, les auteurs ont distingué d'un côté le type de contrat et, de l'autre, le type de clause contractuelle concerné. On est conduit à penser que le pouvoir de modification unilatérale ne doit pas avoir la même portée d'application dans tous les contrats, parce que toutes les types n'impliquent pas le même degré de participation du cocontractant au service public : « certains contrats administratifs comportent... une participation directe du cocontractant au fonctionnement du service public, l'objet même des prestations du cocontractant étant de faire fonctionner le service ou de collaborer à son fonctionnement ». Dans ces contrats, le pouvoir de modification unilatérale trouve un fondement direct : il n'est que la manifestation même du pouvoir d'organiser le fonctionnement du service. « Le cas type est naturellement celui de la concession de service public. En imposant au concessionnaire des changements dans les stipulations de la concession, le concédant ne fait en somme qu'user de son pouvoir d'organisation du service concédé »³⁴⁷.

Le marché de travaux publics est un cas comparable : « dans les contrats dont l'objet n'est pas une collaboration directe au service, mais une simple prestation destinée à satisfaire les besoins du service (type marché de fournitures ou de services), on ne peut plus dire que la modification du contrat ne soit que la manifestation du pouvoir de réorganiser le service public lui-même. Mais du moins peut-elle apparaître comme la conséquence d'une telle réorganisation. C'est à cette condition que son emploi pourra être considéré comme justifié »³⁴⁸. Le pouvoir de modification unilatérale apparaît ici comme de portée plus limitée ; il ne doit

³⁴⁵ CE, 2 février 1983, *Union des transports publics urbains et régionaux*, Rec. 33.

³⁴⁶ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *op. cit.*, n° 1167 et s.

³⁴⁷ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Ibidem.*, n° 1175.

³⁴⁸ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Ibidem.*, n° 1175.

normalement pouvoir être exercé que lorsqu'il est impliqué par une transformation, une modernisation, ou une suppression du service public destinataire.

Mais à côté de cette distinction selon le type de contrat (et son lien avec la gestion de service public), les auteurs du traité des contrats administratifs précisent que le pouvoir de modification unilatérale n'existe qu'à l'égard de certaines clauses du contrat. Cette restriction est la conséquence de l'idée même qui sert de fondement à ce pouvoir : la nécessité de l'adaptation du contrat aux besoins du service public. « On peut en effet distinguer parmi les clauses des contrats administratifs celles qui intéressent le fonctionnement du service public et mettent en jeu ses besoins et celles qui concernent les avantages consentis au cocontractant, en particulier les éléments financiers du contrat au premier rang desquels vient le prix stipulé. Le pouvoir de modification ne peut porter sur ces dernières clauses »³⁴⁹.

Nous voyons à nouveau le lien indiscutable entre la modification unilatérale et le service public, puisque le droit français refuse la possibilité qu'un seul élément financier puisse être modifié (précisément parce qu'il ne garde pas une relation directe avec la gestion du service public).

En droit public colombien, par contre, ce sujet n'a pas fait l'objet d'une analyse ni par la jurisprudence et encore moins par la doctrine. Les rares approches des auteurs se limitent à souligner l'ampleur de ce pouvoir exceptionnel, mais sans aucune autre considération : « les modifications peuvent comporter la suppression ou l'ajout des obligations du cocontractant. Par exemple, supprimer des activités, des rapports, des services ou des travaux ; ajouter et, de la même manière, modifier la durée du contrat et les conditions économiques »³⁵⁰.

L'absence d'analyse peut être expliqué, peut-être, par la prévision explicite de la loi en ce qui concerne l'objet de la modification unilatérale (**A**), ce qui n'a cependant pas empêché les décisions de modification ayant une portée vaste détachée de l'essence du contrat initial (**B**).

³⁴⁹ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Ibidem.*, n° 1177.

³⁵⁰ J-J Bejarano, *op. cit.*, p. 56.

A. L'objet de modification unilatérale prévu par la loi

L'ancien statut général des contrats administratifs (découlant du décret 222 de 1983) a prévu deux articles concernant la modification du contrat. Par l'article 20, il a indiqué certaines conditions qui déterminent la validité des instruments et par l'article 21 il a décrit la procédure de formation de l'acte de modification.

L'article 21 a prévu concrètement que : « dans les cahiers des charges, il faudra envisager les modifications prévisibles des contrats . . . Lorsque, au cours de l'exécution du contrat, l'intérêt public exige un changement des prestations, l'entité publique contractante sera tenue d'essayer un accord avec le cocontractant pour matérialiser le réaménagement, ainsi que pour convenir les nouveaux coûts.

(...)

Alinéa 2. Les modifications qui n'ont pas été envisagées comme prévisibles dans les cahiers des charges, ne pourront pas être convenues ultérieurement ».

Le décret s'est référé, d'une manière générale, aux changements fondés sur l'intérêt public (pas même sur la bonne gestion du service public), en limitant les matières qui pouvaient être modifiées à celles prévues à l'avance par les parties. Les autorités administratives ont profité de cette possibilité pour inclure dans le texte de leurs contrats une clause générale permettant la modification de l'ensemble des clauses du contrat. Cela a signifié une autorisation pour modifier n'importe quelle clause, voire celles de nature financière, même si elle n'était pas du tout liée avec l'intérêt public (encore moins avec la gestion du service public). Bien évidemment, les parties ont agi conformément à l'autorisation prévue par la loi, c'est pourquoi les modifications s'avéraient toujours légales.

L'article 16 de la loi 80 de 1993 a essayé de corriger cette pratique, en prévoyant que si pendant l'exécution du contrat, il est nécessaire d'introduire des

changements dans le contrat, l'organisme public « le modifiera en prescrivant la suppression ou l'ajout d'ouvrages, de travaux, de fournitures ou de services ». Le législateur a interdit ainsi les modifications ayant un objet général, en limitant l'exercice de ce pouvoir à des matières précises. C'est seulement sur ces matières, c'est-à-dire sur la suppression ou l'ajout de travaux, de fournitures ou de services, que doit porter la modification unilatérale du contrat administratif.

Même si la loi a gardé le silence à cet égard et si la doctrine a de nouveau oublié d'aborder le sujet, une interprétation systématique des règles des contrats administratifs nous permet de conclure que la modification peut porter sur des obligations complémentaires comme c'est le cas par exemple du prix et de la durée du contrat si l'exécution des travaux supplémentaires a une incidence sur ces conditions. Il est clair que la modification ne pourra jamais porter exclusivement sur ces obligations, mais plutôt de manière accessoire à la modification principale qui porte sur les travaux.

Cette analyse nous permet de classer la matière modifiable d'un contrat de l'État en principale (1) et accessoire (2).

1. Les obligations principales susceptibles de modification

La seule décision qui a fait référence à ce sujet est l'arrêt du 14 décembre 2000, où le Conseil d'État a indiqué qu'« en ce qui concerne la matière... l'exercice du pouvoir de modification est limitée à la "suppression ou addition" d'ouvrages, travaux, fournitures ou services ; par conséquent, la modification unilatérale est limitée à un élément "quantitatif" qui ne peut pas être étendue à d'autres stipulations qui ne portent pas sur ces matières »³⁵¹.

Il faut remarquer que le juge administratif utilise le terme *quantitatif* (ce qui concerne la quantité, par opposition au terme *qualitatif* qui relève de la qualité, de la

³⁵¹ Conseil d'État, avis du 14 décembre 2000, req. 1293.

nature de quelque chose³⁵²). Le sujet des limites sera abordé plus tard, mais il convient d'indiquer que la portée de ce considérant du juge est encore incertaine : il n'y a aucune référence permettant de déterminer quels sont les éléments quantitatifs et qualitatifs du contrat administratif.

Il est indiscutable que la modification unilatérale doit avoir un lien direct avec l'essence du contrat et la gestion continue du service public concerné. L'article 16 de la loi 80 de 1993 indique à cet égard que le but de la modification est d'« éviter la paralysie ou une atteinte grave au service public ». C'est pourquoi la modification qui entraîne un changement de la portée des travaux qui n'est pas liée à la bonne gestion des services publics serait illégale³⁵³.

2. Les obligations accessoires susceptibles de modification

Les obligations accessoires font référence aux stipulations secondaires, annexes, auxiliaires aux travaux, fournitures ou services (obligations principales) qui ont fondé la conclusion du contrat.

Le Conseil d'État s'y est référé de manière générale dans une décision du 31 janvier 1991, en affirmant que « dans les contrats administratifs, le pouvoir de modification de l'administration publique existe à l'égard de prestations, aussi bien qu'en ce qui concerne les conditions d'exécution »³⁵⁴. Les *prestations* font allusion à la modification principale et les *conditions* à ce qui est accessoire.

Bien que la jurisprudence n'ait jamais précisé ces termes, il nous semble que les prestations visent à l'objet du contrat et les conditions au mode d'exécution consistant essentiellement dans le délai et le prix du contrat. Le premier est défini comme la date de l'échéance d'un délai fixé par le contrat³⁵⁵ et le second comme la rémunération que reçoit le cocontractant en tant que compensation pour l'exécution

³⁵² Le Grand Robert de la langue française. Le Robert / SEJER, 2005.

³⁵³ Voir *supra* 1^{ère} Partie, Titre I Chapitre 1 Section 1 B. 2.

³⁵⁴ Conseil d'État, arrêt du 31 janvier 1991, req. 4739, 4642 et 5951.

³⁵⁵ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2003.

des obligations convenues auparavant³⁵⁶. La détermination de ces conditions tient compte évidemment de ce qui est exécuté, de l'objet du contrat, des obligations principales. Le prix est peut-être la condition d'exécution la plus importante car le contrat administratif est, en essence, de nature commutative³⁵⁷.

En droit privé, l'équivalence des prestations réciproques est éminemment subjective ; chaque partie, selon sa libre appréciation, peut convenir que la prestation à laquelle elle s'engage est égale à celle qu'elle reçoit en rétribution ; la valeur du marché n'est déterminée que par ce qui accordent les parties sur la base de considérations objectives ou subjectives. En droit administratif, en revanche, « les prestations réciproques à la charge des parties doivent garder une équivalence selon un critère objectif d'égalité ou de symétrie dans la valeur économique des contre-prestations, ou un idéal de justice commutative qui impose que la valeur que va recevoir le cocontractant pour les travaux, services ou biens qu'il fournit à l'Administration corresponde au *prix juste* du marché »³⁵⁸. Le contrat administratif est synallagmatique³⁵⁹

Pour le Conseil d'État, « le phénomène de la commutativité du contrat de l'État repose sur la base de l'équilibre, de l'égalité ou de l'équivalence proportionnelle et objective des conditions économiques »³⁶⁰. Par conséquent, un changement dans les prestations initiales qui puisse résulter plus onéreux pour le cocontractant, amène nécessairement à modifier le prix qu'il reçoit. Bien que

³⁵⁶ Le prix est considéré comme « une somme d'argent que l'acquéreur doit payer au vendeur en contrepartie de l'aliénation de la chose vendue » (Ph. Malaurie et L. Aynes, *Les contrats spéciaux*, Ed. Cujas, 1991, p. 145). Mais cette définition est insuffisante, parce qu'elle est limitée dans le domaine de la vente.

³⁵⁷ Conseil d'État, arrêt du 10 mai 2012, req. 18836.

³⁵⁸ R. Escobar-Gil, *op. cit.*, p. 78.

³⁵⁹ En droit français, le contrat synallagmatique envisagé par l'art 1102 du Code civil est celui qui fait naître des obligations réciproques à la charge des parties. Chacune des parties au contrat est à la fois créancière et débitrice de l'autre partie. L'entrepreneur est débiteur du travail et créancier du prix, le client de son côté est créancier du travail de l'obligation de faire et est débiteur du prix. Pour la doctrine la réciprocité ne suffit pas à établir le caractère synallagmatique du contrat. Il faut encore que les obligations réciproques soient interdépendantes. Chaque partie ne s'engage envers l'autre que dans la mesure où l'autre s'engage en vers elle ; l'obligation de chaque partie est la contrepartie de l'obligation de l'autre, c'est pourquoi on affirme que dans les contrats synallagmatiques les obligations réciproques servent mutuellement de cause.

³⁶⁰ Conseil d'État, arrêt du 10 mai 2012, req. 18836.

l'augmentation du prix est considéré plutôt une conséquence de la modification des prestations et non pas une modification du contrat elle-même, on parle souvent de *modification* du prix car les actes administratifs prévoient toujours un changement du prix initial du contrat.

On peut conclure la même chose pour le délai : si, par exemple, une augmentation de la masse des travaux requiert plus de temps pour que le cocontractant puisse les exécuter, il est évident que l'administration est tenue de décider une période plus longue d'exécution.

Le Conseil d'État s'est manifesté dans ce sens par l'arrêt du 21 juin de 1999, lorsque l'administration ferroviaire³⁶¹ a modifié de manière unilatérale les travaux d'un contrat administratif. La modification « a entraîné des coûts supplémentaires pour le cocontractant »³⁶² et a obligé à déterminer un délai plus long puisque l'exécution de nouveaux travaux « était impossible dans la période initiale convenue dans le contrat ».

Il nous semble que la nature accessoire du prix et du délai est indiscutable. Pourtant cette clarté disparaît lorsqu'on s'interroge sur la nature d'autres stipulations. C'est le cas par exemple des conditions techniques du projet : si les parties ont convenu la construction d'un mur en pierre et lors de l'exécution du contrat l'administration estime qu'un mur en parpaings de béton est nécessaire, il est difficile de déterminer si la modification porte sur l'objet du contrat ou sur les conditions d'exécution. Les contours de ce qui est considéré comme accessoire deviennent plus flous.

A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé admettent que la modification peut porter sur « les conditions d'exécution du contrat (l'administration prétend substituer une technique particulière, par exemple l'emploi d'un matériau, d'un procédé technique, à celle qui figurait dans le marché) »³⁶³. En droit administratif colombien, cependant, la prévision légale empêche de donner une solution aussi

³⁶¹ L'Entreprise Colombienne des Voies Ferrées [*Empresa colombiana de vías férreas – Ferrovías*].

³⁶² Conseil d'État, arrêt du 21 juin 1999, req. 14943.

précise. Il nous semble que la modification qui porte sur l'exécution de nouveaux travaux qui seront réalisés conformément à une nouvelle technique différente de celle convenue initialement est valide. Il en va de même pour l'exécution de travaux supplémentaires qui exigent de nouvelles conditions de gestion environnementale³⁶⁴ (car ils se réalisent dans des zones protégées). Pourtant, la modification qui ne porte que sur une condition technique ou technologique suscite plus de questions.

Il convient de remarquer les termes de l'article 16 de la loi 80 de 1993 : la modification unilatérale ne permet que « la suppression ou l'ajout d'ouvrages, de travaux, de fournitures ou de services », ce qui signifie que la modification qui ne porte que sur les conditions d'exécution des travaux initialement convenus est illégale. Si le changement voulu relève de l'objet du contrat ou d'un élément accessoire, sera défini par l'administration ou, le cas échéant, par le juge, mais il est important de retenir que la modification unilatérale ne peut jamais porter exclusivement sur une stipulation accessoire. Les modifications qui ne relèvent que du prix, du délai ou des conditions d'exécution des prestations initiales sont interdites.

Cette interdiction est certes raisonnable puisqu'en principe, leur modification n'a aucune incidence sur le fonctionnement des services publics : la modification unilatérale du prix du contrat n'évite pas la paralysie ou l'atteinte grave au service concerné, pas plus que les changements du mode de paiement ou de certaines conditions techniques ne concernent la bonne gestion des services publics.

Bien que la prévision de l'article 16 de la loi 80 semble précise, à vrai dire il s'agit d'une norme qui permet la modification unilatérale ayant une portée vaste détachée de l'essence du contrat initial.

³⁶³ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *op. cit.*, n° 1167 et s.

³⁶⁴ Contrat n° 079 de 2004 passé par l'Institut de développement urbain, IDU, de Bogota.

B. L'objet élargi de la modification unilatérale

Il est surprenant que le législateur ait oublié d'exiger que la modification unilatérale soit liée à l'objet initial du contrat concerné³⁶⁵ (1). En plus, la rédaction imprécise des normes concernant le pouvoir d'interprétation unilatérale du contrat a permis que cette faculté soit utilisée pour modifier les stipulations contractuelles (2).

1. L'indépendance entre l'objet de la modification et l'objet du contrat

Si en France le juge interdit à l'administration d'imposer à son cocontractant des travaux sans lien avec l'objet initial du contrat³⁶⁶, ce n'est pas le cas en droit colombien où il n'existe aucune limitation à cet égard.

On a vu que l'article 16 de la loi 80 de 1993 exige une menace de paralysie ou l'atteinte grave au service public pour que l'administration puisse modifier de manière unilatérale un contrat. Pourtant, la norme n'a prévu aucun lien entre l'objet de la modification et l'objet initial du contrat.

Concernant la première exigence, la jurisprudence est abondante. Pour le Conseil d'État, le fondement du pouvoir de modification unilatérale des contrats administratifs n'est rien d'autre que l'obligation d'assurer le fonctionnement continu et la bonne gestion des services publics³⁶⁷.

³⁶⁵ Dans l'exposé des motifs de la loi, le gouvernement a fait les remarques suivantes : « lorsque des circonstances puissent menacer le fonctionnement des services publics, l'administration publique, en se fondant sur la primauté de l'intérêt public sur l'intérêt privé, pourra prendre des mesures conduisant à assurer la gestion continue et adéquate des services. Ces mesures sont la modification et l'interprétation unilatérales du contrat (...). Chacune de ces prérogatives signifie exactement ce que son nom indique. Les circonstances qui les produisent doivent être exceptionnelles ; les motifs doivent être graves car ils ne peuvent être provoqués par un fait quelconque », exposé des motifs de la loi 80 de 1993 GC n° 75, 23 sept. 1992.

³⁶⁶ En matière de marchés, voir par exemple : CE, 25 juin 1971, *Société Établissements Marius Sériès, Sieur Crète et Etablissements Breton* ; *Sieur Boyer et consorts Abraham*, req. n° 70.874, 70.875, 70.942.

³⁶⁷ Conseil d'État, arrêts du 31 Janvier 1991, req. 4739, 4642 et 5951.

Les considérations de G. Jèze sont souvent citées par la jurisprudence : dans les contrats administratifs, prime l'intérêt général du fonctionnement régulier et continu du service public sur l'intérêt particulier du cocontractant ; « il faut conclure, alors, que l'administration a la faculté d'introduire, pendant l'exécution, toutes les modifications qu'elle estimera nécessaires pour le bon fonctionnement du service public en vue duquel a été passé le contrat administratif »³⁶⁸.

M. Marienhoff est également cité à cet égard : l'administration ne peut rester liée par des contrats qui sont devenus inutiles ou par des stipulations contractuelles qui deviennent inadéquates pour satisfaire les besoins prévus lors de la passation du contrat ; les besoins et l'intérêt publics doivent toujours prévaloir, c'est pourquoi, l'administration a la faculté de modifier les stipulations du contrat, sans qu'il importe la matière ou la portée du changement à condition que soient respectés les droits du cocontractant³⁶⁹.

La question se pose de savoir si la modification unilatérale doit avoir un lien avec les prestations convenues initialement par les parties. Il nous semble qu'un contrat administratif dont l'objet est la réalisation des travaux de conservation et d'entretien d'une section routière urbaine, ne peut être modifié par l'administration pour incorporer la construction d'un pont routier sur une route voisine. La modification des contrats conclus pour l'entretien des routes qui deviennent contrats de construction d'autres routes est, à notre avis, également contestable, mais la loi 80 n'a pas explicitement interdit ces décisions. Les modifications mentionnées ont été effectivement décidées par l'Institut de Développement Urbain de Bogota qui, suivant les termes de l'article 16 de la loi, a expliqué que la construction du pont et des routes voisines résultait nécessaire pour assurer la continuité du service public de transport et de mobilité urbaine de la ville de Bogota ; aucun litige n'a été soulevé. La loi a été respectée, mais il nous semble que l'esprit de la loi n'a pas été de permettre une modification substantielle de l'objet initial du contrat. Rappelons-nous que la modification unilatérale est un instrument dont disposent les personnes publiques pour faire face à la menace d'interruption dans le service public, mais il ne fait pas de

³⁶⁸ Conseil d'État, *Ibidem*.

doute que cela doit avoir des limites comme le serait précisément l'impossibilité de modifier l'objet initial du contrat ; le silence de la loi a été interprété comme une autorisation du législateur à ce propos.

Ce phénomène n'est cependant pas limité au contexte colombien. Les arrêts du Conseil d'État espagnol³⁷⁰ et même de la jurisprudence de l'Union européenne³⁷¹ ont observé avec une certaine préoccupation le régime de la modification des contrats du secteur public. Les inquiétudes sont fondées sur les hypothèses (qui ne sont pas inexistantes) selon lesquelles, en s'appuyant sur la modification d'un contrat, sont exécutées dans la pratique des prestations substantiellement différentes de celles dont l'adjudication a été l'objet au départ.

On regrette le silence de la loi à cet égard, mais encore plus l'absence d'interdiction de la part de la jurisprudence. On peut trouver la seule référence utile dans un avis récent du Conseil d'État qui se réfère seulement à la *finalité du contrat* et à la modification *pour la réalisation de l'objet du contrat* : « la possibilité de modifier les contrats de l'État est une façon spéciale de faire prévaloir la finalité du contrat sur ses autres éléments. Par mutabilité du contrat de l'État on entend la faculté qui détient l'administration de modifier dans certains cas, les obligations du cocontractant, lorsqu'il est nécessaire pour la réalisation de l'objet et des fins générales de l'État »³⁷².

³⁶⁹ M. Marienhoff, *Traité de droit administratif, T.I Contrats administratifs* [Tratado de derecho administrativo, t.I Contratos administrativos], Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, p. 185 et s.

³⁷⁰ M. Vélez, « Nueva regulación de la modificación de los contratos del sector público en la Ley de Economía Sostenible » [*Nouvelle réglementation de la modification des contrats du secteur public dans la Loi de l'Économie Durable*], *Legal Today*, 6 avril 2011, Madrid.

³⁷¹ CJCE arrêt du 29 Avril 2004, C-496/99 P - *Commission / CAS Succhi di Frutta*.

³⁷² Par l'avis du 13 août 2009, req. 1952, le Conseil d'État s'est occupé de la question suivante : « 1. Partant de l'hypothèse que dans un contrat de concession il existe des raisons d'opportunité qui permettent une amélioration de l'objet contractuel et une meilleure gestion du service public confié à la collectivité publique contractante, est-il possible... de modifier le contrat... ? » À cette question, le Conseil d'État a répondu positivement : certes « il est possible de modifier, de commun accord, un contrat de concession de service public, lorsqu'il existe des raisons d'opportunité qui permettent une amélioration de l'objet contractuel et une meilleure gestion du service public... ».

Toutefois, la portée de ce considérant est incertaine car le juge n'a jamais vraiment dégagé une règle précise limitant la décision de modification des autorités. L'administration a encore une marge de manœuvre large pour modifier unilatéralement leurs contrats. Certes, les personnes publiques profitent de cette situation pour obliger aux cocontractants à exécuter une multiplicité de travaux qui n'ont aucun lien avec l'objet initial du contrat. Il ne fait pas de doute que pour le droit positif, ces modifications sont légales.

2. La modification du contrat par l'interprétation unilatérale des stipulations

L'article 24 de l'ancien statut général des contrats administratifs a indiqué que « si des controverses sur l'interprétation des clauses du contrat se posent, pouvant entraîner sa paralysie ou perturber son exécution..., s'il n'y avait pas d'accord, l'entité publique indiquera la façon dont le contrat doit être exécuté ».

Cette norme a ainsi prévu le pouvoir exceptionnel d'interprétation unilatérale du contrat. Toutefois, il a été utilisé par les personnes publiques pour modifier les contrats administratifs. En s'appuyant sur la faculté concédée par l'article pour *indiquer* la façon dont le contrat *doit être exécuté*, l'administration a des fois incorporé certains changements dans les prestations et les conditions d'exécution des contrats.

Il est difficile de connaître à l'avance les mauvaises interprétations auxquelles une norme sera soumise, mais il est malheureux d'en connaître leur mauvaise application et de ne pas les éviter dans une réforme. L'article 15 de la loi 80 de 1993 a indiqué que « si au cours de l'exécution du contrat se posent des controverses entre les parties concernant l'interprétation de certaines de ses stipulations pouvant conduire à la paralysie ou à l'atteinte grave au service public que l'on prétend satisfaire avec l'objet du contrat, l'entité publique... pourra interpréter... les stipulations ou clauses objet de la controverse ».

Plusieurs remarques s'imposent à cet égard. D'abord, l'exercice des deux facultés (d'interprétation et de modification unilatérales) doit être fondé sur la gestion continue et adéquate des services publics³⁷³. Pourtant, la façon dont chacune y arrive est différente. Dans le cas de l'interprétation unilatérale, l'administration apporte une solution aux incertitudes, aux hésitations de parties pour pouvoir continuer avec l'exécution ; mais, il est interdit que l'on puisse modifier « les clauses convenues dans le contrat »³⁷⁴.

La prévision claire de la loi n'a cependant pas empêché aux autorités publiques d'interpréter le contrat pour introduire de nouveaux éléments qui n'ont pas été convenus lors de la passation³⁷⁵.

Cela a obligé le Conseil d'État à se prononcer sur cette mauvaise pratique ; maintenant elle est proscrite de façon explicite. Dans le cadre d'une concession octroyée à la Société Portuaire régionale de Santa Marta SA, sur la côte colombienne des Caraïbes, l'entité concédante décide d'interpréter unilatéralement une clause du contrat pour exclure plusieurs zones d'intervention qui étaient autorisées depuis le début de la concession. Le Conseil d'État a ainsi déclaré que l'objectif de tels actes avait été de « modifier le contrat en s'appuyant sur le pouvoir d'interprétation »³⁷⁶. Suivant les dispositions du statut général, il n'est pas possible de modifier le contrat par le biais de l'exercice du pouvoir exceptionnel de l'interprétation unilatérale. C'est pour cela que le Conseil d'État conclut que les actes administratifs contestés « sont entachés de nullité absolue ».

Toutefois l'incertitude persiste à l'égard de beaucoup d'autres événements qu'à notre avis peuvent aller à l'encontre des principes de transparence et des conditions initiales de la mise en concurrence. C'est le cas, par exemple des modifications portant sur des travaux qui n'ont rien à voir avec l'objet initial du

³⁷³ Conseil d'État, avis du 14 décembre 2000, req. 1293.

³⁷⁴ R. Escobar-Gil souligne que la loi octroie à l'administration publique la *potestas variandi*, qui a pour but d'adapter l'objet du contrat aux besoins actuels de la collectivité ; ce qui n'est jamais la fonction du pouvoir de l'interprétation unilatérale des contrats. Voir : R. Escobar-Gil, *op. cit.*, p. 341.

³⁷⁵ M. Daza-Perez, « *Les modifications unilatérales dans les interprétations des contrats de l'État* », *Droit Public MD* [« *Las modificaciones unilaterales en las interpretaciones de los contratos estatales* », *Derecho Público MD*], 1 juillet 2012.

contrat. Pas plus qu'on admette des modifications unilatérales portant exclusivement sur des clauses accessoires comme le prix ou le mode de paiement qui certes n'ont aucune incidence sur la bonne des services publics. Les matières susceptibles de modification doivent être claires, mais on a vu que le juge administratif n'a pas comblé le vide des normes.

§2. LA COMPENSATION DECOULANT DE LA MODIFICATION

A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé ont affirmé que la sécurité contractuelle serait sérieusement compromise « si elle [la mutabilité] n'était compensée par une autre notion propre à la théorie des contrats administratifs, celle de l'équilibre financier du contrat »³⁷⁷. Si le droit civil assure le maintien de l'équilibre contractuel par l'immutabilité de ses éléments initiaux, le droit administratif, en admettant la modification unilatérale des stipulations, garantit que l'équilibre initial soit rétabli si la décision administrative a une incidence négative sur la projection financière du cocontractant.

L'obligation de rétablissement financier, en tant que contrepartie découlant de l'exercice du pouvoir de modification unilatérale, est fondé sur le principe de l'équilibre économique du contrat (**A**) qui se manifeste dans le versement d'une indemnisation pécuniaire au cocontractant (**B**).

A. Le principe de l'équilibre économique

Bien que la jurisprudence et la doctrine aient largement abordé le principe de l'équilibre économique du contrat administratif (**1**), la loi 80 de 1993 a prévu un fondement normatif explicite (**2**).

³⁷⁶ Conseil d'État, arrêt du 7 juillet 2011, req. 18762.

³⁷⁷ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *op. cit.*, n° 694.

1. La solution de la jurisprudence et de la doctrine

Dans ses conclusions sur l'affaire *Compagnie générale française des tramways*, (CE, 11 mars 1910, Rec. 218), après avoir énoncé l'idée que le concédant peut éventuellement imposer au concessionnaire, dans l'intérêt général, un développement accru des moyens d'assurer le service concédé, le commissaire du gouvernement L. Blum affirmait comme un principe d'« équivalence honnête » le droit du concessionnaire, en contrepartie, au rétablissement de l'équation financière du contrat de concession³⁷⁸ : « il est de l'essence même de tout contrat de concession de rechercher et de réaliser, dans la mesure du possible, une égalité entre les avantages qui sont accordés au concessionnaire et les charges qui lui sont imposées... Les avantages et les charges doivent se balancer de façon à former la contrepartie des bénéfices probables et des pertes prévues. Dans tout contrat de concession est impliquée, comme un calcul, l'équivalence honnête entre ce qui est accordé au concessionnaire et ce qui est exigé de lui... C'est ce qu'on appelle l'équivalence financière et commerciale, l'équation financière du contrat de concession » (concl. Blum).

De cette manière, si l'administration peut remettre en cause certains aspects (modification) ou la totalité (résiliation) du contrat, elle doit compenser les charges qu'elle fait peser sur son cocontractant, de telle sorte que soit rétabli l'équilibre financier que les parties avaient aménagé initialement³⁷⁹. Le Conseil d'État français cite à plusieurs reprises ce principe³⁸⁰ en précisant que si l'administration refuse de rétablir l'équilibre financier du contrat en cas de modification unilatérale, elle commet une faute dont la gravité peut justifier la résiliation du contrat à ses torts³⁸¹.

³⁷⁸ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Ibidem.*, n° 716 et s.

³⁷⁹ M. Long, P. Weil, G. Braibant et autres, *op. cit.*, p. 134.

³⁸⁰ Voir : CE, 27 Octobre 1978, *Ville de Saint-Malo*, Rec. 401 ; CE, 23 janvier 1952, *Secrétaire d'État aux forces armées c/ Chambouvet*, Rec. 50 ; CE, 22 février 1910, *SA des sablières modernes d'Aressy*, Rec. 110 ; CE, 9 décembre 1932, *Tramways de Cherbourg*, Rec. 1050.

³⁸¹ CE, 12 Mars 1999, *SA Méribel 92*, Rec. 61.

Les références de la jurisprudence communautaire à cet égard, sont également nombreuses. Par l'arrêt *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c/ Grèce*, par exemple, la CEDH a reconnu « à tout État un pouvoir souverain pour modifier, voire résilier, moyennant compensation, un contrat conclu avec des particuliers »³⁸².

Toutefois, la théorie de l'équilibre financier n'a pas été libre de controverses³⁸³. Certains auteurs estiment qu'elle devrait être éliminée du régime des contrats administratifs, même dans l'hypothèse de la rupture de l'équivalence des prestations provoquée par les interventions unilatérales de l'administration contractante³⁸⁴. S. Badaoui affirme, par exemple, que l'idée de la responsabilité de l'administration suffit à expliquer l'indemnisation du cocontractant dans l'hypothèse où ses charges ont été accrues par le fait de la collectivité publique contractante³⁸⁵. Toutefois, nous adhérons au critère opposé qui considère que, même si les droits du cocontractant se rattachent directement à l'existence d'une responsabilité de l'administration, cette responsabilité, lorsqu'elle ne procède pas d'une faute commise par elle, se justifie elle-même par l'idée de l'équilibre du contrat³⁸⁶.

Quel est alors, le fondement de cet équilibre ?

Il est possible d'affirmer qu'il provient en même temps du principe d'équité³⁸⁷ (l'équilibre rétablit la balance lorsque l'administration décide unilatéralement modifier l'équivalence convenue initialement) et de l'obligation d'assurer le fonctionnement du service public³⁸⁸ (le déséquilibre peut conduire à l'inexécution du contrat en raison des dommages causés au cocontractant).

³⁸² CEDH 9 décembre 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c/ Grèce*, § 74, Série A, vol. 301 - B ; DA 1995.200.

³⁸³ En droit administratif colombien, on n'a jamais remis en question ni l'existence ni la vaste portée donnée à ce principe.

³⁸⁴ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *op. cit.*, n° 720.

³⁸⁵ S. Badaoui, *Le fait du Prince dans les contrats administratifs*, LGDJ, Paris, 1955.

³⁸⁶ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *op. cit.*, n° 720.

³⁸⁷ P. Cintura, « L'usage et la conception de l'équité par le juge administratif », *Revue internationale de droit comparé*, Vol. 24, n° 3, 1972, p. 657-676. Voir également : M. Fouletier, *Recherches sur l'équité en droit public français*, LGDJ, Paris, 2003.

³⁸⁸ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *op. cit.*, n° 720.

Il ne fait pas de doute que l'exercice du pouvoir de modification unilatérale peut entraîner un préjudice au cocontractant en rendant plus onéreuse l'exécution du contrat. Ces charges accrues ne doivent pas être subies par le cocontractant, c'est pourquoi la jurisprudence a reconnu en contrepartie à l'exercice de ce pouvoir de modification, l'obligation pour l'administration d'indemniser le cocontractant.

En Colombie, le décret 150 de 1976 –premier statut général des contrats administratifs- a reconnu pour la première fois l'existence d'une théorie de l'équilibre financier des parties exclusive du droit administratif. La réglementation a été fondée sur les solutions de la jurisprudence française. Par l'avis du 11 mars 1972, le Conseil d'État a expliqué en quoi consistait ce principe : « la théorie juridique moderne définit en toute clarté la responsabilité de l'administration publique ; en matière contractuelle les nouvelles conceptions ont souligné l'importance de l'harmonie juste et raisonnable entre l'intérêt public protégé par l'administration et l'intérêt des particuliers qui agissent de manière directe et indirecte en tant que partenaires de coopération pour le fonctionnement des services publics. Le régime du contrat administratif repose sur deux idées fondamentales : il affirme, d'une part, l'existence en faveur de l'administration de prérogatives exorbitantes du droit commun des contrats, mais de l'autre, il reconnaît le droit du cocontractant à l'équilibre financier convenu lors de la passation du contrat. C'est sur la base de cet équilibre entre les parties que repose vraiment l'existence du contrat administratif »³⁸⁹.

Des prises de position ultérieures se sont limitées à répéter ces considérants³⁹⁰.

La doctrine a apporté, pour sa part, plusieurs précisions. R. Escobar-Gil explique à ce sujet que c'est le principe de *réciprocité des prestations* entre les parties, ce qui permet de considérer le contrat administratif comme un contrat. En effet, bien que la loi concède à l'administration publique le pouvoir de modifier unilatéralement les prestations contractuelles, l'équivalence économique entre les

³⁸⁹ Conseil d'État, avis du 11 mars 1972, req. 561.

³⁹⁰ Conseil d'État, arrêts du 29 avril 1999, req. 14855 ; du 7 mars 2002, req. 21588 ; du 29 mai 2003, req. 14577 et du 31 octobre 2007, req. 15475 et du 28 juin 2012, req. 21990, parmi d'autres.

droits et les obligations convenue initialement doit être préservée au cours du temps³⁹¹.

S. Montes fait référence à une condition essentielle pour pouvoir assurer l'équilibre : lors de la procédure de passation du contrat l'équivalence doit être claire et précise. C'est pour cela que l'article 24 de la loi 80 de 1993 oblige à définir de manière précise l'objet des prestations contractuelles ; l'article 25 prévoit pour sa part l'obligation des personnes publiques de déterminer la portée des prestations préalablement à l'ouverture de la procédure de passation. Finalement l'article 26 prévoit la responsabilité des agents publics dans les cas d'inobservance des ces obligations³⁹².

Certainement la promulgation de la loi 80 de 1993 a encouragé le développement de cette théorie.

2. Le fondement normatif de l'équilibre financier

Les décrets 150 de 1976 et 222 de 1983 ont été explicites en ce qui concerne la protection de l'équilibre économique du contrat ; les ruptures causées par les décisions modificatives de l'administration entraînaient le versement d'une indemnisation au cocontractant.

Dans des termes quasiment identiques, les décrets ont indiqué que « lorsque l'intérêt public rendre indispensable l'incorporation de modifications dans les contrats administratifs, on observera les règles suivantes :

(...)

³⁹¹ R. Escobar-Gil, *op. cit.*, p. 286.

³⁹² S. Montes "*Concessions Routières. La Répartition Inadéquate des Risques, éventuelle cause de crise dans les contrats*" [*« Concesiones Viales. La Inadecuada Distribución de los Riesgos, eventual causa de crisis en los contratos »*], *Revue de Droit Public N° 11, Université des Andes, Faculté de*

d. Il faudra garder l'équilibre financier du contrat, pour les deux parties » (article 20, décret 222 de 1983).

Bien que la norme soit trop générale, il convient de noter l'existence de nombreuses décisions de la jurisprudence qui ont marqué les contours de la théorie. Quoi qu'il en soit, le développement le plus rigoureux provient des normes de la loi 80 de 1993.

Dès l'exposé des motifs, le gouvernement a souligné l'importance de cette figure dans la nouvelle normativité contractuelle. Il a dit que même si le rôle du particulier lorsqu'il conclut un contrat avec l'État, est celui de partenaire, il ne fait aucun doute que son but est d'obtenir un bénéfice économique. Ce bénéfice devait donc être préservé et assuré à tout moment. C'est pour cela que le cocontractant lésé par des circonstances étrangères aux parties, a le droit à une indemnisation que compense le dommage subi ; « la juste reconnaissance de cette possibilité a été appelée le maintien de l'équilibre économique et financier du contrat »³⁹³.

Le gouvernement a également eu l'occasion de se prononcer sur son fondement : « la doctrine n'est pas uniforme en ce qui concerne les bases de l'obligation de préserver l'équation économique. Certains considèrent qu'elle est fondée sur l'inviolabilité de la propriété, d'autres sur le bien commun ; pour quelques-uns, on trouve la cause dans l'égalité face aux charges publiques... et pour certains autres dans l'équité ». En adoptant une position pragmatique, il a finalement considéré ce qui est indéniable, c'est l'uniformité de la doctrine et également de la jurisprudence quant au respect de l'équilibre économique et financier.

C'est pour cela que la loi 80 de 1993 a prévu de manière explicite ce droit fondamental et inviolable³⁹⁴ du cocontractant. À l'égard de la modification on peut noter une prévision générale, mais aussi une norme que d'une manière précise a

Droit [Revista de Derecho Público, n° 11, Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho], Bogota, juin 2000.

³⁹³ Exposé des motifs de la loi 80 de 1993, GC n° 75, 23 sept. 1992.

³⁹⁴ Exposé des motifs de la loi 80 de 1993, GC n° 75, 23 Sept. 1992.

protégé les projections économiques du cocontractant lorsque l'administration adopte un acte administratif de modification.

Les articles 5³⁹⁵ et 27³⁹⁶ de la loi 80 ont prévu l'obligation de l'administration de préserver l'équivalence entre les droits et les obligations des parties au cours de l'exécution du contrat³⁹⁷, c'est pourquoi le bouleversement produit par une décision administrative conduit à adopter les mesures nécessaires à son rétablissement³⁹⁸.

L'article 14 de la loi 80 indique particulièrement que l'exercice des pouvoirs exceptionnels de l'administration entraîne l'obligation de verser les indemnités économiques nécessaires pour « préserver l'équation ou l'équilibre initial ». La modification unilatérale en tire certes profit de la solution légale.

B. L'indemnisation du cocontractant

Bien que la clarté à l'égard de la protection de l'équilibre économique du contrat administratif soit remarquable, l'incertitude par rapport à la mise en œuvre de l'obligation de rétablissement est étonnante. D'abord, le montant de l'indemnisation (1) et, ensuite, les instruments qui peuvent être utilisés pour rétablir l'équilibre économique (2), sont parfois incertains.

³⁹⁵ Article 5. Les cocontractants « ont le droit de recevoir la rémunération convenue dont la valeur nominale ne peut être ni altérée ni modifiée. Par conséquent, ils ont le droit... au rétablissement par l'administration de l'équilibre de l'équation économique du contrat... dans le cas où surviennent des situations imprévisibles qui ne leur sont pas imputables », loi 80 de 1993.

³⁹⁶ Article 27. « Dans les contrats de l'État, l'égalité ou l'équivalence entre les droits et les obligations convenue lors de la présentation de l'offre, sera conservée. Si cette égalité ou équivalence est bouleversée pour des causes non imputables au cocontractant, les parties sont tenues d'adopter... les mesures nécessaires à son rétablissement », loi 80 de 1993.

³⁹⁷ Pour le Conseil d'État colombien, « le phénomène de la commutativité du contrat de l'État repose sur la base de l'équilibre, de l'égalité ou de l'équivalence proportionnelle et objective des conditions économiques », Conseil d'État, arrêt du 10 mai 2012, req. 18836.

³⁹⁸ Dans l'exposé des motifs de la loi 80 de 1993, le gouvernement a souligné que : « pour préserver l'égalité contractuelle, l'administration est tenue de verser les compensations et les indemnités pertinentes... Il ne serait pas équitable que l'application d'un pouvoir de cette nature devienne une cause d'enrichissement injuste au profit de l'État », exposé des motifs de la loi 80 de 1993, GC n° 75, 23 sept. 1992.

1. La portée de l'obligation de rétablissement

En droit français, il est clair que l'exercice du pouvoir de modification unilatérale est subordonné à l'indemnisation intégrale du cocontractant³⁹⁹. Les références doctrinales abondent à ce sujet. M. Long, P. Weil, G. Braivant et autres⁴⁰⁰ mentionnent, par exemple, que le préjudice doit être réparé dans sa totalité : il comprend à la fois la perte subie (*damnum emergens*) et le manque à gagner (*lucrum cessans*)⁴⁰¹, solution qui vaut non seulement pour les cas de modification unilatérale, mais aussi pour ceux de résiliation unilatérale⁴⁰².

En droit administratif colombien, par contre, la clarté n'existe pas vraiment.

L'article 14 de la loi 80 de 1993 déjà cité indique que l'obligation de rétablissement est soumise à l'exercice de « certains de ces pouvoirs exceptionnels ». Lesquels ? Bien que les références doctrinales soient inexistantes, il est facile de conclure que la norme ne prévoit pas une indemnisation dans les cas de déchéance⁴⁰³ et de la clause de soumission aux lois nationales⁴⁰⁴. Par conséquent, la norme restreint l'obligation d'indemniser aux cas dans lesquels on interprète, on modifie ou on décide la résiliation du contrat de manière unilatérale.

L'article 5 de la loi 80 indique pour sa part, que les cocontractants « ont le droit de recevoir la rémunération convenue dont la valeur nominale ne peut être ni altérée ni modifiée. Par conséquent, ils ont le droit... au rétablissement par l'administration de l'équilibre de l'équation économique du contrat à un point de non-perte, dans le cas où surviennent des situations imprévisibles qui ne leur sont pas imputables ».

³⁹⁹ CE, 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, Rec. 246.

⁴⁰⁰ M. Long, P. Weil, G. Braibant et autres, *op. cit.*, p. 138.

⁴⁰¹ CE, 27 octobre 1978, *Ville de Saint-Malo*, Rec. 401.

⁴⁰² CE, 31 juillet 1996, *Société des téléphériques du massif du Mont-Blanc*, Rec. 334.

⁴⁰³ L'article 18 de la loi 80 de 1993 définit la déchéance comme la stipulation qui permet à l'administration de prononcer la résiliation du contrat lorsqu'une situation d'inexécution du cocontractant peut avoir une grave incidence sur la gestion ou le fonctionnement des services publics.

⁴⁰⁴ La clause de soumission aux lois nationales est appliquée principalement au cours de l'étape de préparation ou de formation du contrat.

La modification unilatérale du contrat peut-elle être considérée comme une situation imprévisible ? En quoi consiste le point de non-perte ?

À la première question, la jurisprudence a répondu de manière positive en indiquant que parmi les situations qui donnaient lieu au rétablissement, se trouvent les « actes ou faits de la personne publique contractante, par exemple les cas d'inexécution des obligations administratives découlant du contrat ou lorsqu'elle décide la modification –*ius variandi*- des prestations du cocontractant »⁴⁰⁵.

La deuxième question présente plus de difficultés. Pour le Conseil d'État, le point de non-perte veut dire que « l'exécution contrat ne peut pas produire une perte au cocontractant »⁴⁰⁶, définition qui nous semble vaine.

Le point de non-perte par rapport à la modification unilatérale n'a jamais été traité par la jurisprudence ni par la doctrine, ce qui nous oblige à nous référer aux arrêts qui ont abordé les autres causes de déséquilibre économique du contrat administratif.

Il faut indiquer tout d'abord que pour le Conseil d'État, la cause de rupture de l'équilibre financier détermine le montant de l'indemnisation ; le cocontractant aura droit soit à l'indemnisation intégrale, soit à une compensation limitée aux pertes subies (*lucrum cesans*).

Le juge administratif a indiqué de façon générale que, dans le cas du fait du prince, le cocontractant aura droit à la réparation intégrale des préjudices tandis que, dans les cas de la théorie de l'imprévision, la compensation sera limitée aux pertes subies par le cocontractant⁴⁰⁷ ; « cette solution est raisonnable puisque, dans le cas du fait du prince, ce qui a lieu est une responsabilité contractuelle qui est imputable à un fait de l'autorité contractante... qui par conséquent a l'obligation de reconnaître la

⁴⁰⁵ Conseil d'État, arrêt du 31 août 2011, req. 18080.

⁴⁰⁶ Conseil d'État, arrêt du 19 septembre 1994, req. 637.

⁴⁰⁷ Voir par exemple : Conseil d'État, arrêt du 18 septembre 2003, req. 15119.

perte subie et le manque à gagner qui résultent du bouleversement qu'elle a occasionné »⁴⁰⁸.

Dans les cas d'imprévision le déséquilibre est produit, par contre, par des évènements extraordinaires, étrangers aux parties, ce qui fait que le montant de l'indemnisation soit plus réduit : « l'obligation de l'Administration d'apporter son aide au cocontractant n'est pas fondée sur l'imputabilité de la cause de bouleversement, mais sur la qualité de partenaire de celui-là qui aura besoin du support de la personne publique pour achever les prestations contractuelles »⁴⁰⁹. Si l'altération de l'équation contractuelle n'est pas imputable à l'entité contractante, mais plutôt à des faits étrangers aux parties, l'administration ne doit qu'indemniser ce qui est nécessaire pour assurer l'exécution des travaux convenus auparavant.

La solution dégagée par la jurisprudence peut être transposée aux cas d'exercice des pouvoirs exceptionnels, ce qui nous permet de conclure que la modification unilatérale entraîne l'obligation d'indemniser de manière intégrale les conséquences de la décision. Ainsi, non seulement la perte subie, mais aussi le manque à gagner seront compensés par l'organisme public. Évidemment le déséquilibre ne provient pas d'un fait extérieur aux parties (comme le cas de l'imprévision), mais d'une décision imputable exclusivement à l'administration⁴¹⁰.

Concernant l'obligation de rétablissement, une dernière remarque s'impose. Par l'arrêt du 31 août 2001, le Conseil d'État indique que l'exercice du pouvoir de modification⁴¹¹ ne donne droit à l'indemnisation que dans les cas où une perte réelle, grave et anormale a été prouvée par le cocontractant : « quelle que soit la cause à invoquer, on observe que le fait ne suffit pas pour conclure une rupture de l'équilibre économique du contrat ; il faudra analyser les circonstances du cas particulier pour déterminer l'existence d'une atteinte grave des conditions économiques du

⁴⁰⁸ Conseil d'État, *Ibidem*.

⁴⁰⁹ Conseil d'État, *Ibidem*.

⁴¹⁰ Conseil d'État, arrêt du 9 mai 1996, req. 10151.

⁴¹¹ Pour le Conseil d'État, « l'exercice du *ius variandi* fait naître, en faveur du cocontractant-partenaire de l'administration, le droit à la préservation à tout moment de l'équation financière de la relation juridique », Conseil d'État, arrêt du 31 août 2011, req. 18080. Voir également : arrêt du 6 septembre 1995, req. 7625.

contrat »⁴¹². Le cocontractant est ainsi tenu de « démontrer le bouleversement anormal de l'équation contractuelle accordé *ab initio*, pour vérifier qu'il échappe à toute prévision et qui entraîne des frais plus onéreux que ceux qui avaient été calculé, bien qu'il existe toujours des risques inhérents à l'activité contractuelle qu'il doit assumer »⁴¹³.

Bien que le Conseil d'État a souligné dans ces arrêts l'obligation d'indemniser la perte et le manque à gagner et notamment le devoir de prouver leur montant (l'administration ne peut pas vraiment faire l'estimation de la compensation sans les supports fournis par l'entreprise), il semble que dans ce dernier considérant le juge mette en doute le caractère intégral de l'indemnisation, en faisant que le cocontractant supporte au moins en partie les conséquences dommageables du déséquilibre produit par la modification.

À notre avis, il s'agit d'un considérant isolé qui n'a pas la vertu de remettre en cause la solution dégagée par la jurisprudence. En tout état de cause, si l'administration se refuse dans ce cas d'indemniser le manque à gagner, l'article 75 de la loi 80 de 1993 permet au cocontractant de saisir les tribunaux pour obtenir la compensation intégrale.

2. Les instruments utilisés pour réaliser l'indemnisation

Conformément à l'article 27 de la loi 80 de 1993, « pour ces effets [adopter les mesures nécessaires pour le rétablissement], les parties doivent conclure les accords et conventions nécessaires concernant les montants, les conditions et le mode de paiement des frais supplémentaires et la reconnaissance des coûts financiers et des intérêts, le cas échéant ».

Si la loi n'a pas précisé les instruments pour reconnaître le paiement de l'indemnisation résultant de la modification unilatérale parmi d'autres causes, c'était

⁴¹² Conseil d'État, arrêt du 31 août 2011, req. 18080.

⁴¹³ Conseil d'État, *Ibidem*. Voir également : arrêt du 18 septembre 2003, req. 15119.

pour ne pas limiter inutilement les parties à cet égard. Le statut général des contrats administratifs laisse donc ouverte la possibilité de convenir ou d'adopter n'importe quel instrument pour ces effets.

Parmi les types de contrats publics reconnus en droit colombien, il nous semble que la concession de travaux publics permet une marge de manœuvre plus vaste du fait de la complexité des formules de rémunération qui sont fréquemment convenues. R. Badell indique, par exemple, que les indemnités pourront découler d'une révision du régime tarifaire ou d'autres éléments qui déterminent le montant de la rémunération du concessionnaire telles que la formule de réajustement ou le délai de l'exploitation de l'ouvrage⁴¹⁴.

À titre d'exemple, nous pouvons citer dans les contrats de concession, les modes d'indemnisation suivants :

- L'allongement du délai de la concession ;
- L'augmentation des tarifs ;
- La modification des apports exigés du concessionnaire ;
- La mise en place de subventions ; et
- La variation d'autres facteurs convenus qui déterminent le régime économique de la concession.

Dans ces cas, les parties pourront convenir d'utiliser en même temps un ou plusieurs instruments pour assurer la compensation intégrale des préjudices causés par la modification unilatérale du contrat.

À cet égard, une remarque finale s'impose. L'importance de ces indemnités est telle que l'alinéa 13 de l'article 25 de loi 80 de 1993 a obligé aux organismes publiques à prévoir une rubrique budgétaire spéciale destinée à accorder les coûts dérivés de l'obligation de rétablissement économique. Pour le législateur, il s'agit d'une mesure extrêmement importante qui contribue à assurer le paiement des

condamnations qui sont fréquemment prononcés à l'encontre de la Nation du fait de ce type de circonstances⁴¹⁵.

Après avoir abordé la modification unilatérale du contrat, l'étude de la notion positive nous conduit à l'analyse de la forme conventionnelle, qui est d'ailleurs la plus utilisée par les personnes publiques pour réaménager et adapter les clauses du contrat administratif aux exigences de la bonne gestion du service public⁴¹⁶.

⁴¹⁴ R. Badell, « Poderes exorbitantes del ente Público en los contratos de conceción de Obras y Servicios Públicos » [*Pouvoirs exorbitants de l'entité publique dans les contrats de concession de travaux et de services publics*], Legislación, Jurisprudencia y Doctrina, Madrid, 2009.

⁴¹⁵ Exposé des motifs de la loi 80 de 1993, GC n° 75, 23 Sept. 1992.

⁴¹⁶ M-T Palacios, *art. préc.*, p. 22.

CHAPITRE 2 : LA MODIFICATION CONVENTIONNELLE

Comme le souligne A. Ghozi⁴¹⁷, la modification est conventionnelle lorsqu'elle résulte de l'adoption d'une convention modificative, c'est-à-dire d'un acte juridique par lequel les parties décident de faire des changements d'un ou plusieurs éléments du contrat en cours d'exécution.

Elle est considéré comme un « mode normal » de modification du contrat⁴¹⁸, dont la reconnaissance par l'ordre juridique est incontestable : « un tel pouvoir de révision appartient évidemment aux parties agissant par mutuus consensus (...) cette hypothèse ne demande aucun développement »⁴¹⁹.

En France, l'instrument par excellence à travers lequel se concrétise cet accord est l'avenant, qui désigne de manière générique l'acte qui modifie une convention en l'adaptant ou en la complétant par de nouvelles clauses⁴²⁰. Il a également été défini par la doctrine comme étant « un contrat constatant un accord de volonté des parties contractantes ayant pour objet de modifier une ou plusieurs dispositions de l'accord initial »⁴²¹. Dans ce sens, M. Belkacemi indique que l'avenant est un « terme générique qui désigne les contrats modifiant d'autres contrats sans précision quant à l'objet de la modification »⁴²².

À ce sujet, trois remarques s'imposent.

⁴¹⁷ Voir : A. Ghozi, *op. cit.*, p. 4.

⁴¹⁸ Depuis le début du XIX^{ème} siècle, le juge administratif a admis qu'« aucune disposition de la loi ou de règlement ne fait obstacle à ce qu'au point de vue des rapports entre les parties contractantes, les clauses d'un marché soient modifiées d'un commun accord en cours d'exécution » (CE, 22 nov. 1907, *Sieur Coste*, Rec. 849).

⁴¹⁹ G. Pequignot, *op. cit.*, p. 377.

⁴²⁰ G. Cornu, *op. cit.*, p. 89.

⁴²¹ Lettre collective du Min. Éco., n° 144 M du 31 octobre 1972 sur les avenants aux marchés publics diffusée par instructions n° 72-144-B1 du 6 décembre 1972 et 99-064-B1-M0-M9 du 8 juin 1999.

⁴²² M. Belkacemi, *art. préc.*, p. 741.

La première est liée avec le caractère accessoire que l'avenant présente⁴²³. Il s'agit d'un acte contractuel dépendant du contrat initial : « cet acte contractuel forme en quelque sorte un tout indissociable avec la convention initiale ; [il] ne saurait exister en soi et pour soi indépendamment de tout autre acte juridique. Il ne peut, bien au contraire, être qu'un avenant au contrat, son existence présupposant nécessairement l'existence d'un contrat »⁴²⁴. E. Fatôme précise cette caractéristique, en soulignant que l'avenant n'est pas un acte « autonome », il se rattache toujours à un acte préexistant : le contrat qu'il modifie⁴²⁵.

L'objet étendu qui peut avoir cette convention, retient également notre attention. Les matières susceptibles de modification sont variées et certaines de ces modifications n'ont d'ailleurs aucune véritable portée juridique ; tel est le cas des avenants, qu'on peut appeler *informatifs*, conclus pour assurer la gestion adéquate du contrat, mais sans avoir aucune incidence sur les obligations contractuelles des parties (par exemple, un changement de domiciliation ou de référence bancaire). Dans ce cas, bien qu'un avenant puisse être passé, il nous semble qu'une simple notification d'une partie à l'autre est suffisante.

Un avenant, dans le sens le plus rigoureux du terme, est un accord de volontés créateur de droits et d'obligations ayant pour effet juridique de modifier un contrat au cours de son exécution. Dans ce même groupe, nous trouvons diverses matières qui peuvent être l'objet de modification. Il est possible de poursuivre l'exécution des prestations au-delà du montant prévu par le marché⁴²⁶. L'avenant peut également porter sur les engagements des parties au contrat (par exemple les prestations à exécuter, le calendrier d'exécution ou le règlement financier du marché), voire même sur des changements qui concernent à la personne publique contractante (par exemple la cession volontaire du marché et la fusion de communes ou d'établissements publics) ou le cocontractant (le décès du cocontractant, la disparition de l'entreprise

⁴²³ Pour A. Ghozi, « le régime juridique de la convention modificative ne peut être dissocié du sort de l'acte principal ». A. Ghozi, *op. cit.*, p. 141.

⁴²⁴ D. del Prete., *L'avenant dans les contrats administratifs*, thèse sous la direction de Jean-Claude Ricci, Université Paul Cézanne (Aix-en-Provence), 2002, p. 125.

⁴²⁵ E. Fatôme, « Les avenants », *AJDA*, 1998, p. 760.

⁴²⁶ E. Fatôme, *Ibidem*, p. 761.

titulaire par fusion ou scission-absorption aboutissant à la création d'une société nouvelle, la cession d'actifs ou transmission de patrimoine à un tiers, etc.)⁴²⁷.

Enfin, nous devons remarquer que cette définition est commune au droit civil et au droit administratif⁴²⁸ : l'avenant est un acte contractuel qui modifie un contrat.

Cependant, comme le précise de façon remarquable H. Hoepffner, même lorsque la modification du contrat administratif emprunte l'instrument contractuel (l'avenant), elle ne saurait être assimilée à une modification conventionnelle en droit civil : « il est possible de constater des similitudes ou d'établir des rapprochements entre les deux disciplines. Mais les instruments de la modification en droit civil ne sauraient être transposés en droit administratif où le consensualisme reste en tout état de cause tempéré par les principes de concurrence et de transparence qui conditionnent la légalité matérielle et formelle des modifications »⁴²⁹.

De cette manière, même s'il existe une correspondance entre le droit civil et le droit administratif au niveau de sa définition, cela ne signifie pas que le régime auquel la modification conventionnelle d'un contrat administratif est soumise soit le même⁴³⁰.

⁴²⁷ P. Limouzin-Lamothe, « Les avenants : observations complémentaires », *AJDA*, 1998, p. 767.

⁴²⁸ H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 277.

⁴²⁹ H. Hoepffner, *Ibidem*, p. 393.

⁴³⁰ En droit administratif français, on peut citer les traits suivants. Selon l'article 20 du Code des marchés publics (édition 2006), un avenant ne doit pas intervenir dans le but de bouleverser l'économie du marché ou de changer l'objet du marché. Aucun texte ne définit à partir de quel seuil on peut considérer qu'il y a un bouleversement, c'est la raison pour laquelle le juge administratif estime traditionnellement qu'une augmentation de 15 à 20% ou plus, doit être regardée comme un bouleversement de l'économie du marché. La seule exception à cette règle concerne les sujétions techniques imprévues rencontrées au cours de l'exécution du marché. Dans ce cas-là, l'avenant peut intervenir sans avoir à se soucier du montant de la modification. On peut citer comme exemples de sujétions techniques imprévues un aléa climatique ou l'état du sous-sol.

En ce qui concerne les délégations du Service Public (DSP), l'article L.1411-2 du Code général des collectivités territoriales prévoit que toute prolongation doit être soumise à la passation d'un avenant à la convention. L'administration ne peut pas décider de prolonger unilatéralement une délégation du service public. Cependant, comme le précise la jurisprudence administrative française, un avenant ne peut pas modifier l'objet de la délégation. Il n'est donc pas possible de recourir à un avenant pour mettre à la charge du délégataire la réalisation d'investissements conduisant à la réalisation d'un ouvrage dissociable des ouvrages déjà construits, en raison de sa dimension, de son coût et de son autonomie fonctionnelle. De même, la légalité d'un avenant à une délégation de service public doit s'apprécier au regard de l'absence de modification d'un élément substantiel de la délégation. Un

Il convient de différencier également les avenants des techniques suivantes : les décisions de poursuivre et les marchés complémentaires.

La décision de poursuivre est une décision unilatérale de l'administration qui a pour objet de permettre l'exécution des prestations au-delà du montant initial fixé par le marché⁴³¹ et jusqu'au montant qu'elle fixe.

L'article 118 du Code des marchés publics (édition 2006) prévoit que : « dans le cas particulier où le montant des prestations exécutées atteint le montant prévu par le marché, la poursuite de l'exécution des prestations est subordonnée... à la conclusion d'un avenant ou, si le marché le prévoit, à une décision de poursuivre prise par le pouvoir adjudicateur ». Celle-ci ne peut être prise que lorsque le montant des prestations effectuées atteint le montant prévu au marché sans que l'objet de celui-ci s'en trouve modifié. Elle ne saurait donc être utilisée pour modifier l'objet du marché ni le volume des prestations prévues par le contrat⁴³².

contrat modifié pour limiter le risque d'exploitation du délégataire ne peut l'être par voie d'avenant mais doit faire l'objet d'une mise en concurrence. Finalement, l'avenant ne peut pas avoir pour objet la réalisation d'investissements qui sont normalement à la charge du délégataire tels que les investissements de renouvellement des installations. En effet, le délégataire doit assurer l'entretien des installations et remettre au terme du contrat des équipements en bon état de fonctionnement.

⁴³¹ Voir : Instruction pour l'application du code des marchés publics (abrogée) 118.2. Objet de la décision de poursuivre : « la décision de poursuivre ne peut avoir pour objet que la poursuite des prestations au-delà du montant fixé par le marché. Elle ne peut pas comporter d'autres dispositions et ne permet notamment pas de fixer de nouveaux prix ». Annexe au décret n° 2001-210 du 7 mars 2001, portant Code des marchés publics (abrogé).

⁴³² Il faut remarquer que « bien qu'ils soient présentés par l'article 118 comme des moyens alternatifs, l'avenant et la décision de poursuivre ne sont pas véritablement interchangeables. En effet, la décision de poursuivre ne peut être utilisée que pour augmenter le volume des prestations à réaliser pour parvenir à l'achèvement de l'ouvrage et ces prestations ne peuvent en aucun cas être différentes de celles prévues au marché initial. En outre, elles doivent correspondre au bordereau des prix initiaux. Il s'ensuit que, contrairement à ce que l'intitulé de la question induit, il est impossible de recourir à la décision de poursuivre pour introduire des prestations nouvelles ou différentes de celles du marché initial ou de nouveaux prix. Dès lors que la poursuite du marché impose la définition de nouvelles prestations ou la modification, en tout ou partie, de celles initialement prévues, la personne responsable des marchés est tenue de conclure un avenant ». Réponse du Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie à Question écrite n° 13627 du 9 sep. 2004 posée par Jean-Claude Carle (Publiée dans le JO Sénat du 9 déc. 2004, p. 2836).

D'autre part, un marché complémentaire est un nouveau marché conclu selon une procédure négociée, avec l'actuel cocontractant de l'administration pour l'exécution de prestations qui complètent celles ayant précédemment fait l'objet d'un premier marché⁴³³. Ainsi, cela n'a rien à voir avec la modification d'un contrat ; il s'agit d'un nouveau contrat qui crée des obligations qui ne figurent pas dans le marché initial, mais qui sont devenues nécessaires à l'exécution du service ou à la réalisation de l'ouvrage tel qu'il est décrit dans le marché initial.

En droit colombien, il convient d'examiner d'abord les références de la loi 80 de 1993 en ce qui concerne la modification conventionnelle des contrats.

L'article 40, alinéa 2, relatif à l'addition (l'un des instruments de modification conventionnelle) indique que « les contrats ne pourront faire l'objet d'une addition dépassant cinquante pour cent (50%) de leur valeur initiale ». Et c'est à peu près tout. La forme conventionnelle de la modification n'a pas été définie en droit public et les limites de la notion sont encore incertaines.

Par l'avis du 13 août 2009, le Conseil d'État a voulu cependant, transposer les prévisions de l'article 16 de la loi 80 relatif à la modification unilatérale, aux instruments conventionnels⁴³⁴. Il distingue d'abord les situations qui permettent la modification du contrat passé par l'État, des procédures pour le faire : « les situations sont la paralysie et l'atteinte grave du service public. Les procédures sont, pour sa part, au nombre de deux : l'accord des parties et l'acte unilatéral si le premier n'est pas obtenu. Il convient de noter que, malgré sa clarté, cette norme est généralement interprétée et commentée sous l'optique exclusive du pouvoir exceptionnel... laissant de côté les analyses sur la possibilité de convenir les modifications »⁴³⁵.

⁴³³ Les marchés complémentaires sont visés par l'article 35-II [4° et 5°] du Code des marchés publics (édition 2006).

⁴³⁴ L'article 16, précise que « si pendant l'exécution du contrat et pour éviter la paralysie ou une atteinte grave au service public concerné, il est nécessaire d'introduire des changements dans le contrat et que les parties précédemment ne parviennent pas à un accord à cet égard, l'entité, par voie d'un acte administratif dûment motivé, le modifiera en prescrivant la suppression ou l'ajout d'ouvrages, de travaux, de fournitures ou de services », loi 80 de 1993.

⁴³⁵ Conseil d'État, avis du 13 août 2009, req. 1952.

Cette solution a été reprise par le Guide des contrats de l'État de la Mairie de Bogota en 2012 : « textuellement, l'article 16 de la loi 80 de 1993 précise les conditions de faits et de droit nécessaires pour procéder à modifier bilatéralement ou unilatéralement un contrat administratif. En plus, il indique les limites du pouvoir de modification ; il est clair que le contrat originalement conclu par les parties ne peut être modifié que dans le cas des circonstances d'atteinte grave ou de paralysie du service public »⁴³⁶.

Bien que ces références soulignent la clarté de la norme en ce qui concerne leur application aux actes de modification conventionnelle, il faut remarquer que cette solution n'est pas libre de débat. Il ne s'agit que d'un avis du Conseil d'État qui n'a été jamais repris par les arrêts de la jurisprudence administrative. On peut constater en revanche plus d'une centaine des décisions judiciaires qui ont tranché les litiges liés aux modifications conventionnelles sans se référer à l'article 16 de la loi 80 de 1993. Voire, les considérants ont été méconnus par le Conseil d'État lui-même au moment de la répondre aux questions qui ont donné lieu à l'avis, car il a estimé légale la modification conventionnelle ne fondée que sur des raisons d'opportunité. Les versions ultérieures du Guide des contrats de la Mairie de Bogota ont abandonné, pour sa part, les références à l'article 16 en tant que fondement de la modification conventionnelle.

Par l'arrêt du 14 octobre 2011, le Conseil d'État a indiqué le rapport entre cette forme de modification et l'article 16, mais le considérant est, à notre avis, très imprécis : « c'est un principe général, prévu par l'article 1602 du Code civil, qui dit que le contrat peut être modifié en commun accord avec les parties, faculté qui est prévue par l'article 16 de la loi 80 de 1993 en matière de contrats publics qui reconnaît aux personnes publiques contractantes le pouvoir exceptionnel de modification unilatérale, si les deux parties ne parviennent pas à un accord à cet égard »⁴³⁷. Il nous semble cependant que la norme fait référence plutôt à une

⁴³⁶ « Guía de contratación estatal. Buenas prácticas en contratación estatal : compromiso para preservar la transparencia y la libre competencia » [*Guide des contrats de l'État. Les bonnes pratiques en matière des contrats dans le but de préserver la transparence et la libre concurrence*], Imprinta Distrital - D.D.D.I. Bogotá, aout 2012.

⁴³⁷ Conseil d'État, arrêt du 14 octobre 2011, req. 21491.

formalité, à une condition de formation de l'acte administratif, qu'au fondement normatif de la convention de modification.

Contrairement aux considérants du Conseil d'État, nous croyons que l'article 16 n'est pas applicable à la modification conventionnelle du contrat. Rappelons-nous d'ailleurs, que le titre de la norme est explicitement « De la modification unilatérale ».

En plus, la jurisprudence n'a jamais exigé que la modification conventionnelle soit fondée sur les raisons de menace de paralysie ou d'atteinte grave au service public concerné⁴³⁸. Les conventions de modification sont la plupart des cas conclues sans aucun lien avec la bonne gestion du service public, sans pour autant être entachées de nullité.

L'absence d'une définition légale explicite ne signifie cependant pas que la modification conventionnelle ne soit reconnue au sein du droit public. L'article 40 de la loi 80 de 1993 réglementant le seuil financier des conventions de modification et les arrêts de la jurisprudence administrative faisant référence aux instruments d'accord des parties, nous permettent d'affirmer qu'en droit colombien la notion de modification conventionnelle est déterminée par ces instruments : il y a une modification lorsque les parties arrivent à un accord⁴³⁹ et cet accord correspond à l'un des instruments reconnus par la loi pour modifier le contrat. Il s'agit d'une définition construite à partir de la notion des instruments individuels.

Quels sont alors les instruments de la modification conventionnelle ?

D'abord, on trouve les instruments qui permettent de modifier les prestations liées à l'objet du contrat (**Section 1**) ; ensuite, ceux qui modifient les obligations détachées de l'objet (**Section 2**).

⁴³⁸ Voir : *supra*, Chapitre 1 : La modification unilatérale, Section 1 : La modification unilatérale comme pouvoir exceptionnel, B.

⁴³⁹ Voir : A. Ghozi, *op. cit.*, p. 4. Voir également : G. Pequignot, *op. cit.*, p. 377.

Bien que toutes les obligations qui émanent d'un contrat administratif soient convenues pour assurer la réalisation de son objet, une distinction dans ce sens nous semble possible. Dans l'introduction, on a souligné que cette analyse ne portait que sur les contrats ayant pour objet l'exécution de travaux publics (marchés publics et concessions). En plus, on a précisé les activités qu'en droit colombien peuvent être exécutées dans le cadre de ces contrats : 1. Les travaux de première édification et d'aménagement ou de grande réparation⁴⁴⁰ ; 2. Les travaux de réparation simple⁴⁴¹ ; 3. Les travaux de conservation et d'entretien, pour corriger les effets du temps et 4. Les travaux de démolition destinés à la destruction délibérée de l'immeuble. Les obligations liées à l'objet seront celles qui se réfèrent concrètement à ces activités. C'est le cas, par exemple, de la convention de modification qui prévoit la réalisation des travaux de fondation qui n'ont pas été convenus lors de la conclusion du contrat.

Par contre, les obligations qui ne retombent pas sur la réalisation des travaux, mais plutôt sur les conditions d'exécution, s'entendent détachées de l'objet du contrat. C'est le cas par exemple, du délai, du prix, des conditions du personnel et de la gestion du trafic urbain lors de la construction d'une voie. Si le changement des obligations n'entraîne pas la modification de l'objet car les travaux initialement convenus restent exactement les mêmes, on peut conclure que la modification est détaché de l'objet et ne concerne que les conditions d'exécution du contrat. C'est sur la base de cette distinction que cette analyse sera abordée.

SECTION 1 : LA MODIFICATION LIÉE À L'OBJET DU CONTRAT

⁴⁴⁰ Les premiers font référence aux opérations qui donnent lieu à la création de l'immeuble tandis que l'aménagement est relatif à l'ensemble des travaux d'expansion, d'amélioration, de modernisation, d'ajustement, d'adaptation ou de renforcement de biens immobiliers déjà existants.

⁴⁴¹ C'est-à-dire ceux estimés nécessaires pour corriger la détérioration de biens immobiliers par des causes imprévisibles.

En droit colombien les sources de droit administratif ont parlé des contrats additionnels (§1) et des « exécutions progressives » (§2), en tant qu'instruments visant à la modification des obligations ayant une incidence sur l'objet du contrat.

§1. LE CONTRAT ADDITIONNEL

Le contrat additionnel est traditionnellement considéré comme l'instrument qui permet la modification de l'objet du contrat administratif. Pourtant, les cas de contrats additionnels qui ne modifient que les conditions d'exécution du contrat sont incalculables. On peut citer, par exemple, les conventions passées entre l'Entreprise colombienne de pétrole et Alfonso Suárez au sein du marché des travaux publics du 13 décembre 1993, ayant pour objet la transaction, la modification du mode de paiement et la prorogation de la durée des travaux. Plusieurs litiges ont été élevés devant le Conseil d'État⁴⁴², qui n'a pas remis en cause la qualification de contrats additionnels. Par l'arrêt du 30 janvier 2013 il a admis également un contrat additionnel modifiant exclusivement le prix initial d'un marché public⁴⁴³.

Les références doctrinales sont rares et les arrêts de la jurisprudence qui ont essayé de définir cet instrument sont presque inexistants, ce qui est incompréhensible car la passation de contrats additionnels est normale dans la plupart des contrats ayant pour objet la réalisation de travaux publics.

Le manque de clarté par rapport à la notion et les limites de cet instrument est certainement regrettable ; les considérants du juge administratif concernant la conclusion des contrats additionnels sont souvent contradictoires et la doctrine ne se met pas d'accord sur les traits de ce mécanisme.

⁴⁴² Conseil d'État, arrêt du 31 mars 2011, req. 16246.

⁴⁴³ Le Conseil d'État signale expressément qu'« il n'y a aucune raison pour que l'entrepreneur fasse valoir que, du contrat complémentaire n°01 au contrat de vente n° 112 de 1999, il a modifié le moyen de paiement, car la seule chose qu'il est faite... a été d'ajouter la valeur de celui-ci à \$10.858.000... ». Conseil d'État, arrêt du 30 janvier 2013, req. 24217.

Il faut souligner d'ailleurs qu'à notre avis, il ne s'agit pas d'une simple question de nom ou de dénomination. Chaque instrument a des caractéristiques et des conditions qui doivent être vérifiés afin de pouvoir conclure sa validité ; si ces conditions sont incertaines, le contrôle de légalité sera remis en cause, ce qui nous semble inacceptable.

La cause de l'absence d'une définition claire est liée à ses origines. Le contrat additionnel provient d'une mauvaise transposition des instruments du droit français et du droit espagnol (**A**), qui a conduit à une réglementation imprécise en droit colombien (**B**).

A. La mauvaise transposition des instruments européens

Le contrat additionnel en tant qu'instrument de modification des contrats passés par l'État provient des marchés complémentaires du droit français (**1**) et du droit espagnol (**2**).

1. Les marchés complémentaires du droit français

L'ancien Code des marchés publics⁴⁴⁴ a reconnu la possibilité d'exécuter des travaux ou services complémentaires dans les marchés publics, ainsi que de convenir le nouveau prix qui résulte de ce convention. Il a défini concrètement ces travaux ou services comme ceux qui « ne figurant pas au projet initial, sont, à la suite d'une circonstance imprévue, devenus nécessaires à l'exécution de l'ouvrage ou du service tel qu'il est décrit audit projet et qui sont attribués à l'entrepreneur ou au prestataire chargé d'exécuter cet ouvrage ou ce service » (art. 388). Pourtant, cette convention n'a été admise que lorsque le prix du marché dépassait le seuil communautaire. Les

⁴⁴⁴ Celui-ci est né de deux décrets codifiant une réglementation ancienne : l'un du 17 juillet 1964 instituant ses livres I et II (dispositions générales et dispositions applicables aux marchés de l'État et de ses établissements publics autres qu'industriels et commerciaux) ; l'autre du 28 novembre 1966 instituant ses livres III et IV (disposés respectivement aux marchés locaux et à la coordination des commandes publiques).

Codes des marchés publics de 2001⁴⁴⁵ et 2004⁴⁴⁶ ont décidé d'étendre cette possibilité à l'ensemble des marchés, y compris à ceux ayant un montant inférieur au seuil communautaire (article 35-III-1° des Codes).

Aujourd'hui, après l'adoption du décret n° 2006-975 du 1^{er} août 2006⁴⁴⁷ - nouveau Code des marchés publics-, les marchés complémentaires ont un régime plus ou moins défini. S'ils partagent quelques éléments avec l'avenant (chacun est précédé d'une négociation avec le titulaire du marché initial⁴⁴⁸ et vise à le compléter ou le prolonger⁴⁴⁹), il s'agit des instruments différents car, contrairement à l'avenant, le marché complémentaire constitue un nouveau marché ; un marché autonome⁴⁵⁰.

Pour S. Braconnier, « du point de vue juridique, d'abord, le marché complémentaire est distinct du marché initial. Deux contrats sont conclus qui se prolongent, alors qu'un avenant vient s'intégrer à un premier contrat avec lequel il fait masse »⁴⁵¹. Dans ce sens, H. Hoepffner parle des différentes logiques auxquelles chacune répond : l'avenant répond à une logique d'incorporation : une fois conclu, il devient partie intégrante du contrat initial ; il modifie certaines de ses clauses, celles n'étant pas transformées restant applicables sans qu'il soit besoin de le préciser. Alors que le marché complémentaire suit une logique de juxtaposition : une fois

⁴⁴⁵ Provenant du décret n° 2001-210 du 7 mars 2001. JO, 8 mars 2001.

⁴⁴⁶ Provenant du décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004. JO, 8 janvier 2004.

⁴⁴⁷ JO, 4 août 2006, p 11627.

⁴⁴⁸ Voir : Ch. Saichi, « Avenant ou marché négocié complémentaire ? », *MTPB*, 30 mai 2008, p. 90.

⁴⁴⁹ H. Hoepffner indique que « l'objet de ces instruments est largement comparable : tous deux visent à adapter un marché en le complétant ou en le modifiant. Le Code des marchés publics restreint cependant l'objet des marchés, pour prestations complémentaires ou similaires, en fonction de la nature du marché, au seul renouvellement ou au seul complément des prestations prévues initialement. Or l'avenant, nous l'avons vu, peut avoir des objets bien plus variés (i.e. modification du calendrier de l'exécution, des spécifications techniques, règlement financier du marché, changement de statut de [une des parties, nature des prestations, etc.]). H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 333.

⁴⁵⁰ L'expression « nouveau marché » a été questionnée par différents auteurs : « affirmer l'existence juridique propre pour distinguer le marché négocié de l'avenant est un artifice puisqu'il ne peut y avoir de marché négocié sans qu'existe au préalable un marché initial dont ils constituent effectivement une prolongation parfois obligée ». E. Pourcel, « Rien de nouveau sous le soleil des avenants », *MTPB* 18 janv. 2002, p. 72. Toutefois, outre le fait de déconseiller son utilisation, il nous semble plus pratique de préciser que, dans tous les cas, il existe une dépendance du marché complémentaire d'un marché initial qui lui sert de source.

⁴⁵¹ S. Braconnier, *Précis de droit des marchés publics*, Coll. Essentiels Experts, 2007, p. 286.

conclu, il s'acole au marché initial sans en modifier directement les stipulations ; juridiquement distincts, ces deux marchés sont ainsi interdépendants⁴⁵².

L'article 35-II du Code des marchés publics prévoit que la conclusion des marchés complémentaires est soumise à une procédure négociée, dispensée de publicité et de mise en concurrence préalables.

Il convient de remarquer le caractère exceptionnel du marché complémentaire. Dans le cadre du Code, la règle normale de passation d'un marché est l'appel d'offres. Les autres procédures et notamment la procédure négociée, sont des procédures exceptionnelles dérogoires du régime général de l'appel d'offres. L'exclusion de la publicité et de la mise en concurrence résulte exceptionnelle au droit applicable aux marchés publics et c'est pour cela que le recours aux marchés complémentaires est fortement encadré par le Code des marchés publics.

Pour prendre en compte les directives européennes (notamment la Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004) dont les termes sont différents pour les fournitures d'une part, les services et travaux d'autre part, l'article 35-II du Code indique dans quelles conditions un marché complémentaire peut être conclu selon le cas.

Concernant les marchés de fournitures, le recours aux marchés complémentaires est limité dans les conditions suivantes : d'abord les fournitures doivent être achetées auprès du fournisseur initial. En plus, les fournitures complémentaires doivent être destinées bien au renouvellement partiel des fournitures déjà acquises, ou bien pour compléter les fournitures d'origine du fait de l'extension d'une installation existante. Finalement, le marché complémentaire ne peut excéder une durée de trois ans (article 35-II-4° du CMP).

Dans le cas des marchés de travaux ou services, le marché complémentaire est limité de la façon suivante : d'abord il doit trouver sa source dans une circonstance imprévue. En plus, le montant cumulé des marchés complémentaires ne doit pas

⁴⁵² H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 333.

dépasser 50% du montant du marché principal et enfin, la personne publique doit démontrer que les travaux ou services ne peuvent pas être effectués par une entreprise différente de celle qui a réalisé le marché initial sans inconvénient économique ou technique majeur. Cela veut dire que dans ce cas le marché complémentaire n'est valide que lorsque les services ou travaux complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal (article 35-II-5^o du CMP). Il faut souligner que contrairement aux marchés de fournitures, il n'existe pas de condition relative à la durée, ni de restriction lorsque le marché initial n'a pas été conclu à la suite d'un appel d'offres.

En ce qui concerne les règles de passation du marché complémentaire, on peut noter que restent applicables : l'obligation pour l'administration de rédiger elle-même le marché qui sera négocié (article 11 du CMP) ; l'obligation pour l'administration de négocier le marché avant sa conclusion (l'absence de négociation entraînerait la nullité du marché dès lors qu'une négociation est par essence une procédure où une négociation existe) ; l'obligation de réunir la Commission d'appel d'offres aux termes des négociations ; et l'obligation de notifier le marché avant tout commencement d'exécution (article 79 du CMP).

Ainsi, malgré un formalisme peu contraignant, on peut voir que le recours au marché complémentaire a en droit français des limites importantes. La solution du droit espagnol est semblable à celle-ci.

2. La solution du droit espagnol

La notion d'ouvrages complémentaires apparaît en droit espagnol avec la Loi 30/2007 du 30 octobre, des Contrats du Secteur Public (LCSP) qui incorpore le contenu des directives européennes⁴⁵³. Entre 1877 et 2007, c'est-à-dire en 130 ans du

⁴⁵³ À cet égard, on doit souligner la Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004.

droit public espagnol⁴⁵⁴, les normes relatives à la modification du contrat administratif ont été rares⁴⁵⁵.

Actuellement, on trouve le régime de la modification des contrats du droit espagnol dans le texte remanié de la Loi des Contrats du Secteur Public (TRLCSPP)⁴⁵⁶, qui a repris intégralement la réglementation de la Loi 30/2007 des Contrats du Secteur Public (LCSP) et de la réforme introduite par la Loi 2/2011 de l'Économie Durable (LES).

Selon l'article 105 du TRLCSPP⁴⁵⁷, « la modification du contrat ne pourra pas être conclue pour ajouter des prestations complémentaires à celles qui ont été initialement convenues, ni pour étendre l'objet du contrat afin qu'il puisse accomplir de nouveaux objectifs non prévus dans les cahiers de charges, ni pour incorporer une prestation indépendante. Dans ces cas, on devra procéder à la passation d'un nouveau contrat ; si les conditions prévues par les articles 171.b) et 174.b) sont remplies, le régime pour l'adjudication des contrats complémentaires sera admis ».

La norme remarque d'abord la différence entre les contrats complémentaires et la modification du contrat. Dans ce dernier cas, le contrat, même modifié, persiste

⁴⁵⁴ Durant cette période, il faut souligner cinq normes importantes et concrètes: 1) La loi générale des ouvrages publics du 13 avril 1877; 2) Le Décret Royal – Loi 28 juillet 1928, pour lequel ont été réglementées les coopérations et aides des usagers industriels dans les ouvrages de profit des rivières; 3) Le Règlement des Services des Corporations Locales, approuvé par Décret du 17 juin 1955; 4) La Loi des Contrats d'État, texte approuvé par le Décret 923/1965, du 8 avril et 5) La Loi 13/1995, du 18 mai, sur les Contrats des Administrations Publiques.

⁴⁵⁵ A titre d'exemple, nous citons la Loi 13/1995, du 18 mai, sur les Contrats des Administrations Publiques: « Article 102. Modifications des contrats. 1. Une fois le contrat est parfait, seul l'organe public pourra inclure des modifications pour raison d'intérêt public dans les éléments qui l'intègrent, à condition que la modification soit fondée sur des nouveaux besoins ou des causes imprévues. 2. Les modifications du contrat devront se formaliser conformément aux exigences de l'article 55. 3. Lorsque la modification du contrat comporte une augmentation de plus de 10% du prix initial du contrat, ou une somme qui dépasse 1.000.000.000 de pesetas, sans inclure la Taxe sur la Valeur Ajoutée, il sera obligatoire... l'avis de la Direction Général du Budget du Ministre de l'Économie et des Finances ».

⁴⁵⁶ Approuvé par le Décret Royal Législatif 3/2011.

⁴⁵⁷ Dans les mêmes termes signalés dans l'article 92bis, alinéa 2 de la Loi 30/2007 des Contrats du Secteur Public (LCSP).

alors que dans le premier cas les contrats complémentaires sont de nouveaux contrats séparés du contrat principal, même si on reconnaît qu'il existe un lien entre eux⁴⁵⁸.

Lors de la passation d'un contrat complémentaire, la procédure de licitation, l'adjudication et la formalisation de la convention sont obligatoires, puisqu'il s'agit d'un nouveau contrat. Cependant, la loi espagnole prévoit une procédure négociée sans publicité, pour permettre que l'exécution du nouveau contrat soit confiée au même adjudicataire en raison de la proximité, la dépendance ou la fonctionnalité des nouveaux travaux avec les prestations du contrat initial.

L'article 105 du TRLCSP, précise les limites entre les contrats complémentaires et la modification du contrat, ce qui signifie pour Blázquez Roman, que la loi prévoit des lignes infranchissables à la possibilité de modification⁴⁵⁹. Il n'y aura un contrat complémentaire que lorsque :

- Ils entraînent l'exécution des prestations complémentaires à celles qui ont été initialement convenues,
- Ils entraînent le changement de l'objet initial du contrat pour accomplir de nouveaux objectifs non prévus dans les cahiers de charges.
- Ils entraînent l'incorporation d'une prestation indépendante.

À ce sujet, il est important de préciser qu'une interprétation trop stricte de cette norme du TRLCSP peut empêcher la conclusion de modifications conventionnelles, en les réduisant à de simples corrections. Pour Calvo-Ruata, l'obligation de préservation du contrat initial ne signifie pas que n'importe quelle modification conduise à la conclusion de contrats complémentaires. La modification entraîne un changement raisonnable des prestations initiales et tout ce qui dépasse ce caractère raisonnable conduit ou bien à la passation d'un nouveau contrat, ou bien à

⁴⁵⁸ P. Calvo-Ruata, « La zozobra de la modificación de contratos públicos ¿Tiempos de hacer de la necesidad virtud ? [L'angoisse de la modification des contrats publics. Est-il temps de faire du besoin une vertu ?], Anuario Aragonés del Gobierno Local 2011, n° 3, IFC, Zaragoza, 2012, p. 387.

⁴⁵⁹ A. Blázquez-Roman, « Modificaciones a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, introducidas por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible » [Modification de la Loi 30/2007, du 30 octobre, des Contrats du Secteur Public, introduites par la Loi 2/2011, du 4 mars, de l'Économie Durable], Contratación Administrativa Práctica, n° 108, mayo 2011.

la conclusion d'un contrat complémentaire si les conditions prévues par la loi sont remplies⁴⁶⁰.

Jusqu'à présent, il n'y a pas vraiment de différence entre le droit français et le droit espagnol. Cependant, le TRLCSP apporte une particularité du droit espagnol en ce qui concerne l'étendue de la réglementation. L'article 61 de la Directive 2004/18/CE du Parlement Européen et du Conseil du 31 mars 2004 se réfère à l'adjudication des ouvrages complémentaires dans les contrats de concession de travaux publics, les excluant de leur application. C'est pour cela que la directive ne prévoit pas la possibilité de faire appel dans ces cas à la procédure négociée sans publicité ; l'application de la directive à cet égard correspondre aux législations nationales.

En droit espagnol, le TRLCSP considère que les concessions ne sont qu'un type du genre contrat administratif⁴⁶¹, ce qui signifie qu'elles sont soumises aux dispositions relatives aux contrats complémentaires.

À l'égard de la réglementation espagnole, deux dernières remarques s'imposent. L'article 105 du TRLCSP, précise que les contrats complémentaires exigent une procédure négociée (sans publicité, ni mise en concurrence), conformément aux articles 171.b) –ouvrages ou 174.b) –services. Ces normes indiquent que les travaux (ou services) ne peuvent être exécutés que lorsqu'elles « deviennent nécessaires pour la réalisation de l'ouvrage qui a été prévue dans le projet ou dans le contrat, mais sans le modifier ».

La norme exige que l'ouvrage prévu lors de la conclusion du contrat ne soit pas modifié, ce qui signifie que l'essence de la convention originelle ne peut pas changer⁴⁶². Les travaux qui découlent du contrat complémentaire, bien que

⁴⁶⁰ P. Calvo-Ruata, *op. cit.*, p. 387.

⁴⁶¹ Selon l'« Instruction de l'Avocat Général de l'État » du 5 février 2008, le contrat de concession de travaux publics, en harmonie avec les articles 223 à 249 de la LCSP –240 à 274 TR– peut s'accorder par les collectivités qui ont la condition d'Administration Publique, ce qui implique leur inclusion au sein des dénommés contrats administratifs.

⁴⁶² P. Calvo-Ruata, *op. cit.*, p. 389.

nécessaires, doivent être séparables des prestations initiales, c'est pourquoi la loi espagnole exige l'exécution, l'achèvement et la liquidation de manière séparée.

Le TRLCSP exige d'ailleurs les mêmes conditions indiquées par la Directive de l'Union Européenne, adoptées aussi par le droit français : le contrat complémentaire n'est valide qu'à condition que l'attribution soit faite à l'opérateur économique qui a réalisé cet ouvrage :

- Lorsque ces services ou travaux complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénient majeur pour le pouvoir adjudicateur ;
- Lorsque ces services ou travaux, quoiqu'ils soient séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son parfait achèvement.
- Le montant cumulé de ces marchés complémentaires ne doit pas dépasser 50 % du montant du marché principal (articles 171 b et 174 b du TRLCSP).

La notion des marchés complémentaires des systèmes européens a été transposée en droit administratif colombien, mais d'une manière regrettable : la définition ne correspond pas à celle du droit français ou espagnol et la réglementation a été oublié par le législateur colombien.

B. Le contrat additionnel en droit colombien

Bien que les statuts des contrats précédents aient prévu des règles explicites en ce qui concerne les contrats additionnels (1), la loi 80 de 1993 a gardé le silence sur cet instrument, permettant ainsi au juge administratif d'essayer une définition (2).

1. La réglementation des statuts précédents

Suivant les termes de l'article 45 du décret 150 de 1976, l'article 58 du décret 222 de 1983, relatif aux « contrats additionnels », a indiqué que « lorsqu'il y a un

besoin de modifier le délai ou le prix convenus... un contrat additionnel sera conclu, ne pouvant pas dépasser la moitié du montant originalement prévu ».

Entre 1976 et 1990, toute analyse de la norme a été ignorée. La doctrine et la jurisprudence se sont limitées à répéter les termes de cette disposition. Pourtant, plusieurs incertitudes se posaient à cet égard. L'article 58 du décret 222 de 1983 n'a prévu que la modification de la durée et du prix du contrat, ce qui posait la question de savoir si la modification des prestations du cocontractant, par exemple, de la masse de travaux, était interdite. En outre, s'il s'agissait d'une modification du contrat, pourquoi le législateur a prévu le nom de contrat additionnel.

Ces questions n'ont jamais été abordées en droit colombien, jusqu'à ce que le Conseil d'État, trois ans avant la promulgation de la loi 80 de 1993, a essayé de préciser la notion.

Par l'avis du 15 mars 1990, le Conseil d'État a indiqué que « de la lecture de cette norme [art. 58 décret 222 de 1983], il est clair que le législateur a présenté, à tort, le contrat additionnel comme une modification du délai et du prix des contrats administratifs, car elle est une simple réforme qui n'entraîne aucun changement radical dans le contrat »⁴⁶³. Ainsi, il a été considéré que la passation de « véritables contrats additionnels » n'arrive que lorsqu'une « réforme à l'objet du contrat, entraînant une modification fondamentale de l'accord initial » est convenue par les parties.

Pour le Conseil d'État, les modifications qui pouvaient être accordées par les parties étaient de deux types : la simple réforme de la durée et du prix du contrat et la modification de l'objet qui peut comporter la réforme de la durée et du prix convenus auparavant. Uniquement dans ce dernier cas, on peut parler d'un contrat additionnel : « un contrat additionnel est conclu lorsque les parties contractantes accordent une modification de l'objet... comme c'est le cas, par exemple, d'un contrat d'ouvrage public qui prévoit un tronçon routier déterminé et en cours de l'exécution les parties estiment que le tronçon doit être étendu. Ce changement aboutit évidemment à la

⁴⁶³ Conseil d'État, avis du 15 mars 1990, req. 350.

modification de l'objet, du délai et de la valeur du contrat principal, ce qui conduit nécessairement à la passation d'un contrat additionnel »⁴⁶⁴.

Depuis lors, le manque de clarté du juge administratif en ce qui concerne la nature modificative des contrats additionnels est évident. Par l'avis du 17 mai 1994⁴⁶⁵, le Conseil d'État a considéré que cet instrument signifie « un nouvel accord de volontés, différent du contrat originel »⁴⁶⁶. Dans cet avis, le juge a aussi remarqué la prétendue équivocation du législateur : « l'article 58 du décret 222 de 1983 a réglé la possibilité de modifier les contrats administratifs en ce qui concerne le délai et le prix... Même si cette disposition se référerait aux « contrats additionnels », elle ne portait que sur la réforme de la valeur et du prix »⁴⁶⁷.

Par l'avis du 26 août 1996, le Conseil d'État se réfère de nouveau aux contrats additionnels comme de *nouveaux contrats* : « il résulte que le contrat additionnel est différent à l'addition des contrats. Le premier est un nouveau contrat, alors que le deuxième fait référence à une modification d'un contrat en cours d'exécution »⁴⁶⁸.

La solution du juge est plus surprenante si l'on considère la prévision de l'article 58 du décret 222 de 1983 prévoyant qu'« en aucun cas, l'objet des contrats ne pourra être modifié... sous prétexte de la conclusion de contrats additionnels ». Il nous semble que l'interprétation du juge a violé directement cette norme. Suivant le texte de la loi, il est clair que seules les modifications de la durée et du prix étaient admises (le contrat additionnel s'avèrerait comme l'instrument prévu par la loi pour le faire) et, en tout état de cause, la modification de l'objet était interdite. Pourtant le Conseil d'État a admis le changement de l'objet, créant d'ailleurs une incertitude sur la nature de l'instrument.

⁴⁶⁴ Conseil d'État, avis du 15 mars 1990, req. 350.

⁴⁶⁵ Conseil d'État, avis du 17 mai 1994, req. 601.

⁴⁶⁶ Conseil d'État, avis du 17 mai 1994, req. 601.

⁴⁶⁷ Conseil d'État, avis du 17 mai 1994, req. 601.

⁴⁶⁸ Conseil d'État, avis du 26 août 1998, req. 1121.

Le nouveau statut général des contrats administratifs a finalement résolu le problème de la contradiction entre la loi et le critère du Conseil d'État, ce qui n'a pas signifié la clarté par rapport à la notion des instruments de modification.

2. Le silence de la loi 80 de 1993

La loi 80 de 1993 n'a fait aucune référence aux contrats additionnels. Dès lors la réglementation des contrats additionnels ne provient que des solutions imprécises du juge.

Rappelons-nous que l'article 40 de la loi 80 de 1993 indique que « les contrats ne pourront faire l'objet d'une addition dépassant cinquante pour cent (50%) de leur valeur initiale ». Pour le Conseil d'État, « cette disposition prévoit clairement que toute stipulation des parties ayant un lien direct avec l'objet du contrat administratif, donne lieu à la passation d'un nouveau contrat ; il ressort du texte de la norme que l'addition du contrat, différent du contrat additionnel, ne permet qu'augmenter le prix dans les limites de 50% de la valeur initiale du contrat ; l'addition de l'objet ne peut être convenue que par le biais d'un contrat additionnel »⁴⁶⁹.

Il convient de préciser d'abord que l'article 40 de la loi 80 de 1993 ne parle pas des contrats additionnels ; la norme ne prévoit qu'un plafond financier lorsque les parties conviennent « l'addition » du contrat, c'est pourquoi le classement des instruments est une création exclusivement jurisprudentielle. La norme ne se réfère pas non plus à la modification de l'objet initial du contrat.

Le Conseil d'État a voulu démontrer dans cet arrêt du 24 août 2005 l'existence de deux instruments différents, d'un côté, l'« addition » et de l'autre côté, le « contrat additionnel », mais ce qui est pire encore est que le juge utilise le terme addition pour définir le contrat additionnel.

⁴⁶⁹ Conseil d'État, arrêt du 24 août 2005, req. 3171.

Par l'arrêt 26 janvier 2006, le Conseil d'État a insisté sur cette distinction : « la jurisprudence et la doctrine nationale considèrent que les notions de contrat additionnel et d'addition de contrat ne correspondent pas à la même figure juridique. Alors que la première correspond à tout contrat entraînant une modification fondamentale de l'accord initiale, la seconde se réfère à la réforme du contrat qui ne comporte pas modification de son objet »⁴⁷⁰. Les décisions qui reprennent ce critère sont nombreuses, même avant la date de l'entrée en vigueur de la loi 80 de 1993⁴⁷¹.

En dépit de l'effort du Conseil d'État à cet égard, il nous semble que la distinction est, en tout état de cause, inutile, car la qualification d'une convention des parties comme addition ou comme contrat additionnel ne comporte aucune conséquence juridique ou pratique. En ce qui concerne les limites, le Conseil d'État a précisé que les additions et les contrats additionnels entraînant une augmentation de la valeur, sont soumis de la même manière au plafond financier de cinquante pour cent⁴⁷². Bien que les formalités de ces instruments seront abordées plus tard, il faut dire dès maintenant qu'il n'y a aucune différence à cet égard.

La loi 80 de 1993 ne prévoit aucune réglementation en ce qui concerne les contrats additionnels car, comme on l'a vu, cette notion a été créée par le juge administratif. Bien pire encore est l'absence, dans les arrêts du Conseil d'État, de règles différentes régissant la passation des instruments qu'il a voulu distinguer. S'il n'existe pas une incidence sur les normes gouvernant la conclusion des ces instruments, il convient de se demander pourquoi la jurisprudence a insisté sur la distinction.

La réponse réside dans la mauvaise transposition des marchés complémentaires que le juge administratif colombien n'a pas voulu avouer et spécialement, qu'il n'a pas voulu abandonner. Les marchés complémentaires sont définis comme les marchés publics conclus de gré à gré avec le titulaire d'un

⁴⁷⁰ Conseil d'État, arrêt du 26 janvier 2006, req. 3761.

⁴⁷¹ Cela a été la position du Conseil d'État portant sur l'effet utile dans les avis du 2 décembre 1982, req. 1812, du 30 juillet 1981, req. 1563, du 15 mars 1990, req. 350, du 17 mai 1994, req. 601 et du 18 juillet 2002, req. 1439. De la même manière dans les arrêts du 6 août 1987, req. 3886, du 31 octobre 1995, req. 1438 ; et du 20 mai 2004, req. 3314.

⁴⁷² Conseil d'État, avis du 18 juillet 2002, req. 1439.

précédent marché et ayant pour objet de commander, auprès de ce dernier, des fournitures, des travaux ou des prestations de service supplémentaires. Il s'agit toujours de commander, auprès d'un cocontractant précédent, des prestations d'une nature similaire ou complémentaire à celles déjà réalisées par ledit cocontractant à l'occasion du marché initial. L'objet des marchés complémentaires est par définition strictement encadré. Alors qu'un avenant peut porter sur n'importe quel objet pourvu qu'il ne modifie pas l'objet initial du marché et qu'il n'en bouleverse pas l'économie générale du contrat initial, le marché complémentaire ne peut porter que sur l'ajout de prestations lesquelles doivent au demeurant être en lien étroit avec le marché initial⁴⁷³.

Si l'avenant et le marché complémentaire supposent tous deux l'existence d'un marché précédent, le premier n'en est pas juridiquement détaché, au contraire du second qui constitue un nouveau marché à part entière. C'est bien là que vient l'idée de la possibilité pour les parties au marché complémentaire d'en négocier entièrement les termes sans restriction par rapport au marché initial. En d'autres termes, « des lors que le recours à un tel marché complémentaire est justifié au regard des conditions restrictives de l'article 35-II du code des marchés publics les modalités d'exécution des prestations complémentaires ainsi commandées peuvent parfaitement s'écarter même substantiellement de celles prévues au marché initial (qu'il s'agisse bien entendu du prix mais également du régime financier du marché, des délais d'exécution des pénalités applicables des garanties etc.) »⁴⁷⁴. En revanche, la capacité des parties pour modifier à l'occasion d'un avenant est déterminée par le périmètre des prestations contractuelles et par les conditions d'exécution du marché initial.

Dans ce contexte, parler de la conclusion d'un marché, détaché du contrat initial, entre les mêmes parties est conforme à la logique des règles de cet instrument.

⁴⁷³ Les marchés complémentaires de services ou de travaux quant à eux, ne peuvent porter que sur des prestations qui « ne figurent pas dans le marché initial » mais qui apparaissent « nécessaires à l'exécution du service ou à la réalisation de l'ouvrage tel qu'il est décrit dans le marché initial » (article 35 CMP 2006). En d'autres termes, le marché complémentaire de services ou de travaux doit simplement permettre le parachèvement du marché initial par l'ajout de prestations qui n'y ont pas été prévues au début.

⁴⁷⁴ F. Lepron, « Avenant et marché complémentaire », *Contrats publics*, déc. 2010, 105, p. 48.

Pourtant, en droit colombien les contrats additionnels n'existent en dehors du contrat initial. Il s'agit d'une modification du contrat initial à la manière de l'avenant en France. La notion de marché complémentaire n'existe pas en Colombie, même si le contrat additionnel a été fondé sur cette notion. Par l'avis du 17 mars 1994, le Conseil d'État a affirmé que : « [le contrat additionnel] est un nouveau contrat alors que [l'addition] est une modification d'un contrat en cours d'exécution »⁴⁷⁵, mais en droit colombien le contrat additionnel est une forme de modification. Il s'agit d'une mauvaise compréhension de l'instrument du droit public français. La notion de contrat additionnel est rattachée à l'avenant, c'est-à-dire, à l'idée de la modification contractuelle faisant partie du contrat initial⁴⁷⁶. La solution française n'est pas, par conséquent, transposable au droit colombien.

Malheureusement, il existe une multiplicité des décisions qui réaffirment cette transposition. Il existe d'ailleurs une multiplicité d'arrêts qui admettent également la passation de contrats additionnels pour modifier des éléments autres que l'objet. Le manque de clarté est évident.

On a indiqué qu'il s'agit d'une mauvaise transposition des sources européennes car la jurisprudence n'a pris que la notion, sans adopter les limites et le régime juridique qui découle de cette qualification. Le défi du législateur colombien ou, en dernier ressort du juge administratif sera ou bien d'abandonner la distinction entre « contrat additionnel » et « addition » pour admettre qu'il n'existe qu'un instrument de modification, ou bien, de transposer la réglementation prévue en droit public français et espagnol pour la mise en œuvre de ce mécanisme. Ainsi, l'obligation d'exiger que les services ou travaux complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal nous semble

⁴⁷⁵ Conseil d'État, arrêt du 17 mai 1994, req. 601.

⁴⁷⁶ La doctrine française a utilisé explicitement le mot « contrat additionnel », même pour faire référence à l'avenant : « L'avenant est un contrat additionnel ayant pour but de préserver la poursuite du contrat initial en l'adaptant aux changements des conditions économiques, technologiques, politiques, sociaux ou juridiques pouvant modifier son économie générale, à long terme, en rendant plus onéreux ou/et plus difficile le maintien de l'exécution des prestations contractuelles sur les bases originaires. C'est un acte contractuel dépendant du contrat initial » H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 282. Voir également : D. del Prete., *thèse préc.*, p. 165. À ce sujet, nous pouvons dire que le contrat additionnel n'existe pas en tant qu'instrument indépendant en droit français sinon qu'il correspond plutôt à l'avenant.

pertinente (article 35-II-5^o du CMP français et articles 171.b) et 174.b du TRLCSP espagnol). De même que les prestations complémentaires doivent être le résultat d'une circonstance imprévue.

Les sources de droit colombien ne se sont pas encore engagées à résoudre le problème de définition du contrat additionnel, c'est pourquoi il n'y a, à l'heure actuelle, qu'une approche imprécise et contradictoire à cet égard. Cette situation est d'ailleurs inexplicable si nous tenons compte des centaines de contrats additionnels qui sont souscrits quotidiennement par les personnes publiques en Colombie.

Peut-être une notion autonome du contrat additionnel existe en droit colombien, mais les effets juridiques, le régime et les limites de la définition sont encore incertains.

Il en va de même pour les « exécutions progressives » qui ont été dégagés par la jurisprudence administrative pour modifier l'objet des contrats de concession de travaux publics sur l'infrastructure routière.

§2. L'« EXÉCUTION PROGRESSIVE »

L'instrument de l'« exécution progressive » n'est pas réglé par la loi, ce qui ne signifie pas, comme l'a admis la jurisprudence⁴⁷⁷, qu'il ne soit pas reconnu par l'ordre juridique ; il est fondée sur le principe de l'autonomie de la volonté, reconnu explicitement par la loi 80 de 1993 en matière de contrats administratifs⁴⁷⁸ et découle de l'interprétation des autres figures juridiques.

⁴⁷⁷ Conseil d'État, avis du 23 août 2013, req. 2148.

⁴⁷⁸ L'article 40 de la loi 80 indique que les organismes publics peuvent passer les contrats qui conformément à l'exercice de l'autonomie de la volonté résultent nécessaires pour l'accomplissement des objectifs de l'État. L'article 32 précise que les personnes publiques peuvent conclure « les contrats et les accords fondés sur l'autonomie de la volonté », requis pour mener à bien les fins de l'État. Les articles 13, 23, 28 et 46 font également référence à l'application du principe de l'autonomie de la volonté en matière des contrats administratifs.

C'est ainsi qu'en ce qui concerne les contrats de concession de travaux publics sur l'infrastructure routière, l'« exécution progressive » en tant qu'instrument de planification a été reconnu (A), pouvant donner lieu à la modification de l'objet du contrat (B) si certaines conditions sont remplies.

A. L'« exécution progressive » en tant qu'instrument de planification

Le principe de planification fait référence à l'obligation de la personne publique de réaliser des études préliminaires (études de préfaisabilité, de faisabilité, d'ingénierie, de sols, etc.), dans le but de préciser l'objet du contrat, les obligations des parties, la distribution des risques, le prix et la structure de leur financement⁴⁷⁹.

Dans le cas des concessions de travaux publics, les études préliminaires doivent déterminer, parmi d'autres, l'état des terrains où se réalise la construction, les flux de transit ou la demande du service (plus spécialement si le financement provient du paiement des taux comme les péages), les impacts environnementaux et sociaux et les conditions géographiques et climatiques du secteur. Ces études sont indispensables pour évaluer les risques et ainsi, déterminer la distribution des charges entre les parties, le délai, le mode de paiement et le prix, entre autres⁴⁸⁰.

C'est pour cela que la loi ordonne aux personnes publiques de préciser les conditions économiques et de qualité des biens, travaux ou services nécessaires pour l'exécution de l'objet du contrat (art. 24-5 de la loi 80 de 1993).

⁴⁷⁹ Cour Constitutionnelle, arrêt C-1065 du 10 octobre 2001. Voir également : Conseil d'État, arrêt du 29 août 2007, req. 14854.

⁴⁸⁰ Conseil d'État, avis du 15 août 2002, req. 1429. Voir également : L-G Davila-Vinueza, « Régimen jurídico de la contratación estatal, aproximación crítica a la Ley 80 de 1993 » [*Régime juridique des contrats d'État, approche critique à la Loi 80 de 1993*], Legis, Bogota, 2003, p. 753 ; Sentence arbitrale : Santa Marta Paraguachón SA c. INVIAS, décision du 24 août 2001 ; E. Fonseca-Prada, « El contrato de concesión de servicios y de infraestructura », [*Le contrat de concession de services et d'infrastructure*], Revista de Derecho Público: Aspectos controversiales de la contratación estatal. Ediciones Uniandes, Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, 2004, p. 30 ; H. Palacios-Mejía, « La concesión y la teoría económica de los contratos » [*La concession et la théorie économique des contrats*], Revista de Derecho Público No. 11, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. 2000, p. 15.

La jurisprudence remarque cependant que malgré la précision de ces éléments, il s'avère impossible de prévoir toutes les circonstances qui peuvent avoir une incidence sur l'exécution du contrat⁴⁸¹. C'est pour cela qu'en droit colombien « la possibilité de renégocier et de modifier ces contrats revêt une grande importance »⁴⁸².

Si la portée générale du projet est certainement connue depuis l'élaboration des études préliminaires, le financement et les conditions permettant l'achèvement de l'ensemble des travaux se révèlent souvent incertains. Dans le cas des contrats de concession de travaux sur l'infrastructure routière l'incertitude est plus élevée si nous tenons compte du fait que les délais sont toujours prolongés (parfois des décennies). C'est pour cela que la jurisprudence a créé la formule de la progressivité (1), qui permet une exécution échelonnée, graduelle et variable du projet (2), au fur et à mesure que certaines conditions sont remplies.

1. La progressivité

La progressivité apparaît avec la conception du programme de concessions routières de *troisième génération*⁴⁸³, conclues par le gouvernement colombien durant la période 1998-2000. Par l'avis du 9 décembre 2004, le Conseil d'État s'est référé pour la première fois à cette notion. Après avoir analysé le contrat de concession routière, ainsi que les différences entre les générations de concessions, le juge affirme que les concessions de troisième génération visent à améliorer les grands couloirs routiers qui doivent connecter les grands centres productifs du pays ; « l'assignation de risques ne diffère substantiellement pas de ceux de la deuxième génération ; cependant, le notion de progressivité, qui fait allusion à l'exécution de travaux sur

⁴⁸¹ Cour Constitutionnelle, arrêt C-300 du 25 avril 2012. Cependant, la Cour Constitutionnelle clarifie que cela ne signifie pas qu'il ne faut pas concevoir des clauses faisant face à de telles risques et que les considérations précédentes sur le principe de panification perdent leur importance.

⁴⁸² Cour Constitutionnelle, arrêt C-300 du 25 avril 2012.

⁴⁸³ La première (13 projets) et la seconde (2 projets) génération correspondent aux concessions souscrites par l'Institut National des Concessions – INCO – rattaché au Ministère du Transport, en 1992 y 1995 respectivement.

l'infrastructure routière au rythme déterminé par les flux de circulation des usagers de la route concernée, a été créé »⁴⁸⁴.

2. L'exécution conditionnée du projet

Par les documents du Conseil Supérieur de la Politique Fiscale, CONFIS D.G.P.P. N° 04/2006⁴⁸⁵ y CONPES 3413 de 2006⁴⁸⁶, le gouvernement national a précisé la notion de progressivité et de l'exécution progressive des travaux mis en concessions. Dans le premier de ces documents, l'exécution physique des projets a été définie :

« 4.3 L'exécution physique des projets.

- L'exécution de base. Elle correspond aux activités de construction, d'entretien, de réparation et aux opérations prévues pour assurer l'exécution de la première étape des projets, sans aucune condition.
- L'exécution progressive. Elle comprend l'exécution des travaux soumise à conditions telles que les flux de circulation, la disponibilité de ressources et d'autres conditions qui devront être évaluées en coordination avec la Commission intersectorielle des contrats publics ».

Le deuxième document du Conseil national de politique économique et sociale, CONPES, indique pour sa part, que « l'exécution des projets pourra se définir dans leur étape de structuration sur la base d'une composante essentielle et une composante progressive. L'élément progressif correspond à l'exécution de travaux soumise à conditions, qui sauraient compléter les travaux de base ou essentiels. Ces conditions sont, entre autres, les flux de circulation, la disponibilité de ressources et

⁴⁸⁴ Conseil d'État, ordonnance du 9 décembre 2004, req. 27921.

⁴⁸⁵ Conseil supérieur de politique fiscale, CONFIS, document D.G.P.P. n° 04/2006 du 6 de mars 2006. « Avis pour le programme de concession 2006-2014 », p. 3.

⁴⁸⁶ Conseil national de politique économique et sociale, document CONPES 3413 du 6 mars 2006. « Programme pour l'exécution des concessions d'autoroutes 2006-2014 ».

toutes les autres conditions estimées nécessaires pour assurer l'achèvement des ouvrages. À partir des principes définis dans ce document, en particulier celui qui porte sur l'optimisation des investissements publics et privés, l'exécution progressive sera déterminé pour chaque projet individuellement ».

Dans ce dernier document, le gouvernement a reconnu qu'à ce moment-là, l'information technique, légale et financière nécessaire pour réaliser l'intégralité des travaux était insuffisante, c'est pourquoi il a demandé à l'Institut National des Concessions, INCO, d'évaluer « les alternatives pour convenir une exécution progressive des travaux ». Le gouvernement a ainsi recommandé à l'Institut d'inclure dans les documents préliminaires des contrats « les conditions permettant l'exécution progressive des travaux concernés ».

Le document CONPES 3413 de 2006 définit finalement la portée des projets de concession : « l'exécution de base comprendra la réparation de 1.275 km et la construction de 673 km de deuxièmes chaussées et de doubles chaussées. L'exécution progressive portera sur la construction de doubles chaussées d'une longueur de 1.076 km ».

Le document CONPES créa donc une politique de planification de l'exécution des travaux sur le réseau routier en Colombie⁴⁸⁷. C'est ainsi que la troisième génération de concessions routières a introduit le critère de progressivité, permettant l'exécution graduelle, variable et échelonnée des travaux. L'« exécution progressive » est devenue ainsi un instrument de planification qui admet la réalisation d'ouvrages sur la base de la demande de trafic routier, pour éviter le manque à gagner qui découle de l'incapacité de la voie pour satisfaire les demandes de flux⁴⁸⁸.

⁴⁸⁷ Les documents CONPES constituent un instrument important afin de formuler et d'implémenter la politique en Colombie. Le document CONPES est un instrument pour l'analyser et ainsi proposer des solutions de politique économique et sociale. « Guía Metodológica para la elaboración de documentos CONPES » [*Guide méthodologique pour l'élaboration des documents CONPES*], 2011, source virtuelle <https://www.dnp.gov.co>.

⁴⁸⁸ O-L Acosta, P. Rozas-Balbotín et d'autres, « Serie recursos naturales e infraestructura » [*Ressources naturelles et de l'infrastructure*], Comisión Económica para América Latina y el Caribe –CEPAL-, División de Recursos Naturales e Infraestructura, Santiago de Chile, novembre de 2008, p. 17.

Durant la conception et la structuration des projets de concession, l'exécution progressive n'est qu'un instrument de planification. Pourtant, si lors de l'exécution du contrat la demande du trafic routier atteint les seuils convenus par le concessionnaire et la personne publique concédante, l'exécution progressive devient un instrument de modification qui permet l'exécution et la réalisation et des travaux soumis à cette condition.

B. L'« exécution progressive » en tant qu'instrument de modification

Lorsque les flux de circulation dépassent les niveaux convenus dans le contrat en produisant une disponibilité de ressources supplémentaires, l'exécution des travaux progressifs devient possible. La jurisprudence a précisé les travaux qui sont susceptibles d'être réalisés (1), en soulignant qu'en tout état de cause, ils doivent être déterminés lors de la passation du contrat (2).

1. Les travaux susceptibles d'exécution

La Cour Constitutionnelle a indiqué que le lien entre les concessions et la gestion des services publics fait que l'objet de ces contrats soit de portée large : « il comprend non seulement la construction d'un ouvrage destiné à l'usage public... mais aussi les activités nécessaires pour le fonctionnement efficace, continu et adéquat de celui-ci, ainsi que l'entretien et les adaptations aux nouvelles exigences de la gestion du service »⁴⁸⁹.

Pour la Cour, c'est précisément sur la base de la portée large de l'objet et du fait que la rémunération est liée à l'exploitation de l'ouvrage qu'il est possible de prévoir une exécution de base et une exécution progressive des travaux soumise à une condition suspensive donnant lieu à la modification du contrat lorsqu'elle est remplie⁴⁹⁰.

⁴⁸⁹ Cour Constitutionnelle, arrêt C-300 du 25 avril 2012.

⁴⁹⁰ Cour Constitutionnelle, *Ibidem*.

La jurisprudence admet en tant qu'exécution progressive, les travaux de construction, de conservation, de réparation et d'entretien des :

- Ouvrages complémentaires nécessaires pour assurer que l'ouvrage principal atteigne efficacement son but.
- Ouvrages complémentaires nécessaires pour moderniser et adapter les travaux initiaux aux nouvelles exigences techniques qui demandent la gestion du service public concerné.
- Ouvrages initialement convenus pour corriger la détérioration normale.

Bien que les travaux susceptibles de l'exécution progressive aient une portée large, la jurisprudence colombienne exige qu'ils soient prévus par les parties dès le moment de la passation du contrat.

2. La prévisibilité des travaux

Dans les contrats de concession et d'ailleurs dans l'ensemble des contrats passés par l'État, la modifications des prestations convenues initialement peut être fondée sur des situations imprévisibles qui surviennent lors de l'exécution du contrat ; les parties sont tenues, dans ce cas, de réaménager les obligations pour assurer que les travaux atteignent efficacement le but d'intérêt général et du fonctionnement continu et adéquat des services publics. Bien qu'ils ne soient pas prévus lors de la conclusion du contrat, leur exécution résulte indispensable pour la bonne gestion du service concerné. La Cour Constitutionnelle estime que « ces sont des modification qu'on peut appeler 'ordinaires' »⁴⁹¹.

À côté se trouvent celles qui ne proviennent pas d'un fait imprévisible, mais de la volonté des parties qui, dès le moment de la conclusion du contrat, ont prévu la possibilité d'exécuter certains travaux complémentaires si une condition consistant

⁴⁹¹ Cour Constitutionnelle, *Ibidem*.

dans un événement futur et incertain⁴⁹², est accomplie. L'exécution progressive fait partie de ce groupe de modifications.

La Cour Constitutionnelle s'est manifesté dans ce sens : l'exécution progressive est une forme de modification du contrat de concession routière, car les travaux financés par l'augmentation des flux de circulation, bien qu'envisagées, ne font pas vraiment partie des prestations exigibles initialement au concessionnaire⁴⁹³. L'exécution progressive n'est qu'une obligation conditionnelle.

Le but d'envisager de manière préalable les travaux progressifs est de permettre l'adaptation du contrat aux futures demandes de trafic routière. L'objet initial du contrat ne peut porter sur un ouvrage immuable si l'administration n'a pas de certitude sur les flux de circulation que la route peut avoir plusieurs années après le début des travaux de construction. Le projet serait surdimensionné. Un objet qui ne prévoit que l'exécution des travaux de base, mais qui envisage l'exécution conditionnée de certains travaux précis, s'avère, dans ces cas, plus souhaitable.

Évidemment, lorsque la condition est accomplie, l'objet du contrat incorporera l'exécution des travaux progressifs, ce qui comporte incontestablement la modification du contrat.

La prévisibilité des travaux permet, cependant, de douter de la nature modificative de cet instrument, car on peut considérer que la modification n'a pas lieu si les travaux progressifs ont été convenus depuis la conclusion du contrat. À notre avis, cette analyse n'est pas favorable puisque la modification ne dépend pas du caractère imprévisible des travaux. Rappelons-nous de la définition de modification du contrat comme l'opération qui s'effectue pendant son exécution et qui introduit un changement dans ses éléments⁴⁹⁴. La modification est « le mécanisme par lequel les parties décident de réaménager partiellement leur contrat au cours de son exécution,

⁴⁹² Pour l'article 1530 du Code civil colombien une obligation est conditionnelle lorsqu'elle dépend d'un événement futur et incertain.

⁴⁹³ Cour Constitutionnelle, arrêt C-300 du 25 avril 2012.

⁴⁹⁴ A. Ghozi, *La modification de l'obligation par la volonté des parties : étude de droit civil français*. LGDJ, 1980.

sans le faire disparaître »⁴⁹⁵. Dans ce cas, le concessionnaire s'est obligé à l'exécution de certains travaux de base ou essentiels (l'objet du contrat est limité à ces travaux), mais au cours de l'exécution du contrat, la réalisation de travaux complémentaires devient obligatoire en raison de l'accomplissement d'une condition. L'objet du contrat n'est plus le même, il a changé. Peu importe si le changement provient d'un fait imprévisible ou de la prévision des parties ; ce qui est certain c'est que le contrat a été modifié.

En dépit de cette analyse, il nous semble que cet instrument pose de questions graves. Bien que l'exécution progressive modifie le contrat de concession, on ne sait pas si les parties sont tenues de passer une convention formalisant la modification ou si, par contre l'accomplissement de la condition suffit à cet égard. Si la matérialisation de l'accord est nécessaire, il faudra déterminer les conditions formelles de la démarche et les limites qualitatives et quantitatives de cette forme de modification.

Il est vrai qu'à l'heure actuelle, l'exécution progressive n'est qu'une « possibilité » sans application pratique en droit colombien. Les documents CONPES et les décisions de la jurisprudence ont dégagé cet instrument de la conception des projets de concession de troisième génération⁴⁹⁶, qui sont en cours d'exécution et qui n'ont pas accomplis les conditions de flux nécessaires pour l'exécution des travaux progressifs. C'est pour cela que l'étude de ce mécanisme est limitée. Il faudrait attendre la conception et l'exécution des projets de quatrième génération pour constater l'évolution de cette figure, mais, pour le moment, il suffit d'insister sur le fait de l'existence d'un instrument de modification du contrat soumis à certaines conditions convenues préalablement par les parties.

Dans cette analyse des instruments de modification conventionnelle des contrats, nous soulignons deux grandes catégories : celles permettant de modifier les

⁴⁹⁵ H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 51. Voir également : G. Ospina-Fernández, « Régimen General de las Obligaciones » [*Régime Général des Obligations*], Temis, 1994, p. 114. Dans le même sens, A. Valencia-Zea, *op. cit.*, p. 78.

⁴⁹⁶ La première (13 projets) et la seconde (2 projets) génération correspondent aux concessions souscrites par l'Institut National des Concessions, INCO, rattaché au Ministère du Transport, en 1992 y 1995 respectivement.

prestations liées à l'objet du contrat et celles permettant la modification des obligations détachées de l'objet, qui seront abordées par la suite.

SECTION 2 : LA MODIFICATION DES OBLIGATIONS DÉTACHÉES DE L'OBJET

Il convient d'abord d'insister sur la nature des obligations détachées de l'objet. Elles se réfèrent aux obligations qui ne portent pas sur la réalisation des travaux, mais plutôt sur les conditions d'exécution. C'est le cas par exemple, du délai, du prix, des conditions du personnel, etc. Si la modification n'entraîne pas le changement des travaux initialement convenus, on peut conclure que la modification est détachée de l'objet et ne concerne que les conditions d'exécution du contrat.

À cet égard, deux instruments sont utilisés en droit colombien. D'abord l'ajout (§1) et ensuite, l'addition du contrat (§2).

§1. L'AJOUT

Bien que l'ajout n'a jamais été abordé par les sources de droit administratif (A), il est largement utilisé non seulement pour corriger les imprécisions du texte du contrat (à notre avis, son usage approprié), mais aussi pour modifier n'importe quelle obligation contractuelle (B).

A. L'absence d'analyse des sources de droit administratif colombien

Est-il possible d'analyser un instrument pour lequel il n'existe aucune référence légale ou jurisprudentielle directe, civile ou administrative ?

L'absence de définition et de réglementation formelle explique d'ailleurs pourquoi l'ajout n'est jamais abordé par la doctrine administrative. Pourtant l'usage étendu dans la plupart des contrats administratifs exige, à notre avis, une analyse approfondie dans la mesure du possible.

L'ajout est propre du droit privé (1). Bien qu'il soit impossible d'identifier le moment à partir duquel les parties ont décidé de transposer cet instrument aux contrats passés par l'État, ce qui est certain c'est que les exemples d'ajouts conclus par les personnes publiques et leurs cocontractants sont, à l'heure actuelle, innombrables (2).

1. L'origine de l'instrument

Le dictionnaire de l'Académie Royale Espagnole définit l'ajout (terme espagnol « *otrosi* », venant du latin *alternus*, *autre* et *sic*, *voici*), comme l'adverbe « de plus » ou « en outre »⁴⁹⁷. En tant que nom⁴⁹⁸, il indique « chacune des demandes, des pétitions ou des prétentions judiciaires formulées après la principale »⁴⁹⁹.

Dans différents dictionnaires juridiques, ces définitions sont répétées avec un peu plus d'explication. Pour G. Cabanellas-de-Torres, l'ajout dénote quelque chose qui s'ajoute à autre chose « en outre, en plus de cela »⁵⁰⁰. Pour cet auteur ce terme fait également référence aux prétentions subsidiaires posées dans le recours judiciaire. Cependant, il ajoute une acception supplémentaire ; il est « un post-scriptum des écrits, lorsqu'on veut ajouter quelque chose, sans avoir besoin de refaire le document »⁵⁰¹.

⁴⁹⁷ Diccionario de la Real Academia Española (Dictionnaire de l'Académie Royale Espagnole), Espasa, 2001.

⁴⁹⁸ Diccionario de la Real Academia Española (Dictionnaire de l'Académie Royale Espagnole), *Ibidem*.

⁴⁹⁹ En français, cela correspondrait à l'expression « en outre », mais en droit procédural français, on parle de *demande ajoutée*, *demande secondaire* ou de *demande jointe* et non d'ajout (*otrosi*).

⁵⁰⁰ G. Cabanellas-de-Torres, *op. cit.*, « *otrosi* ».

⁵⁰¹ G. Cabanellas-de-Torres, *Ibidem*.

Le Dictionnaire juridique du droit espagnol indique que l'ajout est une « expression » qui s'utilise pour ajouter quelque chose qui a été oublié dans les écrits judiciaires⁵⁰². Finalement, P-A Labrada nous dit que ce terme dénote l'explication ou la clarification qui prend place à la fin d'un écrit, comme accessoire du corps principal⁵⁰³.

Les rares références qui existent à cet égard, nous permettent d'affirmer son caractère accessoire et complémentaire. L'ajout fait référence à quelque chose d'annexe qui vient faire partie d'un corps principal.

En matière juridique, nous trouvons deux applications fréquentes : en droit procédural l'ajout fait allusion aux demandes subsidiaires du requérant et en droit des contrats où l'ajout est utilisé comme un instrument de précision, de clarification ou de correction d'un aspect traité dans le texte du contrat. Ce dernier usage est celui que nous allons étudier.

L'origine de l'ajout est dans le droit privé, répondant à une logique indiscutable : l'autonomie de la volonté privée et la liberté contractuelle des parties. Bien que ces principes aient déjà été traités, il convient de reprendre les considérants de la Cour Constitutionnelle à cet égard. Le principe de l'autonomie de la volonté a été formulé par la doctrine civile française entre les XVIII^{ème} et XIX^{ème} siècles⁵⁰⁴, pour se référer au « pouvoir octroyé par l'État aux particuliers pour créer, dans les limites légales, des normes juridiques pour l'autoréglementation de leurs intérêts »⁵⁰⁵.

L'autonomie de la volonté a été initialement reconnu par le Code civil français, ayant des conséquences immédiates en matière contractuelle : les conditions de fond et de forme du contrat se fondent sur l'expression du consentement ; de

⁵⁰² *Diccionario Jurídico de Derecho Español* [Dictionnaire Juridique du Droit Espagnol]. Palabra de la Ley, Madrid, 2012, « otrosi ».

⁵⁰³ P-A Labrada, *Terminología de uso Forense* [Terminologie d'utilisation légiste], Justicia Forense, 2007.

⁵⁰⁴ Cour Constitutionnelle, arrêt C-186 du 16 mars 2011.

⁵⁰⁵ L. Ferri, « La autonomía privada » [*L'autonomie privée*], *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1957, p. 8. Cité par la Cour Constitutionnelle dans l'arrêt T-668 du 2003.

même, la force obligatoire des accords privés s'explique par le respect des volontés individuelles⁵⁰⁶.

Pour la Cour Constitutionnelle colombienne, l'autonomie de la volonté privée (fondée sur les postulats de l'État libéral)⁵⁰⁷, se voit reconnaître les applications suivantes⁵⁰⁸: « (i) La reconnaissance d'une pleine liberté des parties en ce qui concerne la passation ou non du contrat ; (ii) la liberté des individus quant à la détermination du contenu de leurs obligations »⁵⁰⁹.

La liberté contractuelle⁵¹⁰, pour sa part, est définie comme la faculté des personnes de fixer librement les termes et les conditions d'un contrat⁵¹¹. Elle est reconnue⁵¹² comme un « droit intimement lié à la dignité de l'être humain car cela s'érige dans l'instrument principal et apte à la satisfaction des besoins basics, par le biais du pouvoir octroyé par la législation afin de régler leurs propres intérêts dans les rapports juridiques »⁵¹³.

⁵⁰⁶ Cour Constitutionnelle, arrêt C-186 du 16 mars 2011.

⁵⁰⁷ Bien que la Constitution de 1991 n'en fait pas expressément référence, la jurisprudence constitutionnelle a reconnu que l'autonomie de la volonté dérive de l'interprétation systématique du texte constitutionnel, à partir des droits reconnus par la Constitution : le droit à la reconnaissance de la personnalité juridique (art. 14), le droit au libre développement de la personnalité (art. 16), le droit à la propriété privée (art. 58), la liberté d'association (arts. 38 y 39), la liberté économique, la libre initiative privée et la liberté d'entreprise (art. 333), lesquelles confèrent aux administrés « l'autorité de créer et de modifier leurs rapports juridiques ». Cour Constitutionnelle, arrêt T-668 du 6 août 2003.

⁵⁰⁸ Cour Constitutionnelle, arrêts C-341 du 3 mai 2006 et T-668 du 6 août 2003.

⁵⁰⁹ Pour la Cour Constitutionnelle, l'autonomie de la volonté privée se manifeste actuellement ainsi : (i) Dans l'existence de liberté contractuelle soumise à des restrictions spéciales lorsque, par exemple, des droits fondamentaux sont en jeu [voir : arrêt C-1158 du 26 novembre 2008], il s'agit des services publics [voir : arrêts T-668 de 2003, C-341 y C-993 du 29 novembre 2006], si l'une des parties occupe une position dominante ou si les accords visent à des pratiques restrictives de la concurrence ; (ii) l'exercice de l'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle vise non seulement l'intérêt particulier mais également l'intérêt public ou le bien-être commun ; (iii) il correspond à l'État d'intervenir pour contrôler la création d'effets juridiques ou économiques, afin d'éviter l'abus de droits. Voir : Cour Constitutionnelle, arrêt C-186 du 16 mars 2011.

⁵¹⁰ Également appelée par la jurisprudence constitutionnelle colombienne, « liberté de configuration interne ». Voir : Cour Constitutionnelle, arrêt C-186 du 16 mars 2011.

⁵¹¹ Cour Constitutionnelle, arrêt T-240 du 23 juin 1993.

⁵¹² « C'est pour cela qu'on estime qu'il est indispensable de conférer un certain degré d'autodiscipline aux administrés, à travers la reconnaissance d'un droit fondamental à la liberté contractuelle ». Cour Constitutionnelle, arrêt T-668 du 6 août 2003.

⁵¹³ Évidemment, il ne s'agit pas d'une liberté absolue, car la loi prévoit certaines limites (voir : Cour Constitutionnelle, arrêt T-240 du 23 juin 1993).

L'ajout, en tant qu'instrument contractuel, ne serait rien d'autre qu'une expression de liberté reconnue aux particuliers pour créer ou modifier le contenu de leurs obligations.

Bien que ni la loi, ni la jurisprudence ne se soient engagé à définir cet instrument, son usage est admis si les normes d'ordre public sont respectées. Dans les considérants de nombreux arrêts de la Cour Constitutionnelle, les ajouts sont reconnus en tant qu'instruments de convention entre les parties, bien dans les contrats civils⁵¹⁴, que dans les contrats de travail⁵¹⁵.

Dans la plupart des cas, l'ajout est utilisé ou bien pour clarifier les imprécisions, ambiguïtés, inexactitudes, incertitudes ou doutes qui peuvent résulter du texte du contrat, ou bien pour corriger les erreurs commises lors de l'écriture du document qui matérialise la volonté des parties. Dans ces cas, le contrat est le même.

Un troisième usage peut être remarqué. L'ajout est un instrument de modification du contrat civil. Sur la base du principe de l'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle, les parties sont libres de convenir de modifications aux contrats qu'elles ont conclus. L'ajout et n'importe quel autre instrument se révèlent adéquats à cet égard. On ne peut conclure un contrat qui serait contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs, de la même manière que les conventions de modification ne pourraient pas le faire ; la liberté contractuelle se voit donc limitée ici⁵¹⁶. Mais, si le respect de ces limites est assuré, les parties peuvent convenir par le biais d'un ajout et d'un autre mécanisme, la modification, la correction, la clarification, voir la novation du contrat.

⁵¹⁴ Cour Constitutionnelle, arrêts T-163 du 24 mars 1994 ; T-515 du 9 octobre 1996 ; SU-477 du 25 septembre 1997 ; T-340 du 18 juillet 1997 ; SU-090 du 2 février 2000 ; SU-058 du 30 janvier 2003 ; T-196 du 6 mars 2003 ; T-033 du 1 février 2010 ; T-444 du 11 juillet 2013 ; T-288 du 20 mai 2013 ; T-215 du 16 avril 2013, parmi d'autres.

⁵¹⁵ Cour Constitutionnelle, arrêts T-910 du 8 octobre 2003 ; T-701 du 14 août 2003 ; T-1279 du 6 décembre 2005 ; T-631 du 3 août 2006 et T-575 du 15 juillet 2010.

⁵¹⁶ Un contrat contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs sera frappé de nullité.

Cette solution nous semble conforme au principe de la liberté contractuelle des personnes privées. Pourtant, la transposition nous semble problématique lorsqu'il s'agit d'un contrat passé par une personne publique.

2. L'usage fréquent en droit administratif

L'ajout a commencé à être utilisé dans les contrats passés par l'État d'abord comme un instrument de correction et de clarification des termes du contrat, ce qui ne pose aucun problème puisqu'il ne s'agit pas d'une modification du contrat ou d'un acte ayant une incidence sur l'exécution des prestations.

Actuellement les ajouts passés pour préciser ou corriger la rédaction de certaines clauses du contrat sont certainement nombreux. On peut même fonder la conclusion de ces actes sur une norme de la loi 80 de 1993. L'article 15 de la loi 80 de 1993, relatif au pouvoir exceptionnel d'interprétation unilatérale⁵¹⁷ précise que « si au cours de l'exécution du contrat surgissent des controverses entre les parties concernant l'interprétation de certaines de ses stipulations pouvant conduire à la paralysie ou à l'atteinte grave au service public que l'on prétend satisfaire avec l'objet du contrat, si les parties ne parviennent pas à un accord à cet égard, l'entité publique pourra interpréter... les stipulations ou clauses objet de la controverse »⁵¹⁸.

L'ajout se révèle donc comme le mécanisme qui permet de régler la différence entre les parties sur l'interprétation d'une stipulation. Il nous semble que le pouvoir des contractants est large à ce propos, pouvant non seulement préciser la portée du texte du contrat, mais aussi de corriger les erreurs apparues lors de l'écriture du document.

⁵¹⁷ Voir : *supra*, Chapitre 1 : La modification unilatérale, Section 2 : La modification unilatérale comme instrument de changement.

⁵¹⁸ Le Conseil d'État précise à cet égard que ce n'est pas n'importe quelle divergence, mais une d'une grande importance pouvant conduire à l'atteinte grave au service public si la controverse persiste. Voir p. ex. : Conseil d'État, avis du 14 décembre 2000, rad. 1293.

Les erreurs arithmétiques, typographiques ou de digitalisation, sont admises. Les erreurs en ce qui concerne les noms des parties (par exemple le sigle qui caractérise le régime associatif du cocontractant⁵¹⁹) nous semblent également autorisées ; de même, les rectifications des imprécisions dans le texte, par exemple, lorsque le contrat renvoie à des annexes qui n'existent pas ou qui n'en font pas partie, ou quand des prestations qui ne correspondent pas à l'objet du contrat sont intégrées – exiger au cocontractant un directeur de travaux dans un marché de fournitures– ou quand deux clauses ont le même numéro. Les exemples à cet égard sont infinis.

Nous souhaiterions réitérer que l'ajout en tant qu'instrument de précision, de rectification ou de correction des erreurs dans le texte du contrat ne pose aucun problème car il ne s'agit pas d'un acte ayant une incidence sur la portée des obligations contractuelles.

Le problème se pose lorsque l'ajout est utilisé pour modifier les prestations du contrat administratif.

B. L'ajout et la modification du contrat administratif

La question se pose de savoir si la notion d'ajout du droit administratif, correspond à notion civiliste.

En droit public colombien, il n'existe qu'une référence de la doctrine à cet égard. À propos du pouvoir exceptionnel de modification unilatérale prévu par la loi 80 de 1993, M. Bejarano indique que l'ajout permet à l'administration d'introduire changements dans le contrat ; puis il affirme que « ces changements peuvent porter sur la suppression, l'addition ou la modification des obligations du cocontractant... ce

⁵¹⁹ Un cas récurrent est le fait de dénommer une entreprise SA (Société Anonyme) lorsque, en réalité, c'est une SAS (Société par Actions Simplifiée). Voir : Deuxième Livre, Titres II - V du Code de commerce (décret 410 de 1971), relatif au régime des sociétés. Voir également : loi 1258 du 5 décembre 2008 au titre de laquelle le modèle de la Société par actions simplifiée a été introduit à la législation colombienne.

qui se fait par le biais d'un ajout »⁵²⁰. Finalement, cet auteur propose une définition : « il est un document accessoire qui permet l'exécution continue, l'amélioration ou la modification des stipulations du contrat... »⁵²¹.

À notre avis, cette approche est regrettable car elle oublie non seulement la notion d'ajout qu'on peut dégager du droit civil, mais aussi l'ensemble des décisions de la jurisprudence administrative qui abordent l'acte administratif en tant qu'instrument pour modifier unilatéralement le contrat. L'absence de clarté de cet auteur est telle qu'on a du mal à comprendre s'il parle d'une forme unilatérale ou conventionnelle de modification. Cette référence ne mérite pas plus d'examen.

Malheureusement, il n'y a plus de références doctrinales. Bien pire encore est l'absence totale d'analyse du juge administratif ou constitutionnel. Toutefois les litiges qui portent sur l'exécution d'ajouts sont certainement nombreux.

Par l'arrêt du 14 décembre 2005, la Cour Constitutionnelle a affirmé l'existence d'un ajout, conclu entre la ville de Palmira et une entreprise de construction, « ayant pour objet la prorogation du délai d'exécution du contrat »⁵²². Après ce considérant, elle admet la passation d'un ajout entre les parties pour « modifier le prix du contrat, ainsi que le mode de paiement... initialement convenus »⁵²³.

Le Conseil d'État n'apporte pas plus de clarté dans ses arrêts⁵²⁴. Il a affirmé à maintes reprises, l'existence d'ajouts visant à modifier la durée d'exécution du contrat, à augmenter le prix initialement convenu, voire à modifier l'objet du contrat administratif. Par l'avis du 25 de septembre 2012, il a tranché un litige portant sur un ajout à un contrat additionnel (en France un marché complémentaire) passé lors d'une

⁵²⁰ J-J Bejarano, *op. cit.*, p. 18.

⁵²¹ J-J Bejarano, *Ibidem*, p. 19.

⁵²² Cour Constitutionnelle, arrêt T-1318 du 14 décembre 2005.

⁵²³ Cour Constitutionnelle, *Ibidem*.

⁵²⁴ Conseil d'État, arrêt du 13 décembre 2004, req. 1614 ; du 30 juin 2011, req. 38619 et du 12 juin 2013, req. 23831.

concession de service public, qui a prorogé en cinq ans le délai de l'exploitation du concessionnaire de l'ouvrage⁵²⁵.

On peut revenir sur la question de savoir si la notion d'ajout du droit administratif, correspond à notion civiliste car le juge semble admettre la modification de n'importe quel élément du contrat par le biais de cet instrument. D'ailleurs aucune limite n'est mentionnée.

À notre avis, la réponse est négative : la notion d'ajout en matière des contrats administratifs ne correspond pas à la notion civiliste, puisque la liberté contractuelle des personnes publiques est plus réduite que celle reconnue aux particuliers. Dans l'exposé des motifs de la loi 80 de 1993, le gouvernement a remarqué que la liberté des parties « n'est pas absolue ; elle est limitée par l'intérêt public ; le contrat sera ainsi soumis aux clauses exceptionnelles au droit commun. La liberté sera aussi limitée par les règles de sélection du cocontractant car l'administration publique ne peut pas avoir une pleine liberté à l'égard des modes de passation du contrat. Il y a également des restrictions relatives à la concurrence. C'est pour cela qu'on peut affirmer que le postulat de l'autonomie ne peut pas régler les domaines qui appartiennent exclusivement au droit public, en raison de l'intérêt public qui est à la base »⁵²⁶.

Le juge administratif n'a jamais dégagé une limite ou restriction à l'ajout du droit public, permettant de distinguer cette notion de celle de droit commun. Par contre, il admet une portée illimitée, ou plutôt incertaine à cet instrument.

Parfois, il semble que l'ajout fait référence à toute modification d'un contrat administratif. Il correspondrait à l'avenant du droit français, sauf qu'un droit colombien il n'y a aucune réglementation, limite ou restriction à cet égard. Il n'y a même pas de références doctrinales permettant d'essayer une définition.

⁵²⁵ Conseil d'État, avis du 25 septembre 2012, req. 2122.

⁵²⁶ Exposé des motifs de la loi 80 de 1993, GC no 75, 23 sept. 1992.

Il convient d'avouer qu'une modification du contrat sera toujours une modification même si elle s'appelle ajout, contrat additionnel, contrat complémentaire, contrat modificatif ou le nom choisi par les parties. Mais il faut insister sur le fait qu'en droit public il ne s'agit pas d'un simple problème de dénomination, mais de conséquences juridiques attribuées à chacun des instruments.

En droit colombien, formaliste de tradition, l'instrument détermine le régime, les exigences, les conditions de validité et en dernier ressort, les limites de la modification d'un contrat administratif. La passation d'un contrat additionnel entraîne l'obligation de remplir certaines exigences et la conclusion d'un ajout devrait impliquer l'obligation de respecter d'autres limites. Le problème se pose lorsqu'on vérifie qu'aucune restriction n'est prévue pour la passation des ajouts. On a vu, par exemple, que les contrats additionnels sont soumis au plafond financier de cinquante pour cent du prix initial du contrat fixé par l'article 40 de la loi 80 de 1993, mais l'absence de limites en ce qui concerne les ajouts nous conduit à nous interroger s'ils sont soumis au seuil légal cité.

L'ajout est-il différent du contrat additionnel ? Les deux sont-ils soumis aux mêmes conditions de validité et aux mêmes limites ? Ou y a-t-il de différences ?

Les sources de droit colombien ne se sont jamais posées ces questions. Il peut s'agir du même instrument, mais on peut se demander donc, pourquoi la jurisprudence n'a jamais affirmé que les contrats additionnels correspondent aux ajouts.

Ce qui est certain c'est qu'en Colombie, les personnes publiques n'aiment pas les restrictions en matière de contrats publics. La tradition formaliste du système juridique a permis que si certaines limites sont explicitement prévues pour un instrument de modification, elles puissent changer le nom de l'instrument pour profiter aisément de la déréglementation de ce dernier. L'absence de dispositions explicites est toujours interprétée comme une autorisation d'agir, interprétation qui, d'ailleurs, n'est jamais condamnée par le juge. Tout ce qui n'est pas réglementé par une norme précise, n'est pas réglementé du tout, permettant une liberté contractuelle étendue des parties.

Les ajouts conclus pour *clarifier* que l'objet du contrat administratif n'est pas celui convenu auparavant (mais plutôt un autre), sont fréquents en droit colombien. Cela a été le cas d'un contrat passé par l'Institut de Développement Urbain de Bogota pour la construction d'un carrefour souterrain, qui a donné lieu à la conclusion d'un ajout précisant que la structure souterraine serait remplacée par un système de ponts. Il nous semble que le but de clarification a été dépassé. Les parties ont prévu la substitution intégrale de l'objet initial du contrat, mais, comme l'ajout n'a pas de réglementation, la modification n'a été jamais contestée.

L'absence de définition de l'ajout a permis aussi l'usage de plusieurs instruments pour diluer le sens de l'objet et des obligations initialement convenues. C'est le cas d'un marché de travaux publics, dont l'objet est modifié par un contrat additionnel, qui à son tour a été précisé par un ajout. À vrai dire, trois objets ont été convenus, prévoyant d'ailleurs des délais, des prix et des modes de paiements différents. Pourtant l'absence de limites en ce qui concerne la mise en œuvre de ces instruments, empêche un contrôle de légalité sur ces pratiques.

Il est encore pire de constater les nombreux cas de contrats où les parties ont conclu un ajout, qui est modifié ultérieurement par un autre ajout, qui à son tour est modifié par un troisième ajout. La dilution, l'effacement et la disparition progressive des obligations originellement convenues est indiscutable.

On a vu que si en droit civil la modification « est à même de changer n'importe quel élément de l'obligation »⁵²⁷, il n'en va pas de même pour le droit administratif. La modification est soumise aux fins d'intérêt public et notamment aux principes d'égalité, de concurrence et de transparence. L'ajout qui modifie l'essence de l'objet et dénature le contrat nous semble contraire aux principes du droit des contrats administratifs.

⁵²⁷ E. Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Éditions Arthur Rousseau, Paris, 1912.

Pourtant, nous croyons qu'en droit colombien, on a besoin d'une manifestation explicite du législateur ou du juge dans ce sens. Une réglementation portant sur les conditions et les limites des instruments de modification du contrat est la base pour assurer le respect de la transparence, l'égalité et les droits de la concurrence.

En ce qui concerne l'ajout, nous croyons qu'il doit être limité à la clarification et à la correction des erreurs formelles dans le texte du contrat. Il s'agit d'un instrument de modification qui ne peut pas avoir d'incidence sur les obligations des parties. Il ne peut pas produire d'effets juridiques à l'égard des prestations faisant l'objet du contrat ; l'ajout ne peut pas entraîner la création, la modification ou l'extinction des droits ou obligations contractuelles⁵²⁸.

À vrai dire, l'ajout nous semble détaché de la modification proprement dite. Il s'agit plutôt d'un mécanisme permettant l'interprétation du contrat ; l'ajout serait ainsi un *accord conventionnel explicatif* des stipulations du contrat ; n'ayant pas de limites, l'ajout ne peut pas correspondre aux contrats additionnels (marchés complémentaires) dégagés par la jurisprudence. Il ne s'agit pas non plus d'un instrument permettant l'exécution progressive des travaux dans les concessions routières, ni l'addition des contrats qui sera abordée plus tard. L'ajout est un mécanisme particulier qui doit avoir ses propres exigences.

Bien sur, le législateur ou le juge administratif peuvent estimer que contrairement à ce que nous croyons pertinent, l'ajout peut valablement modifier les obligations du contrat, voire son objet. Il peut avoir la portée étendue des contrats additionnels traités par la jurisprudence. Mais une telle solution devrait être accompagné par certaines conditions : l'ajout ne pourrait se convenir que pour éviter la paralysie ou l'atteinte grave du service public concerné ; un plafond financier nous semble également opportun, parmi d'autres limites.

Pourtant, l'absence totale de définition et de réglementation à cet égard, ne nous permet que d'affirmer une portée étroite. Dans les conditions existantes, l'ajout ne peut être qu'une convention explicative des stipulations contractuelles. L'ajout

⁵²⁸ A. Valencia-Zea, *op. cit.*, p. 114.

conclu pour modifier les obligations du contrat ne serait plus un ajout, mais plutôt l'un des instruments reconnus par la jurisprudence, par exemple un contrat additionnel, qui a ses propres limites et exigences.

Quoi qu'il en soit, un travail de définition des sources de droit public s'impose en droit colombien. Jusqu'à ce que nous soyons sûrs de quoi l'ajout s'agit-il, le contrôle de légalité sur cet instrument sera possible ; pas avant.

L'ajout est sans aucun doute, le cas le plus étonnant d'absence de réglementation en ce qui concerne la modification des contrats administratifs. À côté on trouve le cas de « l'addition » qui, même si elle a été définie par la jurisprudence, manque également de régime juridique et de limites.

§2. L'ADDITION

L'« addition » (aussi bien que le contrat additionnel) est une notion dégagée par la jurisprudence à partir des dispositions de la loi générale des contrats publics.

Il convient de rappeler les termes de l'article 58 du décret 222 de 1983⁵²⁹ : « lorsqu'il y a un besoin de modifier le délai ou le prix convenus... un contrat additionnel sera conclu, ne pouvant pas dépasser la moitié du montant originalement prévu ». Par l'avis du 15 mars 1990, le Conseil d'État a indiqué que « de la lecture de cette norme [art. 58 décret 222 de 1983], il est clair que le législateur a présenté, à tort, le contrat additionnel comme une modification du délai et du prix des contrats administratifs, car elle est une simple réforme qui n'entraîne aucun changement radical dans le contrat »⁵³⁰. Cette réforme simple, ne portant que sur le prix et le délai d'exécution, a reçu le nom d'« adition ». Le Conseil d'État a ainsi estimé que les modifications conventionnelles étaient de deux types : la simple réforme de la durée

⁵²⁹ Cette disposition reprend la rédaction de l'article 45 du décret 150 de 1976.

⁵³⁰ Conseil d'État, avis du 15 mars 1990, req. 350.

et du prix du contrat et la modification de l'objet qui peut comporter également la réforme de la durée et du prix convenus auparavant⁵³¹.

La loi 80 de 1993 abandonne les termes du statut précédent, en indiquant que « les contrats ne pourront faire l'objet d'une addition dépassant cinquante pour cent (50%) de leur valeur initiale » (article 40, alinéa 2).

Cette disposition a été interprétée comme l'affirmation de la solution du juge : l'addition est l'instrument qui permet la modification du prix du contrat administratif (A). Pourtant, les sources de droit n'ont prévu ultérieurement aucune autre limite aux additions, ce qui a conduit à admettre, par cette voie, la modification de n'importe quelle obligation contractuelle des parties (B).

A. L'addition et la modification du prix

Le prix est défini traditionnellement comme la somme d'argent contre laquelle s'échange un bien, un service ou un travail⁵³². Le prix est l'expression monétaire de la valeur⁵³³ d'un bien, d'un service ou d'un travail, à un moment donné⁵³⁴.

En matière des contrats administratifs, Marienhoff et Bustelo définissent le prix comme un droit fondamental⁵³⁵ du cocontractant « à recevoir la rémunération

⁵³¹ Conseil d'État, avis du 15 mars 1990, req. 350.

⁵³² S. Brand, « Diccionario de Economía » [*Dictionnaire d'Économie*], Plaza y Janes Editores, 1984, Bogotá, p. 616.

⁵³³ Quelques économistes considèrent que la notion de prix correspond à celle de valeur, qui fait allusion à la somme d'argent contre laquelle s'échange un bien ou un service. D'autres auteurs considèrent, par contre, qu'il y a ici une différence : la valeur est l'importance qui se donne aux biens ou services, tandis que le prix est une estimation en termes monétaires permettant l'échange des biens ou des services. Voir : S. Zorrilla-Arena et d'autres, « Diccionario de Economía » [*Dictionnaire d'Économie*], 2^a Edición, Editorial Limusa S.A., 1994, México D.F., p. 235.

⁵³⁴ J. Stiglitz, « Economía » [*Économie*], Editorial Ariel S.A., 1994, Barcelona, p. 105.

⁵³⁵ M. Marienhoff, *op. cit.*, p. 165.

stipulée en sa faveur, comme rétribution pour les prestations qu'il s'est engagé à exécuter »⁵³⁶.

La loi 80 de 1993 aborde le sujet du prix dans l'article 5, qui indique que les cocontractants « ont le droit de recevoir la rémunération convenue ». Le prix est d'ailleurs un critère de sélection du cocontractant auquel vient s'ajouter la qualité, l'expérience et la capacité financière, parmi d'autres, conformément aux prévisions de l'article 29 de la loi 80.

Si en droit privé la liberté des prix est le corolaire de la liberté contractuelle⁵³⁷, en droit administratif, la bonne gestion des deniers publics empêche que des raisons subjectives puissent être prises en considération. Le prix du contrat administratif a une nature objective (1), qui détermine que seules certaines causes puissent conduire à sa modification (2).

1. La nature du prix dans les contrats administratifs

Le cocontractant a le droit d'être payé pour les prestations réalisées. En droit français une différence essentielle est souvent remarquée à cet égard entre les marchés publics et les délégation de service public : alors que les marchés publics donnent lieu au paiement d'un prix, une délégation de service public, selon la définition donnée par l'article 3 de la loi MURCEF n°2001-1168 du 11 décembre 2001, codifié à l'article L. 1411-1 du Code général des collectivités territoriales, entraîne une rémunération « substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service ». En droit colombien, bien que la différence entre les marchés publics et les concessions existe, dans les deux cas la loi admet l'usage du terme prix pour se référer à la rémunération de l'entreprise privée (art. 5 loi 80 de 1993).

⁵³⁶ E. Bustelo, « Derechos y obligaciones del contratante particular. Derecho al precio en los contratos administrativos » [*Droits et obligations des cocontractants. Le droit au prix dans les contrats administratifs*], Editorial Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002, p. 587.

⁵³⁷ Les prix des biens, des services et des travaux sont déterminés par le jeu de la libre concurrence des particuliers.

Plusieurs conditions ont été dégagées par la jurisprudence en ce qui concerne le prix des contrats passés par l'État. Il existe d'abord une obligation de déterminer le prix⁵³⁸. Il doit être fixé au moment de la formation du contrat⁵³⁹. En plus, il ne peut pas être débattu librement pas les cocontractants, mais doit correspondre aux prix du marché national (art. 2 décret 734 de 2012).

Le prix doit être réel et sérieux⁵⁴⁰. Le prix réel s'oppose au prix fictif ou simulé qui peut apparaître lorsque les parties ont fixé un prix apparent ou irréal qui ne correspond à la réalité du marché. Le prix sérieux s'oppose, pour sa part, au prix dérisoire ou trop bas convenu pour échapper aux seuils des procédures de sélection formalisées en attendant une compensation économique au cours de l'exécution des prestations.

La loi prévoit également l'obligation de conserver la valeur nominale du prix. L'article 5 de la loi 80 de 1993 indique que le cocontractant a le « droit de recevoir la rémunération convenue dont la valeur nominale ne peut être ni altérée ni modifiée ». Bien que le caractère nominal du prix n'a jamais été abordé par les sources de droit public colombien, il est facile d'en conclure qu'elle se réfère au montant théorique ou idéal⁵⁴¹ qui représente la réalisation des travaux, par opposition à la valeur effective qui s'obtient au moment du versement. On peut citer l'exemple de la réalisation des travaux ayant un prix d'un million d'euros, qui après l'actualisation en raison du phénomène de l'inflation, devient un million deux cent mille d'euros qui sont versés au cocontractant ; le premier sera la valeur nominale, tandis que le second sera la valeur effective.

⁵³⁸ Cour Constitutionnelle, arrêt C-400 du 2 juin 1999. Voir également : J-I Monedero-Gil, « Doctrina del contrato del Estado » [*Doctrine du contrat de l'État*], Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1977, p. 90.

⁵³⁹ Cette obligation a une atténuation lors de l'apparition circonstances d'*urgence explicite* (art. 2-4 de la loi 1150 de 2007) où la loi autorise la passation des contrats sans une procédure formalisée de mise en concurrence. Voir également : B. Trigo-García, « Precio indeterminado : Dogmática jurídica y realidad del tráfico » [*Le prix indéterminé : la dogmatique juridique et la réalité des opérations*], Estudios sobre invalidez e ineficacia. Nulidad de los actos jurídicos, Principal, Madrid, 2006.

⁵⁴⁰ R. Ortega-Rivero, « La contratación pública » [*Les contrats publics*]. t.II, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 899.

⁵⁴¹ Voir : C. McConnell et S-L Brue, *op. cit.*, p. 134.

Finalement, le prix doit répondre à l'équivalence entre les prestations des parties qui découle du caractère synallagmatique⁵⁴² et de la commutativité du contrat⁵⁴³.

Le contrat administratif est un contrat synallagmatique (du grec *synallagma*, littéralement mise en relation, échange mutuel), ce qui signifie que les parties s'obligent réciproquement l'une envers l'autre ; la cause de l'obligation d'un contractant est l'obligation de l'autre⁵⁴⁴. La Cour Constitutionnelle a réaffirmé cette notion, en estimant que les contrats passés par l'État, « font naître à la charge des parties des prestations réciproques. Leurs obligations sont interdépendantes »⁵⁴⁵.

Le contrat administratif est, en outre, un contrat commutatif⁵⁴⁶, où les parties recherchent une contrepartie certaine et équivalente. Il s'oppose au contrat aléatoire, qui comme son nom l'indique, implique un aléa pouvant résulter de la survenue d'un évènement futur incertain. Il faut préciser que la commutativité des contrats administratifs diffère de celle du droit privé⁵⁴⁷ car l'équivalence est déterminée dans le premier cas par des critères objectifs⁵⁴⁸ (p. ex. études de marché) assurant la protection des fonds publics⁵⁴⁹.

Bien que l'équilibre économique qui découle de ces caractères sera abordé plus tard, il convient de retenir en ce moment l'effet sur les obligations

⁵⁴² G. Ariño-Ortiz, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos* (Théorie de l'équivalence économique dans les contrats), Institut d'Etudes Administratives, Madrid, 1968, p. 24.

⁵⁴³ J. Santofimio-Gamboa, « Panorama général du droit administratif... », *art. préc.*, p. 228.

⁵⁴⁴ Le contrat synallagmatique le plus représentatif est peut-être le contrat de vente : le vendeur s'oblige à transférer la propriété de la chose objet de la vente, tandis que, en contrepartie, l'acheteur s'oblige à en payer le prix.

⁵⁴⁵ Cour Constitutionnelle, arrêt C-892 du 22 août 2001.

⁵⁴⁶ L'article 1104 alinéa 1^{er} du Code civil dispose que le contrat « est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on lui donne, ou de ce qu'on fait pour elle ».

⁵⁴⁷ « Il faut souligner que, dans le domaine du droit privé, l'équivalence des charges mutuelles a un effet purement subjectif dans la mesure où chacune des parties, selon son appréciation libre et volontaire, accepte le fait que la prestation est similaire ou directement proportionnelle à celle qui reçoit le titre de rétribution, sans qu'elles n'aient aucune incidence sur les éléments de caractère objectif qui établit ou fixe le marché. ». G. Escobar-Sanín, *Negocios civiles y comerciales* (Affaires civiles et commerciales), t.II, Contratos, Medellín, Dike, 1994, p. 200.

⁵⁴⁸ R. Dromi, *Licitación Pública* [L'Appel d'offres Public], *op. cit.*, p. 361.

⁵⁴⁹ G. Escobar-Sanín, *Ibidem*, p. 200.

contractuelles : les prestations que chacune des parties s'est engagée à fournir à l'autre, sont d'une valeur équivalente.

2. Les causes de la modification du prix

Les considérations relatives à l'équivalence et à la commutativité nous permettent d'affirmer que la modification du prix du contrat administratif ne peut être convenue que dans le cas d'une modification des prestations du cocontractant, ou d'un bouleversement des conditions économiques qui rendent plus onéreuse l'exécution des prestations originelles. Il n'y a pas plus de cas permettant la modification du prix du contrat.

Le bouleversement de l'équilibre financier du contrat sera abordé plus tard, ce qui nous conduit à nous référer à l'addition en tant qu'instrument de modification des prestations originelles du contrat.

On a vu que de l'article 40 de la loi 80 de 1993 qui prévoit que « les contrats ne pourront faire l'objet d'une addition dépassant cinquante pour cent (50%) de leur valeur initiale », la jurisprudence administrative a dégagé deux instruments différents, d'un côté, le contrat additionnel déjà traité et de l'autre côté, l'addition⁵⁵⁰ : « alors que le premier correspond à tout contrat entraînant une modification fondamentale de l'accord initiale, la seconde se réfère à la réforme du contrat qui ne comporte pas modification de son objet »⁵⁵¹.

De cette manière l'addition peut se définir comme l'instrument qui permet la modification d'obligations détachées de l'objet du contrat, qui entraîne la modification de la rémunération du cocontractant. Suivant les considérants du Conseil d'État, il semble que les deux éléments sont nécessaires pour qu'une addition existe :

⁵⁵⁰ Conseil d'État, avis du 9 septembre 2008, req. 1920.

⁵⁵¹ Conseil d'État, arrêt du 26 janvier 2006, req. 3761. Voir également : Conseil d'État, arrêts du 18 septembre 2003, req. 15119 ; du 2 septembre 2004, req. 14578 ; du 20 février 1998, req. 11101, parmi d'autres.

d'abord la modification d'une obligation contractuelle et ensuite le changement du prix.

Ainsi, la modification d'une spécification technique (lorsqu'on change par exemple l'épaisseur d'un matériel) et le recrutement de personnel additionnel parmi d'autres cas, donnent lieu à la conclusion d'une addition si le changement à une incidence sur le prix initial du contrat.

Cette analyse, qui est d'ailleurs reprise par la plupart de la doctrine colombienne, semble opportune, mais nous croyons qu'une étude approfondie de l'ensemble des décisions de la jurisprudence apporte une solution différente.

D'abord, on peut insister que cette distinction n'a aucune utilité. Nous avons vu que la qualification d'une convention en tant qu'addition ou en tant que contrat additionnel ne comporte aucune conséquence juridique ou pratique. Les conditions de formation et les normes réglant la passation de ces accords sont bien les mêmes. Les limites sont également identiques : le Conseil d'État a précisé que les additions et les contrats additionnels entraînant une augmentation du prix, sont soumises au seuil financier de cinquante pour cent prévu par l'article 40 de la loi 80 de 1993⁵⁵².

On peut également affirmer que la distinction n'est même pas reconnue par le Conseil d'État car il admet, la plupart des cas, une portée étendue à l'addition.

Si la modification de l'objet et la modification détachée de l'objet ayant une incidence sur le prix, entraînent respectivement la passation d'un contrat additionnel et d'une addition⁵⁵³, il se pose la question de savoir quel est l'instrument pour convenir d'une modification des obligations qui ne comporte un changement des

⁵⁵² Conseil d'État, avis du 18 juillet 2002, req. 1439.

⁵⁵³ « Ainsi, alors que le premier [contrat additionnel] comprend tout contrat entraînant la modification fondamentale de l'accord initial, la deuxième [l'addition] fait référence à une simple réforme du contrat qui n'implique aucune modification de son objet » Conseil d'État, arrêt du 18 juillet 2002, req. 22178. Voir également : Conseil d'État, arrêts du 26 août 1998, req. 1121 et du 26 janvier 2006, req. 3761. Pour la Cour Constitutionnelle, la notion de contrat additionnel est implicite dans l'article 40 cité auparavant : « toute stipulation des parties du contrat ayant un lien direct avec l'objet du contrat conclu par l'État doit être modifié par le biais d'un contrat additionnel, dont la notion peut être dégagé de cette formulation normative » Cour Constitutionnelle, arrêt C-300 du 25 avril 2012.

conditions économiques initiales. La jurisprudence a accepté dans ce cas, la conclusion d'une addition⁵⁵⁴.

L'essence de la distinction dégagée par le Conseil d'État réside dans l'objectif poursuivi par chaque instrument. L'addition ne saurait porter sur le réaménagement de l'objet du contrat. Pourtant, le juge administratif a admis, à maintes reprises, la modification de l'objet contractuel par le biais d'une addition⁵⁵⁵.

Le manque d'une définition précise à cet égard, a conduit à l'indétermination de la portée de l'addition en droit administratif colombien.

B. La portée indéterminée de l'addition

Malgré l'*effort* de la jurisprudence pour apporter une définition précise de l'addition, on trouve plusieurs décisions où cet instrument a été admis pour modifier l'objet du contrat (ce qui méprise la notion de contrat additionnel). L'exécution des travaux complémentaires se fait « par le biais de l'addition du contrat, qui modifie non seulement son objet, mais aussi le prix... et le délai d'exécution s'il est nécessaire »⁵⁵⁶.

Par l'avis du 18 juillet de 2002, le Conseil d'État en 2002 a également affirmé « qu'il y aura une vraie 'addition' au contrat, uniquement lorsqu'on ajoute au projet initial du contrat quelque chose de nouveau, c'est-à-dire lorsqu'il existe une vraie modification de l'objet du contrat »⁵⁵⁷.

Ce que révèlent les décisions de la jurisprudence colombienne est l'inexplicable confusion en ce qui concerne les instruments de modification qu'elle essaie de définir. Les termes de certains arrêts sont tellement contradictoires qu'ils peuvent parfois frôler l'absurdité.

⁵⁵⁴ Conseil d'État, arrêt du 26 janvier 2006, req. 3761.

⁵⁵⁵ Voir par exemple, Conseil d'État, arrêt du 29 août 2007, req. 15469.

⁵⁵⁶ Conseil d'État, avis du 26 août 1998, req. 1121.

⁵⁵⁷ Conseil d'État, avis du 18 juillet 2002, req. 1439.

C'est le cas de l'arrêt du 26 janvier 2006, où le Conseil d'État indique que « toute modification de l'objet du contrat entraîne la conclusion d'un nouveau contrat et non pas d'un contrat additionnel qui ne permet que la modification du prix et du délai du contrat originel [cela veut dire que par le biais d'un contrat additionnel on ne peut que modifier le prix et le délai du contrat]. C'est-à-dire qu'il y aura un contrat additionnel uniquement lorsqu'on ajoute quelque chose de nouveau à l'objet initial du contrat, lorsqu'il existe une vraie modification de l'objet du contrat et non pas lorsqu'on fait simplement un ajustement de la valeur ou du délai initial du contrat »⁵⁵⁸. Ceci va à l'encontre du considérant initial qui ne permet par ce biais que la modification du prix et du délai d'exécution. Ensuite, le Conseil d'État remarque que son but est de préciser et d'unifier les solutions précédentes rendues par cette institution dans ce domaine⁵⁵⁹.

Peut-être le cas le plus défavorable d'incertitude à l'égard de la notion d'addition est celui de la modification du prix détachée totalement d'un changement des obligations et d'un bouleversement de l'équilibre financier du contrat. On a vu qu'en raison de l'équivalence entre les prestations des parties et de la nature commutative du contrat administratif, les travaux qui sont l'objet du contrat sont considérés certains et équivalents aux prix versé par l'administration ; les obligations des parties sont interdépendantes⁵⁶⁰, ce qui signifie que si les travaux ne sont pas modifiés, ni leur exécution devient plus onéreuse, il n'y a aucune cause pour modifier les conditions économiques du contrat. Pourtant les additions qui prévoient l'augmentation du prix sont innombrables en droit colombien. On ne sait pas si c'est en raison du bouleversement de l'équilibre financier du contrat car jamais les conditions dégagées par la jurisprudence ne sont analysées par l'administration, mais ce qui est sûr c'est que le prix de la plupart des contrats passés par l'État s'augmente par le biais d'additions. Il n'y pas de travaux complémentaires, ni rien de nouveau en ce qui concerne les obligations du cocontractant ou les conditions financières du

⁵⁵⁸ Conseil d'État, arrêt du 26 janvier 2006, req. 3761.

⁵⁵⁹ Selon la jurisprudence administrative, « ceci a été la position du Conseil d'État dans les avis du 2 décembre 1982, req. 1812, du 30 juillet 1981, req. 1563, du 15 mars 1990, req. 350, du 17 mars 1994, req. 601 et du 18 juillet 2002, req. 1439 et, d'ailleurs dans les arrêts du 6 août 1987, req. 3886, du 31 octobre 1995, req. 1438, et du 20 mai 2004, req. 3314 ».

⁵⁶⁰ Cour Constitutionnelle, arrêt C-892 du 22 août 2001.

contrat, mais l'addition jusqu'au plafond de cinquante pour cent du prix initial est presque toujours décidée. En Colombie, la modification du prix n'est pas considérée comme une conséquence de la modification des obligations contractuelles ou des prévisions économiques initiales, mais plutôt comme une modification indépendante de toute mutation intérieure au extérieure du contrat. Les conséquences de cette mauvaise interprétation pour les finances publiques sont certainement regrettables.

Dans ce contexte peu encourageant, on peut se demander de nouveau, qu'est-ce qu'une addition ?

La réponse est incertaine, d'abord, parce qu'il n'existe aucune notion précise de l'addition comme instrument de modification conventionnelle.

- L'addition est conclue pour modifier l'objet du contrat, ce qui correspond à un contrat additionnel.
- L'addition est conclue également pour formaliser l'exécution progressive de travaux complémentaires dans les concessions routières.
- L'addition peut prévoir la modification des clauses (correction ou clarification), n'ayant aucune incidence sur les prestations des parties, ni sur le prix ou la durée du contrat.
- L'addition est passée pour augmenter le prix du contrat, sans aucune modification des obligations des parties, ni des conditions économiques initiales.
- L'addition est finalement conclue pour convenir de la prorogation du contrat, n'ayant aucune incidence sur le prix ou les prestations contractuelles.

La définition de l'addition n'est pas non plus possible, car la notion dégagée par la jurisprudence est ignorée par le même juge administratif lorsqu'il admet la passation d'autres instruments modifiant obligations qui ne concernent qu'à l'addition. C'est le cas du contrat additionnel que le Conseil d'État a estimé légal dans le cas suivants.

- Le contrat additionnel pour modifier l'objet du contrat, qui entraîne également la modification du prix et du délai de l'exécution.

- Le contrat additionnel pour modifier le prix du contrat, sans aucune modification des obligations des parties, ni des conditions économiques initiales.
- Le contrat additionnel pour ne proroger que le délai d'exécution du contrat.
- Le contrat additionnel ne prévoyant que la correction ou clarification des clauses contractuelles.

C'est le cas, également, de l'ajout, que le juge administratif a admis dans les hypothèses suivantes.

- L'ajout modifiant l'objet du contrat et d'ailleurs le prix et la durée du contrat.
- L'ajout modifiant le prix et la durée du contrat à la suite de la passation d'un autre instrument qui modifie les prestations originelles.
- L'ajout modifiant le prix du contrat, sans aucune modification des obligations des parties, ni des conditions économiques initiales.
- L'ajout précisant ou clarifiant une clause du contrat, n'ayant aucune incidence sur les obligations des parties.

Après avoir abordé l'analyse des instruments de modification conventionnelle reconnus par la jurisprudence, il nous semble que la différence entre ceux-ci n'existe pas. Il n'existe qu'un instrument de modification qui, des fois, a reçu le nom d'addition ou d'ajout et, d'autres fois, de contrat additionnel. Il faut insister sur le fait que malgré les considérants sur la notion, il n'existe aucune réglementation ou exigence particulière pour ces catégories. La loi et les solutions de la jurisprudence s'appliquent de la même manière à l'ensemble des mécanismes. Il s'agit de la même opération : la modification conventionnelle du contrat, indépendamment de la dénomination. L'addition, le contrat additionnel, l'ajout, ou plutôt, la modification du contrat en général, correspond ainsi à l'avenant en France qui, comme le signale E. Fatôme, n'est pas un acte « autonome » ; il se rattache toujours à un acte préexistant, le contrat qu'il modifie. « Il en résulte notamment :... que les procédures de publicité et de mise en concurrence que les personnes publiques et certaines personnes privées doivent mettre en œuvre pour rechercher leur cocontractant, notamment en matière de marchés publics et de contrats de délégation de service public, ne sont pas applicables à la passation des avenants, puisque, en cas d'avenant, il ne s'agit pas pour ces personnes de rechercher un cocontractant qui, par définition, existe déjà, mais de

modifier avec lui un contrat préexistant »⁵⁶¹. Cependant, il convient d'indiquer une différence entre les deux pays : en Colombie, la modification est une notion étendue qui comprend les marchés complémentaires alors qu'en droit administratif français, ils ne sont pas vraiment considérés comme des modifications du contrat⁵⁶².

Malgré tout, nous croyons que la distinction entre l'addition, le contrat additionnel et l'ajout a une importance capitale en droit public colombien (ce qui explique d'ailleurs l'effort du juge administratif pour établir des différences à cet égard).

L'instrument doit déterminer les causes, les formalités, les conditions de validité de l'acte juridique et les limites qualitatives et quantitatives de la modification.

S'il s'agit d'une modification de l'objet du contrat ou de l'exécution des travaux complémentaires, il résulte pertinent, voire indispensable, d'exiger une menace de paralysie ou l'atteinte grave au service public concerné (cause de la modification unilatérale prévue par l'article 16 de la loi 80 1993). On peut aussi accepter cette modification lorsqu'elle se révèle obligatoire pour assurer l'exécution des travaux initialement convenus. Évidemment, s'il s'agit d'une modification qui ne porte que sur les conditions d'exécution (par exemple, une prorogation), l'atteinte grave aux services publics ne saurait être exigée, non plus lorsque les parties estiment qu'une correction d'une erreur de dactylographie lors de la rédaction du texte du contrat est nécessaire.

La distinction doit avoir une incidence directe sur les conditions de formation de l'acte juridique. Une modification qui prévoit l'exécution des travaux complémentaires peut exiger, par exemple, une forme écrite ou l'avis préalable d'une autorité déterminée, tandis que la prorogation peut admettre une forme implicite.

⁵⁶¹ E. Fatôme, *art. préc.*, p. 761.

⁵⁶² Voir : *supra*, généralités du Chapitre 2 : La modification conventionnelle.

Les effets les plus importants de la distinction sont, peut-être, ceux rattachés aux limites. On peut admettre une modification de l'objet qui peut dans certains cas changer les clauses économiques du contrat (par exemple, le mode de paiement), mais une prorogation qui, en plus, modifie les conditions financières nous semble illégale. Les prévisions dans ce domaine peuvent être nombreuses.

C'est pour cela que la distinction est essentielle : elle détermine en dernier ressort les règles applicables dans chaque situation. La modification des prestations initiales ne peut pas comporter les mêmes limites que la correction d'une erreur de digitation dans le texte du contrat.

Les considérants de la jurisprudence sont abondants en ce qui concerne la notion des contrats additionnels et des additions (l'ajout n'a jamais été abordé). Les références du juge administratif aux considérations des auteurs nationaux et étrangers sont également copieuses. À l'heure actuelle, il y a plus d'une centaine de décisions du Conseil d'État qui concernent la modification conventionnelle du contrat. Pourtant la jurisprudence a oublié de se référer aux règles qui découlent de cette distinction, ce qui méprise l'existence même des instruments.

Une notion conceptuelle qui ne produit pas d'effets juridiques, qui n'a pas un régime juridique, n'existe pas vraiment. C'est le cas du contrat additionnel, de l'ajout et de l'addition en droit administratif colombien. L'absence totale d'une réglementation à cet égard signifie la négation des instruments. On a vu également que même les notions dégagées par la jurisprudence sont imprécises et contradictoires.

Considérant que la modification conventionnelle du contrat administratif n'a jamais été définie par les sources de droit colombien, on a essayé de construire une notion à partir des instruments abordés largement par le juge administratif, mais il est clair que le manque de clarté et l'absence de règles précises empêchent ce travail de définition.

Nous pouvons seulement affirmer que la modification conventionnelle du contrat administratif se présente lorsque les parties conviennent de modifier le

contrat⁵⁶³ ; la loi 80 de 1993 prévoit un plafond financier de cinquante pour cent du prix initial et voilà, toute autre considération est inutile.

Dans ce contexte, nous croyons que le législateur ou en dernier ressort, le juge administratif, doivent s'engager non seulement à définir de façon claire les instruments de modification conventionnelle, mais aussi à régler les causes, les formalités et les limites qu'à l'heure actuelle, n'existent pas. Il peut s'agir d'un contrat additionnel, d'une adition, d'un ajout, d'une prorogation, ou de n'importe quelle appellation choisie par les sources de droit, mais une réglementation précise et explicite, permettant le contrôle de légalité des actes juridiques de modification s'avère, à notre avis, obligatoire.

CONCLUSION DU TITRE I

L'approche à la définition positive de la modification du contrat administratif nous a révélé une réglementation acceptable par rapport à sa forme unilatérale, qui est contraire à l'absence de normes en ce qui concerne la forme conventionnelle.

La modification unilatérale est un « vocable conceptuel »⁵⁶⁴ abordé par une source formelle de droit positif. Deux articles du statut des contrats administratifs⁵⁶⁵, définissent la modification unilatérale comme un pouvoir exceptionnel d'application restrictive et avec force exécutoire, reconnu à l'administration pour modifier le contrat. L'article 16 de la loi 80 de 1993 précise spécifiquement que : « si pendant l'exécution du contrat..., il est nécessaire d'introduire des changements dans le contrat..., l'entité, par voie d'acte administratif dûment motivé, le modifiera... ».

⁵⁶³ Cela correspond à une définition générale de modification du contrat. Voir par exemple, G. Ospina-Fernández, « Régimen general de las obligaciones » [*Régime général des obligations*], Temis, 1994, p. 114.

⁵⁶⁴ Ch. Eisenmann, *Ibidem*, p. 29.

⁵⁶⁵ Articles 14 et 16 de la loi 80 de 1993.

La définition de la modification conventionnelle est plus complexe car elle n'existe pas en tant que concept en droit administratif colombien. Il n'y a qu'une norme dans le statut général faisant référence à l'addition du prix du contrat et la jurisprudence, bien qu'abondante, n'est pas du tout précise à l'égard de la définition de cette forme de modification. Dans plusieurs centaines de décisions, le Conseil d'État fait référence aux concepts de classification théorique⁵⁶⁶ comme celui du contrat additionnel, d'ajout ou d'addition, mais sans apporter une définition claire et, pire encore, sans établir un régime juridique précis pour ces instruments.

L'évolution juridique contemporaine a été fortement marquée par l'essor des « concepts mous »⁵⁶⁷ c'est-à-dire des concepts au contenu variable, indéterminé. Les sources de droit sont certainement tenues de compléter et de préciser ces concepts, mais concernant la modification conventionnelle du contrat, c'est un travail qui ne s'est jamais réalisée en Colombie.

Les conséquences les plus graves de cette indéfinition se trouvent dans les causes qui donnent lieu à la conclusion d'une convention de modification. Le Conseil d'État reconnaît une marge de discrétion trop étendue à l'égard de la modification des contrats⁵⁶⁸. Il estime, par exemple, que la modification est possible pour : « préserver les conditions techniques, économiques ou financières » (article 4.8 de la loi 80 de 1993), éviter un bouleversement de l'équilibre financier (article 4.9 *ibidem*), donner une « solution... aux différences », « assurer la gestion continue et adéquate des services publics », mais à vrai dire, toute justification est admise.

Dans quel cas la modification conventionnelle du contrat est-elle contraignante ?

Il n'est pas possible d'essayer une réponse. Plusieurs arrêts ont fait référence à la menace de paralysie ou à l'atteinte grave du service public concerné, mais d'autres

⁵⁶⁶ C'est-à-dire « ceux qui fournissent des cadres théoriques d'analyse et de systématisation de phénomènes juridiques –certains diront : les concepts de la typologie », Ch. Eisenmann, *op.cit.*, p. 29.

⁵⁶⁷ Les auteurs parlent également de concepts « souples » (A. Dessens, *Essai sur la notion d'équité*, thèse de doctorat, Droit, Toulouse, Impr. de F. Boisseau, 1934, p. 6) ou « élastiques » (J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 1985, p. 200).

⁵⁶⁸ Conseil d'État, avis du 13 août 2009, req. 1952.

ont autorisé la modification de l'essence du contrat et l'exécution de travaux complémentaires détachés entièrement de l'objet initial sans aucune considération portant sur la bonne gestion du service public.

La Cour Constitutionnelle a insisté sur le fait que le principe de mutabilité « ne signifie pas que la modification puisse être décidée par la seule volonté des parties ou de l'entité contractante » et que « la simple volonté des parties n'est pas la cause de la modification des contrats publics »⁵⁶⁹. Mais le manque de clarté et de cohérence par rapport aux conditions qui peuvent donner lieu à la modification conventionnelle, a permis aux autorités publiques de convenir des modifications sans limites.

Même dans le cas de la modification unilatérale, où la loi est explicite sur l'exigence d'une menace de paralysie ou d'atteinte grave du service public concerné, on peut constater une tendance de la jurisprudence à ignorer cette cause pour permettre l'exercice du pouvoir exceptionnel pour des raisons abstraites liées à l'intérêt général⁵⁷⁰.

Certainement un grand défi de définition et de réglementation s'impose à cet égard.

⁵⁶⁹ Cour Constitutionnelle, arrêt C-300 du 25 avril 2012.

⁵⁷⁰ Cour Constitutionnelle, arrêt C-300 du 25 avril 2012.

TITRE II: LA DEFINITION NEGATIVE DE LA MODIFICATION: LES NOTIONS JURIDIQUES VOISINES

La modification a été définie dans le premier titre comme l'acte juridique (unilatéral ou conventionnel) qui a pour objet le changement des conditions d'exécution ou des obligations initialement convenues dans le contrat administratif. Cette notion a été élaborée depuis une approche affirmative : la *définition positive* de la modification ou ce que l'on comprend par modification.

Pourtant, elle ne saurait être confondue avec des procédés juridiques voisins mais distincts quant à leurs effets juridiques. C'est pourquoi la *définition négative* ou ce qui n'est pas considéré comme une modification s'impose, afin de déterminer les contours précis de la notion.

Sous cette perspective l'on peut constater qu'il existe des notions qui ne correspondent pas à la figure de la modification (**Chapitre 1**), mais aussi d'autres dont la nature modificative est douteuse (**Chapitre 2**), ce qui a produit une grande incertitude sur la notion de la modification du contrat administratif en droit colombien.

CHAPITRE 1 : LES NOTIONS QUI DIFFÉRENT DE LA MODIFICATION

Le débat suscité par la nature modificative de certains instruments a amené la jurisprudence administrative à trancher la discussion. L'augmentation des quantités d'ouvrage (**Section 1**) et la variation du prix (**Section 2**), ne modifient pas le contrat administratif.

SECTION 1 : L'AUGMENTATION DES QUANTITÉS D'OUVRAGE

Utilisé dans les contrats de travaux publics payés à prix unitaires (§1), cet instrument entraîne une augmentation de la valeur que reçoit le cocontractant pour l'exécution des prestations initialement convenues. Il n'est cependant pas considéré comme une modification de contrat puisque les prestations ainsi que le prix réel de la convention restent les mêmes (§2).

§1. LES PRIX UNITAIRES EN TANT QUE SYSTÈME DE FIXATION DES PRIX

Les prix unitaires en tant que système de fixation des prix sont nés dans le droit espagnol (A). La réglementation espagnole a été incorporée au droit colombien depuis le premier statut général des contrats administratifs, ce qui a permis aux sources de droit la formulation d'une notion précise (B).

A. Les prix unitaires en droit espagnol

Les premières références sur les prix unitaires en tant que système de fixation du prix se trouvent dans le Code civil espagnol de 1889 à propos du contrat d'ouvrage (1).

Pendant le XX^{ème} siècle ce système a été utilisé par les collectivités publiques pour fixer le prix de leurs contrats, mais la transposition formelle au sein du droit administratif espagnol ne s'est produite que par le biais de la Loi des contrats du secteur public (LCSP) de 2007 (2).

1. La source civile du système de fixation des prix des contrats d'ouvrages

Le Code civil espagnol⁵⁷¹ prévoit dans l'article 1592 que : « toute personne s'obligeant à faire un ouvrage par pièce ou par mesure, peut exiger du propriétaire la réception en plusieurs parties, ainsi que le paiement proportionnel ».

Cette disposition a permis la création des deux systèmes de fixation des prix des contrats de travaux en droit espagnol. Le premier est la fixation du prix *par unité d'ouvrage* ; le second est la fixation *par unité de mesure* ou *par prix unitaires*.

Dans le premier cas, un prix est indiqué pour chaque partie ou phase de la construction de l'ouvrage (par exemple la fondation/ciment, la structure, etc.). Selon l'article 1592 cité, le cocontractant a le droit d'exiger du propriétaire de l'ouvrage non seulement la réception des parties achevées, mais aussi le paiement du prix proportionnel au travail réalisé.

Dans le second cas, le prix total de l'ouvrage est déterminé par la fixation d'un prix par unité de mesure des diverses parties qui forment l'ouvrage (par exemple un mètre cubique d'excavation, un mètre carré de mur peint, etc.). Pour l'utilisation de ce système l'ouvrage doit être divisible et séparable en pièces ou parties homogènes, pouvant s'exécuter indépendamment les unes des autres⁵⁷².

⁵⁷¹ Découlant du Décret royal (Real Decreto) du 24 juillet 1889.

Dans ce dernier système, la fixation du prix du contrat peut se faire de deux manières différentes⁵⁷³. Les parties peuvent déterminer non seulement le prix de l'unité de mesure mais aussi la quantité d'unités à exécuter (le prix total du contrat résulte de la multiplication de la quantité d'unités par le prix de chacune des celles-ci). Mais elles peuvent aussi convenir uniquement le prix des unités sans se référer au nombre d'unités à exécuter qui ne sera déterminé qu'à la fin du contrat. Le prix du contrat ne sera connu qu'au moment de l'achèvement des travaux selon les quantités réalisées.

Ces systèmes s'opposent à la fixation *globale* des prix (connue en droit français comme le *prix forfaitaire*), qui consiste à indiquer un prix global déterminé pour la totalité de l'exécution de l'ouvrage prévue dans le projet technique⁵⁷⁴. Dans ce cas, le cocontractant ne pourra pas demander la modification du prix si les salaires des travailleurs ou la valeur des matières premières utilisées lors de l'exécution du contrat ont augmenté⁵⁷⁵ (sauf dans le cas du bouleversement de l'équilibre financier du contrat).

Bien que le Code civil espagnol ait repris au pied de la lettre les termes du Code Civil français de 1804, il faut attirer l'attention sur le fait que l'article relatif à la fixation des prix par unité de mesure (art. 1592) n'a aucun antécédent dans le code français. Il est par conséquent une création espagnole.

Cela peut s'expliquer par le fait que le Code civil espagnol a été un des plus tardifs à avoir été publié (en 1889⁵⁷⁶), ce qui a permis d'adopter une version du code

⁵⁷² M-A del Arco-Torres et M. Pons-González, *Diccionario de derecho civil (Dictionnaire du droit civil)*, Comares, Granada, 1999, p. 768.

⁵⁷³ M-A del Arco-Torres et M. Pons-González, *Ibidem*, p. 770.

⁵⁷⁴ Voir : Livre IV, Titre VI, Chapitre III, Section II, articles 1588 à 1600 : « Des travaux à prix forfaitaire ».

⁵⁷⁵ I. de la Iglesia-Caruncho, « El precio en el contrato de obra » [*Le prix dans le contrat d'ouvrage*], *Revista de la Asociación de Promotores Inmobiliarios –APROINCO-*, n° 6, décembre 1994.

⁵⁷⁶ L'adoption tardive du Code civil est due « aux tensions sociopolitiques, religieuses et territoriales » d'époque. Voir : M. Albaladejo-García, *Droit Civil (Derecho civil)*, 2^{ème} ed. Introduction et partie générale, EDISOFER S.L., Boadilla del Monte, 2013.

français complétée par plusieurs figures juridiques qui sont nées de la pratique contractuelle du XIX^{ème} siècle.

Si le Code civil français n'envisage pas le système de fixation des prix par unité de mesure, cela ne signifie pas non plus qu'il soit étranger à ce droit. En effet, son utilisation dans les contrats de droit commun résulte de la reconnaissance juridique de la liberté contractuelle des parties. En droit français, il y en avait un usage réitéré dans les contrats du secteur immobilier et une transposition lente aux contrats passés par l'État⁵⁷⁷.

Cependant, le modèle espagnol a été, en définitive, la base pour transposer ces systèmes de fixation des prix des contrats en droit colombien.

2. La transposition des prix unitaires en droit administratif espagnol

En Espagne, comme l'a précisé la loi d'administration et de comptabilité des finances publiques de 1911, le droit civil était supplétif aux règles adoptées en matière de contrats passés par l'État. En tenant compte qu'il n'existait pas de normes explicites relatives à la fixation des prix des contrats administratifs, les collectivités publiques ont décidé d'utiliser les règles du droit commun, notamment à l'égard des contrats de travaux publics.

La loi des contrats de l'État de 1965⁵⁷⁸ (qui a reconnu les marchés publics de travaux, fournitures et services en droit administratif espagnol) a éliminé le caractère supplétif du droit commun, mais a omis toute règle sur le prix des contrats, ce qui a amené les parties à suivre encore une fois la législation civile.

⁵⁷⁷ Actuellement, l'article 17 du Code des Marchés Publics (édition 2006) relatif au Prix du marché, prévoit que « les prix des prestations faisant l'objet d'un marché sont soit des prix unitaires appliqués aux quantités réellement livrées ou exécutées, soit des prix forfaitaires appliqués à tout ou partie du marché, quelles que soient les quantités livrées ou exécutées ».

⁵⁷⁸ Texte approuvé par Décret 923/1965, du 8 avril.

Ainsi, pendant le XX^{ème} siècle⁵⁷⁹ deux modalités de rétribution des travaux publics s'imposaient en Espagne : par prix unitaires et par prix forfaitaire. La première se référait à la rétribution convenue en fonction des unités d'ouvrage réalisées et la deuxième à un prix *fixe* pour l'ensemble de l'ouvrage⁵⁸⁰. Pour cette dernière, le prix du contrat était versé par l'administration en une seule fois (c'est-à-dire, un paiement unique), obligeant le cocontractant à financer l'exécution de l'ouvrage⁵⁸¹.

Cela a été la règle jusqu'à l'adoption de la loi 30/2007, des contrats du secteur public (LCSP)⁵⁸², dont les dispositions ont été reprises intégralement par le texte remanié de la loi des contrats du secteur public (TRLCSPP)⁵⁸³ du 14 novembre 2011⁵⁸⁴.

L'article 75.2 de la LCSP (art. 87.2 du TRLCSPP) prévoit que « le prix du contrat pourra être formulé aussi bien en termes de prix unitaires par référence aux éléments de la prestation ou à ses unités livrées ou exécutées, qu'en termes de prix forfaitaires appliqués à la totalité ou à une partie des prestations du contrat »⁵⁸⁵.

Les normes qui régissent la modification du contrat par rapport au changement des unités d'ouvrage se trouvent dans le chapitre I, du Titre II du TRLCSPP (relatif au contrat des travaux), section 2 (relative à la modification du contrat de travaux).

L'article 234 prévoit concrètement que « dans le cas où la modification entraîne une suppression ou une réduction d'unités d'ouvrage, le cocontractant n'aura aucun droit à réclamer une indemnisation. Lorsque les modifications entraînent

⁵⁷⁹ La Loi 13/1995, du 18 mai, relative aux Contrats des Administrations Publiques, ne se référerait pas non plus au prix des contrats administratifs.

⁵⁸⁰ M. López-Benítez, « Contrato Administrativo de Suministro y Centralización de las Compras Públicas » [*Contrat administratif de fournitures et centralisation des achats publics*], Atelier, Barcelona, 2000, p. 121.

⁵⁸¹ M. López-Benítez, *ibidem*, p. 121.

⁵⁸² Adoptée par le biais du Décret Royal 30/2007, du 30 octobre.

⁵⁸³ Le TRLCSPP a reproduit également la réforme introduite par le Loi 2/2011 d'Économie Durable (LES).

⁵⁸⁴ Adoptée par le biais du Décret Royal 3/2011.

⁵⁸⁵ Il convient de remarquer que l'article 176.1 du Règlement Général de la Loi des Contrats des Administrations Publiques (RGLCAP), a prévu un troisième système de fixation des prix dit « Par

l'introduction d'unités d'ouvrage non-prévues dans le projet initial ou dont les caractéristiques différentes de celles qui étaient fixés au début, les prix applicables seront fixés par l'Administration, après audition du cocontractant dans un délai minimum de trois jours ouvrables. Lorsque le maître d'œuvre considère qu'une modification du projet est nécessaire, il doit solliciter de l'organisme public l'autorisation pour entreprendre la démarche (...). Néanmoins, des variations pourront être introduites sans avoir besoin d'une approbation préalable lorsque celles-ci consistent dans un changement du nombre d'unités réellement exécutées par rapport à celles prévues dans le projet initial, à condition qu'elles ne représentent pas une augmentation des dépenses supérieure à 10% du prix initial du contrat ».

Le prix forfaitaire, pour sa part, est régi par l'article 233 du TRLCSP relatif aux *travaux forfaitaires* et aux *travaux à prix ferme*⁵⁸⁶ (art. 216 de la LCSP) qui sera traité plus tard.

L'observation la plus importante que mérite cette législation se réfère à la nature juridique de la variation des prix unitaires (ou plutôt des unités d'ouvrage). En droit espagnol elle entraîne la modification du contrat administratif. De plus, une procédure rigide et une série d'autorisations préalables sont prévues lorsque les changements entraînent une augmentation supérieure à 10% du prix initial du contrat.

Dans l'introduction de ce chapitre, nous avons indiqué que l'augmentation des quantités ou des unités d'ouvrage ne sont pas considérés en droit colombien comme des modifications du contrat.

Si le législateur a voulu transposer la réglementation du droit espagnol, pourquoi la variation des quantités d'ouvrage n'est-elle pas considérée comme une modification du contrat administratif en droit colombien ?

administration » et que le TRLCSP reconnaît également deux autres systèmes spéciaux. Cependant, ils ne seront pas étudiés ici car ils portent sur des aspects non liés à l'objet d'étude de cette recherche.
⁵⁸⁶ L'article 233 du TRLCSP indique que « 1. Lorsque la nature de l'ouvrage le permette, un système de rétribution forfaitaire pourra s'accorder, sans l'existence des prix unitaires... ».

B. Les prix unitaires en droit administratif colombien

Jadis la fixation du prix des contrats passés par l'État se faisait sur la base du Code civil et sous le principe de la liberté contractuelle des parties.

L'apparition des systèmes de paiement des contrats de travaux publics a eu lieu en 1976 avec l'adoption du premier statut général des contrats de l'État (1).

La réglementation a cependant été trop succincte, ce qui a obligé le juge administratif à délimiter ultérieurement les frontières de chaque système de fixation du prix (2).

1. Les prix unitaires et le prix global

La première classification des modes de paiement (ou systèmes de fixation des prix) des contrats administratifs, provient de l'article 69 du décret 150 de 1976 qui, ensuite, a été reprise par l'article 82 du décret 222 de 1983 (second statut général des contrats administratifs).

Selon l'article 82 du décret 222 de 1983, relatif aux modes de paiement dans les contrats de travaux publics, ceux-ci peuvent être payés à prix global (forfaitaire), à prix unitaires, par le système d'administration délégué, par le système de remboursement des dépenses et de paiement des honoraires et par l'octroi de concessions.

Les contrats à prix global ont été définis par l'article 88 du décret 222 de 1983 : « les contrats à prix global sont ceux dont le cocontractant en rétribution des prestations auxquelles il s'engage, obtient une somme globale, fixe, honoraires inclus, en tant que rémunération ».

L'article 89 de ce décret précise de son côté, que les contrats à prix unitaires sont « ceux dont le prix par unités ou quantités d'ouvrage est convenu par les parties

et leur valeur totale est la somme qui résulte de la multiplication des quantités d'ouvrage exécutées, par le prix de chacune d'elles ».

Certes les définitions correspondent à celles du droit espagnol. Toutefois, en droit administratif colombien, il n'y a pas eu de réglementation, ni n'a été fixée aucune procédure ou des conditions de validité des changements entraînant l'augmentation des unités d'ouvrage ou des prix unitaires.

La loi 80 de 1993 n'a pas repris ces dispositions de ces décrets, c'est pourquoi la jurisprudence administrative a comblé ce vide en admettant expressément les systèmes des statuts précédents.

2. La source jurisprudentielle du système de prix unitaires

Il convient de remarquer que les premiers arrêts rendus par le Conseil d'État concernant les contrats à prix unitaires⁵⁸⁷, ont omis l'étude de la nature juridique de ce système. Ils ne se limitaient qu'à reconnaître la passation de contrats avec ce mode de fixation du prix sans aucune considération sur leurs conditions de procédure ou de validité. Il s'agissait d'une figure de libre utilisation.

Ce ne fut qu'en 1998⁵⁸⁸ et notamment en 2002⁵⁸⁹, que le Conseil d'État a pris l'initiative d'analyser les systèmes de fixation des prix des contrats administratifs en regroupant, d'une part, les contrats à prix global (forfaitaire) et d'une autre, les contrats à prix unitaires, par l'administration déléguée et par le remboursement des dépenses, dont le prix a un caractère indéterminé mais déterminable.

Dans ce dernier cas, la clause de valeur ne sert que pour indiquer un montant *estimé*⁵⁹⁰ par les parties. Pourtant, elle n'a pas de valeur contraignante ou obligatoire ;

⁵⁸⁷ Conseil d'État, arrêt du 11 octobre 1990, req. 5753 et du 13 août 1992, req. 6580.

⁵⁸⁸ Conseil d'État, avis du 26 août 1998, req. 1121.

⁵⁸⁹ Conseil d'État, avis du 18 juillet 2002, req. 1439.

⁵⁹⁰ Selon le Conseil d'État colombien, « la valeur estimée indique le coût probable du contrat à des fins budgétaires et fiscales... tout contrat de l'État n'est conclu que pour la pleine réalisation de

le *prix véritable* du contrat ne sera déterminé qu'au moment de l'achèvement des travaux : « dans ces conditions, on peut conclure que les obligations qui sont nées du contrat, sont réciproques et exigibles jusqu'à la réalisation de l'objet contractuel, sans qu'elles ne puissent être considérées comme limitées ou diminuées en raison d'une clause de valeur qui ne fait que signaler son *estimation* et qui, en raison du système de paiement, peut valablement changer »⁵⁹¹.

Ainsi, tandis que dans les contrats à prix global (forfaitaire) une valeur unique est déterminée en tant que rémunération équivalente à l'exécution de la totalité des travaux convenus, dans les contrats à prix unitaires le prix dépend des quantités d'ouvrage (ou des unités d'ouvrage) effectivement exécutés par le cocontractant.

Pour le Conseil d'État, chacun des systèmes entraîne des effets juridiques différents par rapport aux risques sur les quantités d'ouvrage assumées par les parties. Dans les contrats à prix global (forfaitaire), ce risque est assumé par le cocontractant, c'est-à-dire qu'une augmentation des unités d'ouvrage serait à la charge de ce dernier, sans qu'il ne reçoive de compensation additionnelle pour leur exécution.

Au contraire, dans les contrats à prix unitaires ce risque est assumé par l'administration, qui doit ainsi payer les unités effectivement exécutées, y compris celles qui sont supplémentaires et qui dépassent le nombre prévu par les parties lors de la conclusion du contrat.

Pour l'estimation initiale du prix du contrat, l'ouvrage à réaliser est fractionné en diverses activités spécifiques, appelées en droit colombien *items* ou éléments. Ensuite les parties conviennent de l'unité de mesure (m2, m3, unité, etc.) et du prix de chacune des activités, items ou éléments. Le prix de l'ouvrage résulte de la multiplication des prix unitaires de chaque élément, par les quantités estimées par les parties.

l'objet contractuel, sans que l'obligation des parties soit limitée par « l'estimation » de la clause du prix ». Conseil d'État, avis du 18 juillet 2002, req. 1439.

Bien souligné par la jurisprudence colombienne, les prévisions quantitatives initiales ne correspondent qu'à une estimation, c'est pourquoi il est possible la variation des quantités pendant l'exécution du contrat. Dans ces cas les parties sont obligées de faire un nouveau calcul sur la valeur de la rétribution qui sera versée au cocontractant sur la base des quantités effectivement exécutées.

Cette recherche n'envisage que les événements qui entraînent une augmentation des quantités, mais les conclusions qui en découlent sont aussi valables dans les cas de diminution. Il convient de remarquer cependant, qu'il n'existe en Colombie aucun précédent de contrats dont les quantités finales ont été inférieures à celles initialement estimées.

Il faut souligner aussi que le nom donné par le droit colombien à ce phénomène est imprécis, car l'augmentation (ou la diminution) ne concerne pas l'ouvrage, mais plutôt les éléments ou les unités qui composent cet ouvrage. Ainsi, il sera plus précis de parler de l'augmentation des quantités d'items, d'éléments ou d'unités.

Jusqu'à maintenant, la réglementation du système de fixation du prix du contrat par prix unitaires ne diffère pas de celle prévue en droit espagnol. Cependant, le fait que les augmentations des quantités ne soient pas considérées comme une modification du contrat est une nouveauté en droit colombien.

§2. LA NATURE DE L'AUGMENTATION DES QUANTITÉS D'OUVRAGE

Le Conseil d'État considère que la complexité des travaux publics ne permet presque jamais de connaître à l'avance le nombre réel d'unités (ou de quantités) d'ouvrage que le cocontractant doit exécuter. Les quantités d'ouvrage ainsi que le prix du contrat ne sont qu'une estimation des parties (A), c'est pourquoi

⁵⁹¹ Conseil d'État, avis du 18 juillet 2002, req. 1439.

l'augmentation de celles-ci pendant l'exécution des travaux n'entraîne pas la modification du contrat **(B)**.

A. La nature du prix des contrats payés à prix unitaires

Pour les contrats de travaux publics, la jurisprudence colombienne a affirmé qu'« il est très fréquent que les parties ne connaissent pas, a priori ou dès le début, les quantités d'ouvrage réelles qui doivent être réalisées pour arriver à l'exécution de l'objet contractuel souhaité »⁵⁹². C'est pour cela qu'elles se montrent peu enthousiastes face à la conclusion des contrats à prix global (forfaitaire).

Aucune des parties ne souhaite assumer les risques dérivés de l'incertitude des unités ou des quantités **(1)**. Le cocontractant ne voudra pas assumer l'aléa face à l'exécution des travaux. D'ailleurs, s'il l'assume, il voudra se protéger le mieux possible des risques en augmentant démesurément le montant de sa rétribution afin de ne pas subir les conséquences négatives d'un changement éventuel des quantités à exécuter.

C'est pourquoi il convient que l'administration assume ce risque en prévoyant un système de paiement par prix unitaires. Dans ce cas, même si le montant de la rémunération du cocontractant est indéterminé lors de la conclusion du contrat, elle sera déterminable au moment de l'achèvement des travaux **(2)**.

1. L'incertitude des unités d'ouvrage à exécuter

Pour le Conseil d'État, lors de la passation d'un contrat de travaux publics, « il est normal, usuel et presque indispensable... [qu'existe] un accord sur :

⁵⁹² Conseil d'État, avis du 18 juillet 2002, req. 1439.

a) Ou bien l'objet du contrat et son découpage en items ou éléments d'ouvrage, ainsi que le prix unitaire de chaque élément ou unité d'ouvrage (ceci pour les contrats à prix unitaires).

b) Ou bien l'objet du contrat et l'accord de procédures pour le remboursement des coûts de l'exécution de l'objet. De plus, un pourcentage à titre d'honoraires en faveur du cocontractant (ceci pour les contrats payés par le système d'administration déléguée).

c) Ou bien l'objet du contrat et une procédure pour que le cocontractant finance l'exécution de l'ouvrage... avec le remboursement régulier par l'administration des dépenses effectuées et des honoraires... (ceci pour les contrats qui prévoient le système de paiement de remboursement de dépenses et honoraires) »⁵⁹³.

Selon la jurisprudence administrative, les deux dernières modalités d'accord s'utilisent fréquemment pour exécuter certaines parties d'un contrat, produisant des modes de paiement mixtes.

Le trait de tous les trois est l'acceptation de changements dans les quantités d'unités d'ouvrage prévues lors de la passation du contrat et par conséquent le paiement au cocontractant des sommes conformes à cette variation.

Il est clair que c'est sur l'administration publique que retombe l'obligation de compter sur des études de préfaisabilité⁵⁹⁴, de faisabilité⁵⁹⁵ et surtout, avec des *études préliminaires*⁵⁹⁶ qui déterminent non seulement les spécifications techniques du

⁵⁹³ Conseil d'État, avis du 18 juillet 2002, req. 1439.

⁵⁹⁴ Selon A. Thompson, avant de commencer l'étude et l'analyse comparative des avantages et des inconvénients d'un projet d'investissement, il est nécessaire de procéder à une *étude de préfaisabilité*, qui consiste en une enquête sur les facteurs et les questions juridiques qui altèrent le projet. A. Thompson, « Business feasibility study Outline », in *Entrepreneurship and business innovation*, Best entrepreneur, Perth, 2005.

⁵⁹⁵ L'étude de faisabilité ou de viabilité fait référence à l'analyse large des résultats financiers, économiques et sociaux d'un investissement. Après l'étape de préfaisabilité, il est nécessaire de s'engager dans la définition des limites du projet, « la conception finale ». Voir : W. Hoagland et L. Williamson, *Feasibility Studies*, UK Cooperative extension service. University of Kentucky, 2000.

⁵⁹⁶ La loi définit les études préliminaires comme celles destinées à établir l'utilité et l'opportunité de la procédure contractuelle, à déterminer les spécifications techniques et la valeur de l'ouvrage ou du

projet, mais aussi les unités et quantités d'ouvrage, activités, éléments, items, etc., ainsi que la valeur de chacun. La jurisprudence administrative reconnaît que les quantités peuvent changer pendant la réalisation des travaux, c'est pourquoi elle parle de l'indétermination des quantités réelles et de l'incertitude du prix du contrat.

2. Le prix du contrat : indéterminé mais déterminable

Dans toutes les modalités de paiement (prix forfaitaire, prix unitaires, etc.), la détermination du prix du contrat a des effets importants, surtout au niveau des impôts⁵⁹⁷. Pourtant, selon qu'il s'agit d'une modalité ou d'une autre, la clause du prix a une fonction et une importance juridique distincte.

Dans le contrat à prix global (forfaitaire), la valeur convenue est définitive (sauf, bien entendu, lors d'une modification des prestations du contrat), car elle indique la rétribution totale qui reçoit le cocontractant pour la réalisation des travaux. Le particulier sait à l'avance qu'il est obligé de réaliser la totalité des ouvrages au même prix. Pour cette raison, la clause est définitive car elle détermine la valeur finale du contrat. Dans ce cas, le contrat est conclu à un prix déterminé.

Au contraire, dans les contrats à prix indéterminé mais déterminable (c'est-à-dire ceux payés à prix unitaires), « la clause de la valeur sert d'indication à un montant estimé par les parties, mais elle n'a aucune valeur définitive ou obligatoire car la vraie valeur du contrat sera déterminé à la fin... Dans ces cas cette clause ne

service et à analyser les risques que l'entité assume lors de l'exécution (alinéas 7 et 12 de l'article 25 de la loi 80 de 1993). Selon l'article 20 du décret 1510 de 2013, les études préliminaires doivent contenir entre autres : « 1. La description du besoin que l'Entité publique prétend satisfaire avec la conclusion du contrat. 2. L'objet du contrat, avec ses spécifications, les autorisations, permis et licences requis pour sa réalisation et lorsque le contrat inclut la conception et la construction, les documents techniques pour l'exécution du projet. 3. La modalité de sélection du cocontractant et sa justification, en incluant les fondements juridiques. 4. La valeur estimée du contrat et sa justification. Lorsque la valeur du contrat est déterminée par prix unitaires, l'Entité administrative doit inclure les formules utilisées pour le calcul [des prix] (...). 6. L'analyse de risques et les moyens de les atténuer ».

⁵⁹⁷ Par rapport au but de la clause relative au prix du contrat administratif, le Conseil d'État s'est prononcé dans l'avis du 26 août 1998, req. 1121.

sert qu'à réaliser un calcul estimé du coût probable afin d'élaborer un budget ou à des fins fiscales ; mais la valeur réelle du contrat qui entraîne des obligations pour les parties, ne sera déterminée qu'au moment de l'achèvement des travaux »⁵⁹⁸.

Pour le Conseil d'État, accepter que les obligations contractuelles des parties n'existent que jusqu'à concurrence de la valeur des prix unitaires estimés, signifierait que le cocontractant peut se libérer valablement de l'exécution des travaux avant de la réalisation de l'objet⁵⁹⁹. Le cocontractant ne serait pas obligé de réaliser les ouvrages manquants car la continuation du contrat serait soumise à la passation d'une modification contractuelle.

Pour le juge administratif, dans ce cas le cocontractant se placerait dans une situation privilégiée face à l'État. Négocier l'exécution de la partie manquante, sachant à l'avance que, sans accord, l'administration doit engager une nouvelle procédure de mise en concurrence, serait, en pratique, un puissant moyen de pression pour soumettre la personne publique aux exigences économiques du particulier.

C'est pour cela que le Conseil d'État a souligné que les obligations sont réciproques jusqu'à la réalisation de l'objet du contrat (jusqu'à l'achèvement de tous les travaux prévus initialement), sans qu'elles puissent être interprétées comme limitées ou diminuées en raison d'une clause de valeur.

Par conséquent, le cocontractant est tenu d'exécuter les travaux même si le montant initial est épuisé, mais l'administration devra payer le surcoût des quantités des unités d'ouvrage qui excèdent l'estimation originelle.

B. L'augmentation des unités d'ouvrage ne modifie pas le contrat

Pour la jurisprudence administrative colombienne, « il est facile de comprendre l'erreur de passer des contrats additionnels [c'est-à-dire des

⁵⁹⁸ Conseil d'État, avis du 18 juillet 2002, req. 1439.

modifications conventionnelles] aux contrats passés par les systèmes de prix déterminables afin de pouvoir réaliser les ouvrages dont le coût de réalisation dépasse l'estimation initiale... L'erreur consiste à penser que le prix estimé initialement est la vraie valeur du contrat, car, comme on l'a expliqué auparavant, c'est une simple estimation ; la vraie valeur du contrat sera déterminée une fois que les travaux sont achevés »⁶⁰⁰. Pour cette raison, on ne modifie pas le contrat. On doit agir en conformité avec la nature du système de paiement choisi et appliquer le système de prix unitaires aux quantités d'ouvrage exécutées. Par conséquent, si les quantités d'ouvrage sont supérieures à celles initialement prévues, la valeur de la rémunération du cocontractant devra être majeure.

Pour le Conseil d'État, il n'existe aucun *changement* au contrat ; c'est la mise en œuvre des règles contractuelles de fixation du prix convenues auparavant ; « c'est une opération mathématique, rien de plus »⁶⁰¹.

Pour le juge administratif une « *vraie modification du contrat* »⁶⁰² signifie qu'il est ajouté quelque chose de nouveau aux prestations du contrat initial, c'est-à-dire qu'il existe un agrandissement de l'objet contractuel. S'il n'y a qu'un ajustement du prix estimé au début en raison du fait que le calcul des quantités d'ouvrage estimées n'a pas été correct, la notion de modification n'est pas pertinente. Il faut rappeler qu'il s'agit d'une augmentation du prix ne découlant pas d'un changement des prestations contractuelles des parties, mais d'une *estimation initiale déficiente*⁶⁰³ des quantités d'ouvrage requises pour la réalisation des travaux prévus dans le contrat initial.

⁵⁹⁹ Conseil d'État, avis du 18 juillet 2002, req. 1439, dont les considérations ont été reprises par l'arrêt du 22 avril 2004, req. 14292.

⁶⁰⁰ Conseil d'État, avis du 18 juillet 2002, req. 1439.

⁶⁰¹ Selon le Conseil d'État, « dans les contrats où la rémunération par le système de prix unitaires est convenue, les parties accordent le prix par unités ou quantités d'ouvrage ; le prix total est la somme des valeurs qui résultent de la multiplication entre les quantités d'ouvrage exécutées et le prix de chacune d'elles... Ainsi, la valeur [ou le prix] totale du contrat n'est pas déterminée mais déterminable, telle que la jurisprudence du Conseil d'État l'a soutenu, considérant que le contrat d'ouvrage public est un contrat de résultats et non de moyens », Conseil d'État, avis du 18 juillet 2002, req. 1439.

⁶⁰² Dans le même sens, le Conseil d'État a rendu l'avis du 26 août 1998, req. 1121.

⁶⁰³ Conseil d'État, avis du 18 juillet 2002, req. 1439.

Si l'estimation des unités d'ouvrage est déficiente, il est clair que le budget prévu lors de la passation du contrat sera insuffisant pour assurer l'exécution des quantités qui ont excédé la prévision initiale des parties. Dans ce cas l'administration devra augmenter le budget disponible, afin de pouvoir payer la valeur totale et réelle des travaux convenus auparavant.

Le juge administratif souligne que dans ce cas, « ce qui est pertinent c'est, tout simplement, le changement budgétaire que l'administration effectue sans intervention du cocontractant, afin de couvrir ce coût majoré dans la réalisation du contrat »⁶⁰⁴.

La conclusion du Conseil d'État est claire : aucune modification du contrat n'est nécessaire pour augmenter la valeur estimée du contrat lorsque survient une variation dans les quantités d'ouvrage. L'administration doit assumer l'augmentation, tout en reconnaissant que les prestations découlant du contrat initial restent les mêmes.

Il faut rappeler que cette conclusion n'est valable que pour la variation des quantités d'items, d'éléments, ou d'unités d'ouvrage. Dans le cas de l'inclusion de nouveaux éléments ou d'unités⁶⁰⁵ (le Conseil d'État s'y réfère comme « items non prévus ») et du changement de la valeur assignée à un élément ou à une unité⁶⁰⁶, la jurisprudence administrative estime qu'un accord de volontés modificatif du contrat est nécessaire.

La question posée au début de cette section est ainsi reprise. Pourquoi l'augmentation des quantités d'ouvrage ne donne-t-elle pas lieu à la modification du contrat en droit administratif colombien si en droit espagnol par contre, la modification est toujours obligatoire ?

Il nous semble que la différence est tout simplement chronologique. Le droit administratif colombien a transposé les systèmes de fixation des prix en 1976 (année

⁶⁰⁴ Conseil d'État, avis du 18 juillet 2002, req. 1439.

⁶⁰⁵ Conseil d'État, arrêt du 22 avril 2004, req. 14292.

du premier statut général des contrats administratifs), lorsqu'en Espagne, il n'y avait pas encore de certitude quant à la nature de la modification du contrat (la solution espagnole n'est arrivée qu'en 2007 avec l'adoption de la LCSP). Après la transposition, la jurisprudence colombienne a apporté des solutions propres qui l'ont mené à en conclure que cela ne donnait pas lieu à une modification du contrat, alors qu'en Espagne, la figure a eu une évolution différente.

Quelle est l'importance de cette nature non-modificative ?

Du fait qu'elle n'est pas considérée comme une modification du contrat, elle n'a aucune limite financière ni formelle. Les cas de décisions qui augmentent plus de cent pour cent le prix initial du contrat ne sont pas rares. Cela a été le cas d'un contrat de travaux publics passé par la ville de Bogota pour l'entretien d'une route qui, au moment de l'achèvement des travaux a donné lieu au paiement d'un prix proche de 300% de la valeur estimée initialement. Bien que l'estimation des parties admette un certain degré d'incertitude, il nous semble que l'exécution du marché a entraîné dans ce cas la modification des prestations originelles ; ce qui a été exécuté ne correspond pas à ce qui a été prévu par les parties lors de la passation du contrat. Il ne s'agit plus d'une imprécision par rapport à l'estimation des unités d'ouvrage, mais de l'exécution d'un contrat différent.

La situation est encore bien pire pour les contrats conclus à prix forfaitaire qui en cours d'exécution sont modifiés pour incorporer le système de fixation du prix du contrat par prix unitaires. Cette modification entraîne la disparition des limites financières qui seront abordées dans la deuxième partie de cette recherche ; les parties ne sont plus limitées au plafond de 50% de la valeur initial du contrat (art. 40 loi 80 de 1993) car l'administration peut décider librement le paiement de l'augmentation des quantités d'ouvrage.

La raison de la nature non modificative de l'augmentation des unités d'ouvrage est certes compréhensible, mais nous croyons qu'une augmentation

⁶⁰⁶ Conseil d'État, avis du 18 juillet 2002, req. 1439, repris par l'arrêt du 22 avril 2004, req. 14292.

démessurée doit être proscrite ou, au mois, soumise à l'autorisation préalable d'un organisme public extérieur aux parties. Il n'y a à l'heure actuelle aucune limite, c'est pourquoi les augmentations disproportionnées sont nombreuses.

SECTION 2 : LA VARIATION DU PRIX

L'article 5 de la loi 80 de 1993 prévoit que les cocontractants « ont le droit de recevoir la rémunération convenue dont la valeur nominale ne peut être ni altérée ni modifiée ». Le droit reconnu par cette disposition est le fondement des instruments de révision, d'actualisation et d'ajustement des prix (§1), qui évitent le bouleversement de l'équilibre économique du contrat et par conséquent, la diminution dommageable de la rémunération du cocontractant (§2).

§1. LES MECANISMES DE VARIATION DU PRIX

La révision des prix, l'ajustement, le réajustement et l'actualisation des prix sont des mécanismes reconnus par la législation colombienne depuis de plusieurs années (A), mais encore, la jurisprudence et la doctrine tendent encore à les confondre en raison de leur manque de définition normative (B).

A. La reconnaissance des mécanismes par la loi colombienne

Même avant l'entrée en vigueur du premier statut général des contrats administratifs (qui provient du décret 150 de 1976), la révision des prix a été reconnue par les sources du droit administratif colombien.

Parallèlement au décret 528 de 1964, qui a transféré de la Cour Suprême de Justice à la juridiction administrative la compétence sur les litiges des contrats

conclus par l'État, le législateur a adopté la loi 4 de 1964 pour régler divers aspects concernant les contrats de travaux publics.

Cette loi a prévu dans les contrats de construction, d'amélioration ou de conservation d'ouvrages, l'obligation des parties de convenir des révisions périodiques des prix (forfaitaires ou unitaires) en fonction de la variation des éléments déterminants des coûts estimés, prévoyant des formules mathématiques qui devaient être incorporées dans le contrat concerné.

La loi 4 de 1964 a été complétée par le décret 1518 de 1965, qui a prévu l'obligation d'inclure dans les cahiers des charges des formules pour réajuster les prix. Il a également fixé que pour élaborer les formules mathématiques qui serviraient pour effectuer une révision périodique, l'administration devait élaborer des listes sur les principaux éléments ou facteurs déterminants des prix. En outre et dès que possible, les indices sur la base desquels serait vérifiée la variation de chacun des facteurs du prix⁶⁰⁷, devraient être déterminés par les parties lors de la conclusion du contrat.

Le décret 150 de 1976 (premier statut général des contrats administratifs) a prévu dans l'article 74 : « De la révision des prix. Dans les contrats conclus à prix forfaitaire ou à prix unitaires, des révisions périodiques pourront être convenues en fonction des variations des principaux éléments déterminants des coûts

S'il est possible, les ajustements s'effectueraient par le biais de formules mathématiques incorporées dans le contrat concerné.

⁶⁰⁷ Selon les articles 17 et 18 du décret 1518 de 1965, « Art. 17. Les formules mathématiques de réajustement des prix, tout comme les statistiques ou les indices fixés pour faire face aux variations des prix, devront être inclus dans les cahiers des charges lorsqu'il s'agit de licitations ou de concours pour adjudiquer des contrats à prix forfaitaire ou à prix unitaires.

Art. 18. Dans le cas où l'entité respectueuse n'accorde pas l'usage de formules mathématiques de réajustement des prix, elle devra réglementer le système de révisions périodiques du prix forfaitaire ou des prix unitaires, en tenant compte des règles suivantes :

a) La révision devra commencer à s'appliquer à partir de la demande, vérifiant que la variation a eu lieu dans un des facteurs qui détermine les coûts.
 b) Le nouveau prix fixé devra observer la variation exacte du coût par rapport au budget initial ».

En aucun cas, la somme des réajustements ne pourra être supérieure à cent pour cent (100%) de la valeur originale du contrat, à moins que la formule convenue soit mathématique ».

L'article 86 du décret 222 de 1983 a repris cette disposition et a indiqué de plus, que les révisions s'effectueraient avec l'indice d'ajustement correspondant au mois antérieur à celui du paiement des travaux. Cette prévision assure l'actualisation effective des prix jusqu'au moment du versement de l'argent au cocontractant. La norme a ainsi résolu les inconvénients de n'actualiser les prix que jusqu'à la date de l'exécution des ouvrages, ce qui a causé des dommages au cocontractant lorsque le paiement de l'administration n'arrivait que plusieurs mois après (souvent des années)⁶⁰⁸.

La loi 80 de 1993 (législation en vigueur) se réfère à ces mécanismes de façon marginale. L'article 4 prescrit que les personnes publiques ont, parmi d'autres, l'obligation d'« adopter les mesures nécessaires afin de préserver, pendant l'exécution et la réalisation du contrat, les conditions techniques, économiques et financières existantes au moment de la présentation de l'offre dans le cas des licitations... Pour cela, les mécanismes d'ajustement et de révision des prix seront utilisés et les procédures de révision et de correction de ces mécanismes seront appliqués, si les conditions [économiques] prévues [par les parties]... échouent ».

Cette disposition nous permet de conclure que le droit colombien reconnaît l'existence des instruments juridiques de révision, d'ajustement et d'actualisation des prix. Pourtant, la notion de chaque instrument reste incertaine : dans certains alinéas

⁶⁰⁸ Le Conseil d'État s'est référé à cette situation de manière concrète dans l'arrêt du 8 octobre 1987 : « en Colombie, dans les contrats d'ouvrage public (les typiques contrats administratifs à exécution successive), l'ajustement de prix a été conçu comme une stipulation obligatoire par la Loi 4^e de 1964 et, encore aujourd'hui, il constitue une partie essentielle de l'obligation de paiement de ces contrats. Cependant, en pratique, il arrivait que l'administration reconnaissait le paiement tenant compte de l'ajustement mais le versement ne se faisait qu'après des mois à cause de la négligence des services de trésorerie. Donc, le cocontractant perdait les ajustements entre les dates de la demande de paiement et la date du versement effectif. Pour cette raison, le pouvoir réglementaire a prévu quelque chose d'élémentaire qui n'a suscité aucune controverse : l'ajustement des prix tient compte de la date réelle du paiement de l'obligation », Conseil d'État, arrêt du 8 octobre 1987, req. 3726.

il semble que les trois instruments sont les mêmes (ils poursuivent le même objectif) mais, dans d'autres, il semble qu'il s'agit de mécanismes différents.

B. La portée imprécise des notions

Les décisions de la jurisprudence administrative ont tenté de montrer la révision des prix comme un instrument autonome, plus ou moins défini (1), à la différence de l'actualisation, de l'ajustement et d'autres formes de révisions dont les notions soulèvent encore de doutes sérieux (2).

1. La révision des prix

La révision conventionnelle des prix du contrat n'est qu'une espèce d'un genre plus vaste qui inclut d'autres formes de révision. On peut parler de la révision légale (inexistante en matière de prix conventionnel dans les contrats administratifs en Colombie), de la révision judiciaire (qui survient lorsqu'un litige est posé) ou même de la révision unilatérale (également inexistante dans ce domaine, car la détermination du prix ne peut pas donner lieu à une modification unilatérale du contrat).

La loi 80 de 1993, ainsi que les statuts des contrats précédents, n'ont traité que la révision de source conventionnelle, c'est pourquoi elle sera le sujet principal de notre étude.

Pour le Conseil d'État, la révision des prix du contrat est une réponse rapide et directe (prévue par les parties elles-mêmes) face aux variations qui, dans les contrats de longue durée ou à exécution successive (principalement de moyenne ou longue durée), pourraient altérer la valeur de la rétribution du cocontractant⁶⁰⁹. Un dommage a lieu si au moment d'exécuter les ouvrages ou services, les matériaux, les

⁶⁰⁹ Conseil d'État, arrêt du 29 février 2012, req. 16371.

équipements ou les salaires n'ont pas la même valeur que celle prévue lorsque le contrat a été conclu.

À propos de la révision des prix, la jurisprudence a souligné que « bien que le législateur autorise la stipulation de formules contractuelles pour l'ajustement des prix (mathématiques ou non), il ne les règle pas, les parties devant combler ce vide sur la base du principe de l'autonomie de la volonté et en respectant les bases économiques du contrat »⁶¹⁰.

Il résulte de la nature de la révision, qu'elle ne peut s'appliquer que dans les contrats payés à prix unitaires et non dans les cas des contrats à prix global (forfaitaire).

Par l'arrêt du 29 février 2012, le Conseil d'État a considéré que la révision entraîne toujours une *adéquation* ou une *correction* du prix des items, des unités, ou des composants « désagrégés », qui fait que la valeur versée au cocontractant corresponde à la réalité économique des éléments qui ont une incidence sur l'exécution des prestations⁶¹¹. Lorsqu'on parle de désagrégation, on se réfère nécessairement aux items, éléments ou unités payés à prix unitaires ou, au moins, à des formules de paiement mixtes où une partie est forfaitaire et une autre prévoit des prix unitaires payés par unité exécutée susceptibles de révision, d'adéquation ou de correction⁶¹².

La jurisprudence arbitrale est bien plus spécifique sur ce sujet : « la révision ou l'ajustement ne se fait pas sur le prix global du contrat parce que celui-ci n'est qu'une simple prospection, mais plutôt sur les prix unitaires assignés aux divers

⁶¹⁰ Conseil d'État, arrêt du 3 mai 2001, req. 12083.

⁶¹¹ Conseil d'État, arrêt du 29 février 2012, req. 16371.

⁶¹² Bien que dans plusieurs des contrats de travaux publics passés par l'Institut de Développement Urbain, IDU, et l'Institut National des Routes, INVIAS, il est dit que le système de paiement est « par prix global avec une formule d'ajustement », il s'agit réellement de contrats ayant un système de paiement mixte, où une partie des activités sont payées à prix forfaitaire (le travail de conception du projet) et une autre (la construction de l'ouvrage) à prix unitaires. La formule n'est qu'appliquée à cette dernière partie, concrètement aux prix des matériels utilisés pour la construction.

éléments qui intègrent l'ouvrage, le service ou les fournitures concernées »⁶¹³. Pour la justice arbitrale, cette solution découle aussi de la nature juridique du prix global (forfaitaire), où le cocontractant assume l'aléa normal dérivé de la variation des prix individuels.

La *révision des prix* en tant qu'une convention portant sur des formules (mathématique ou pas⁶¹⁴) qui permettent la détermination des prix des éléments individuels de l'ouvrage conformément à une évaluation périodique est, à notre avis, la notion la plus correcte que l'on peut dégager de la jurisprudence administrative colombienne.

De façon explicite, le Conseil d'État a souligné que « la révision des prix par les parties est la conséquence de leur propre prévision dans le contrat, conforme à la formule convenue, lorsqu'il arrive en pratique une variation des coûts déterminants des prix »⁶¹⁵.

Cette conception coïncide d'ailleurs avec la notion de révision des prix du droit français⁶¹⁶ et du droit espagnol⁶¹⁷.

⁶¹³ Sentence arbitrale : Equipo Universal y cía. Ltda. c. Instituto Nacional de Vías, INVIAS, decisión du 11 août 2001. Voir également : Sentence arbitrale : Sepúlveda Lozano y cía. Ltda. c. Instituto de Desarrollo Urbano, IDU, décision du 5 mai 1997 : « les réajustements évoquent le maintien des coûts des matériels, ce qui implique une compensation de la plus-value produite au cours du temps. La révision des prix se réfère à la modification de la valeur nominale des prix des items ou des unités, lorsque le prix convenu ne suffit pas pour rémunérer les dépenses du cocontractant »..

⁶¹⁴ Conseil d'État, arrêt du 3 mai 2001, req. 12083.

⁶¹⁵ Conseil d'État, arrêt du 3 mai 2001, req. 12083.

⁶¹⁶ La révision au sens du Code des marchés publics permet la rectification du prix initial d'un marché pour tenir compte des variations économiques survenues en cours d'exécution du marché. La révision s'applique entre la date d'établissement des prix et les dates successives de règlement des situations à l'aide d'une formule prescrite dans les pièces du marché. Suivant l'article 18 du CMP de 2006, les modalités de calcul de la révision du prix sont fixées :

1. Soit en fonction d'une référence à partir de laquelle on procède à l'ajustement du prix de la prestation ;
2. Soit par application d'une formule représentative de l'évolution du coût de la prestation ;
3. Soit par combinaison de ces modalités

Le décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 relatif à la mise en œuvre du plan de relance économique dans les marchés publics modifiant les dispositions de l'article 18-V du Code des marchés publics, impose l'insertion d'une clause de révision de prix pour tous les marchés (de travaux, de fournitures et de services) d'une durée d'exécution supérieure à trois mois (1^{ère} condition) qui nécessitent pour sa réalisation le recours à une part importante de fournitures notamment de matières premières (2^{ème} condition), dont le prix est directement altéré par les fluctuations de cours

La question se pose de déterminer si la révision des prix est possible lorsqu'aucune formule n'a été convenue par les parties et lorsque la révision n'a pas été expressément prévue dans le contrat.

Cette question survient à partir de la nature *ex lege* que récemment Conseil d'État a conféré à la révision des prix du contrat⁶¹⁸. Pour la doctrine, *ex lege* signifie que sa source est directement dans la loi, sans qu'aucune reconnaissance ou stipulation dans le contrat ne soit nécessaire à son application⁶¹⁹. Pour le juge administratif, sous le décret 222 de 1983 la révision faisait référence à « un mécanisme qui opérait *ex contractu*, c'est-à-dire que le droit du cocontractant concernant les réajustements des prix naissait de la stipulation expresse des parties dans le contrat et non *ex lege* comme c'est actuellement le cas »⁶²⁰.

Cette décision suit la position de deux importants publicistes colombiens. Dávila-Vinueza indique par exemple que la révision « est un droit du cocontractant qui naît *ex lege*. Par conséquent, elle est d'ordre public et de stipulation obligatoire dans les contrats qui réunissent les conditions pour son application ; c'est-à-dire que la clause de la révision des prix est implicitement incorporée dans le contrat, même si les parties ne l'ont pas stipulé »⁶²¹.

mondiaux (3^{ème} condition). Dans ces cas, le marché doit comporter une clause de révision de prix incluant au moins une référence aux indices officiels de fixation de ces cours. Les trois conditions référées sont cumulatives.

⁶¹⁷ L'article 89 du TRLCSP (article 77 de la Loi des Contrats du Secteur Public -LCSP-) indique que la révision des prix des contrats des administrations publiques aura lieu (sauf si l'impossibilité de la révision a été prévue dans les cahiers des charges ou convenue dans le contrat), lorsque le cocontractant a exécuté au moins 20 % du montant du prix du contrat. En plus, la révision ne peut se faire qu'après le premier an d'exécution des obligations. En conséquence, le premier 20% exécuté et la première année d'exécution seront exclus de la révision. Toutefois, dans les contrats de gestion de services publics, la révision des prix pourra avoir lieu après la première année d'exécution sans que le pourcentage indiqué n'ait été exécutés.

⁶¹⁸ Conseil d'État, arrêt du 29 février 2012, req. 16371.

⁶¹⁹ G. Cabanellas-de-Torres, *op. cit.* / *ex lege*.

⁶²⁰ Conseil d'État, arrêt du 29 février 2012, req. 16371.

⁶²¹ L-G Davila-Vinueza, *op. cit.*, p. 514.

Palacio-Hincapié souligne également cette nature juridique, mais affirme que dans tous les cas une stipulation préalable dans le contrat est requise. La révision « est implicite dans le contrat même si les parties ne l'ont pas stipulée. Cependant, dans notre système juridique, il est nécessaire que les parties, lors de la conclusion du contrat ou ultérieurement quand la variation des coûts des éléments composant l'ouvrage survient lors de l'exécution... se mettent d'accord sur la formule qui permet de calculer la valeur des ajustements »⁶²².

À notre avis, cette solution est contradictoire. Ou bien la révision a une nature *ex lege* et ne requiert aucune stipulation dans le contrat, ou bien elle a une nature *ex contractu* et dans ce cas, les parties doivent convenir de sa mise en œuvre.

La justice arbitrale souligne aussi la nature *ex lege* de cette figure : « la loi 80 de 1993 a prévu l'obligation de convenir dans les contrats des mécanismes d'ajustement qui, dans la législation actuelle, ont le caractère d'ordre public, à la différence de ce qui arrivait sous les décrets 150 de 1976 et 222 de 1983 pour lesquels les clauses de révision des prix avaient un caractère facultatif. Le droit du cocontractant à la révision des prix naissait *ex contractu* et non *ex lege*, comme c'est le cas aujourd'hui dans le régime contractuel en vigueur »⁶²³.

Si la révision des prix naît en dehors du contrat et si les parties sont obligées de l'appliquer même s'il n'existe aucune convention préalable à cet égard, comment les parties effectuent-elles la variation des prix dans ce cas d'absence d'accord ?

La jurisprudence colombienne n'a donné aucune réponse à cette question. Bien évidemment, l'absence de stipulation sur la possibilité de réviser les prix du contrat signifie qu'il n'y a aucune formule qui permette la mise en œuvre de cet instrument.

Il semble que la doctrine et le Conseil d'État⁶²⁴ confondent la nature juridique *ex lege* avec son fondement légal. Le fait que cela soit prévu par la loi (article 4 de la

⁶²² J-A Palacio-Hincapié, *op. cit.*, p. 380.

⁶²³ Sentence arbitrale : Ingenieros Constructores Tecnología y Equipo Ltda. INECONTE et autres c. Instituto Nacional de Vías, INVIAS, décision du 15 septembre 1998.

⁶²⁴ Conseil d'État, arrêt du 29 février 2012, req. 16371.

loi 80 de 1993) ne signifie pas que la révision des prix existe en dehors du contrat. La mise en œuvre dépend de la prévision explicite des parties lors de la conclusion du contrat. La source immédiate est donc l'accord des volontés et non la loi, qui ne permet que leur usage.

Il convient de reprendre ici d'autres décisions du Conseil d'État qui semblent préciser la nature de la révision, sans se référer au caractère *ex lege* ou *ex contractu* de cet instrument : « bien que le législateur autorise la stipulation de formules contractuelles pour la révision des prix... il ne les règle pas en elles-mêmes, les parties devant combler ce vide sur la base du principe de l'autonomie de la volonté »⁶²⁵. Ensuite le juge administratif conclut que « la révision des prix par les parties est la conséquence de leur propre prévision dans le contrat conformément à la formule convenue »⁶²⁶.

À notre avis, la révision des prix ne peut s'appliquer que conformément aux stipulations convenues lors de la passation du contrat. Une solution différente nous conduirait à accepter, tout d'abord, que la révision peut être introduite ultérieurement à la conclusion du contrat et, ensuite, qu'elle constitue un droit du cocontractant, alors qu'en réalité, ce n'en est pas un.

Par rapport à l'introduction d'une clause de révision par voie d'avenant, il n'existe aucun antécédent en droit administratif colombien.

En France, une réponse du Ministère de l'économie considère qu'une clause de révision de prix ne peut être introduite par voie d'avenant, si elle ne l'a pas été lors de la conception même du marché : « l'introduction d'une telle clause serait considérée comme ayant rétroactivement une incidence sur les conditions de la mise en concurrence initiale. Dans cette mesure, elle serait illégale et susceptible d'être annulée »⁶²⁷.

⁶²⁵ Conseil d'État, arrêt du 3 mai 2001, req. 12083. Voir également : arrêt du 22 novembre 2001, req. 13356.

⁶²⁶ Conseil d'État, arrêts du 3 mai 2001, req. 12083 et du 22 novembre 2001, req. 13356.

⁶²⁷ Question écrite n° 31973, RE ministère de l'Économie, publiée au JO du 3 novembre 2009 ; dans le même sens (sous l'empire du Code de 2001), voir : Circulaire DGEFP, n° 2002-31 du 4 mai 2002,

Une transposition de cette solution au droit colombien nous permet d'affirmer aussi l'illégalité de la modification du contrat qui introduit ultérieurement la possibilité de réviser le prix au cours de l'exécution des ouvrages. Cette convention aurait une incidence rétroactive sur les conditions économiques du contrat qui porte atteinte aux principes de concurrence et d'égalité.

En outre, la révision des prix ne peut pas être considérée comme un droit du cocontractant. Autrement ce dernier pourrait y renoncer pendant l'exécution du contrat lorsque l'application de la formule entraîne une diminution du prix (une possibilité réelle dans les cas de crise économique avec la baisse générale des coûts). Le désistement du cocontractant à l'application de la formule entraînerait un dommage pour l'administration et, en fin de compte, pour l'intérêt public⁶²⁸.

La nature *ex lege* de la révision des prix est par conséquent bien contestable. Peut-être les décisions du juge administratif ne se réfèrent pas à la révision en tant que mécanisme de correction des prix du contrat, mais plutôt à d'autres formes de révision, mais on a des raisons pour croire qu'il s'agit d'un emploi imprécis du terme.

2. L'actualisation, l'ajustement et les autres formes de révision.

À côté de la révision conventionnelle des prix, la loi et la jurisprudence ont placé les figures de l'actualisation et de l'ajustement de prix, dont l'indépendance et

concernant la commande publique de services de qualification et d'insertion professionnelles, NOR : MESF0210117C, annexe IV.

⁶²⁸ L'article 5 de la loi 80 de 1993 indique que les cocontractants « ont le droit de recevoir la rémunération convenue dont la valeur nominale ne peut être ni altérée ni modifiée ». Toutefois, nous considérons que cette disposition ne se réfère pas à un droit de choisir ou non la révision, mais plutôt à ce que la valeur payée au cocontractant corresponde aux travaux réellement exécutés conformément au principe de commutativité. En droit espagnol, l'article 94 du TRLCSP indique que : « le montant des révisions accordées sera appliqué par le biais du versement ou de la réduction correspondante dans les documents des paiements partiels... ». La disposition parle de *réduction*, ce qui signifie qu'elle accepte la variation négative des prix, sans que le cocontractant puisse renoncer à l'application de la diminution.

l'autonomie face à la révision des prix est encore discutable (α). Les sources de droit ont même parlé de la révision comme un instrument étranger à la volonté des parties, ce qui semble suggérer d'autres notions de révision des contrats administratifs qui diffèrent de la modalité conventionnelle (β).

α – L'actualisation et l'ajustement des prix

Le prix d'un contrat administratif est souvent altéré par l'inflation⁶²⁹ qui rappelle la perte du pouvoir d'achat de la monnaie⁶³⁰. Pour rétablir la valeur d'une quantité d'argent, celle-ci doit augmenter de telle sorte qu'elle comporte le même pouvoir d'achat qu'au début. Autrement dit, il faut *indexer*⁶³¹ ou *actualiser* cette quantité (l'ajuster dans les mêmes proportions que l'inflation) pour que la valeur ne change pas au cours du temps.

Le fondement juridique de l'actualisation des prix se trouve également dans l'article 5 de la loi 80 de 1993 : les cocontractants « ont le droit de recevoir la rémunération convenue dont la valeur nominale ne peut être ni altérée ni modifiée ». On a déjà vu que le caractère nominal de la valeur n'a jamais été abordé par les sources de droit colombien, bien qu'il est facile d'en conclure qu'elle se réfère au montant théorique ou idéal⁶³² que représente la réalisation des travaux, par opposition à la valeur réelle ou effective qui s'obtient au moment du versement. On a déjà cité l'exemple de la réalisation des travaux ayant un prix d'un million d'euros, qui après la révision des prix ou l'actualisation qui fait face à l'inflation, peut devenir un million deux cent mille d'euros, le premier sera la valeur nominale, tandis que le second sera la valeur réelle ou effective.

⁶²⁹ L'inflation se réfère à l'augmentation généralisée et soutenue des prix des biens et services existant dans le marché à travers le temps. Voir : C. McConnell et S-L Brue, *Economía (Economie)*, McGraw-Hill, Madrid, 2007 et P. Samuelson et W. Nordhaus, *Economía (Economie)*, México, 1986.

⁶³⁰ La perte fait référence à la diminution de la valeur réelle du moyen d'échange d'une économie. Voir : C. McConnell et S-L Brue, *op. cit.*, p. 134.

⁶³¹ M. Téllez-Luna, « Finanzas de la construcción » [*Les finances de la construction*], 2^{ème} ed., Bhandar editores, 1993, p. 75

⁶³² Voir : C. McConnell et S-L Brue, *op. cit.*, p. 134.

L'article 4 indique, pour sa part, l'obligation de la personne publique d'effectuer « l'actualisation » des prix (alinéa 3) et d'avoir recours à la procédure de correction monétaire de la valeur convenue dans le contrat (alinéa 8).

Plusieurs arrêts du Conseil d'État ont essayé de différencier cette figure de la révision des prix.

Alors que la révision « essaie de préserver l'équivalence ou la représentation monétaire de la valeur du contrat avec la valeur représentative réelle au moment du paiement..., l'actualisation compense, par le biais de la correction, l'effet inflationniste de la monnaie »⁶³³.

La doctrine a souligné essentiellement la même différence : la révision des prix, à la différence de l'indexation, opère en fonction de la variation des coûts ou d'éléments déterminants (tels que les salaires, les matériels, etc.) du prix du contrat, alors que l'indexation tient compte de la perte de valeur de l'argent au cours du temps. L'objet de l'indexation est d'actualiser le prix, afin de conserver le pouvoir d'achat de la monnaie⁶³⁴.

Il est clair que les deux mécanismes visent à faire face à des phénomènes économiques différents (la fluctuation des matières premières et l'inflation), mais ce n'est pas l'unique raison pour laquelle ils sont distincts.

À notre avis l'actualisation (à la différence de la révision) a un caractère *ex lege* car, indépendamment de sa prévision dans le contrat, la loi ordonne que le prix doit toujours conserver sa valeur réelle. L'inflation n'est pas un risque que le cocontractant doit assumer⁶³⁵, c'est pourquoi si l'indexation n'a pas été prévue dans le contrat (en raison, par exemple, d'une courte durée qui ne laissait pas prévoir que

⁶³³ Conseil d'État, arrêt du 22 novembre 2001, req. 13356.

⁶³⁴ Sentence arbitrale : Skanska Aktiebolag y Construcciones Civiles S.A., Conciviles S.A., decisión du 16 de mayo de 2001.

⁶³⁵ E. Fonseca-Prada, « La asignación o distribución de riesgos en la contratación de obras públicas » [*L'assignation ou la distribution des risques dans les contrats d'ouvrages publics*], *Revista de Derecho Público*, n° 14. Ediciones Uniandes, Facultad de Derecho de la Universidad de Los Andes, juin 2002, p. 35 et s.

les prix seraient altérés par l'inflation), la diminution de la valeur du contrat produite par l'inflation (par exemple, si la durée du contrat est abruptement allongée), permet au cocontractant de demander son actualisation.

Dans ce cas, il n'y aurait pas d'incidence rétroactive sur les conditions de la mise en concurrence initiale. La détermination du mécanisme de calcul de la correction monétaire ne devrait pas présenter de problème lorsqu'il n'a pas été convenu préalablement par les parties : les indices officiels reconnus par chaque pays⁶³⁶ seraient utilisés.

En outre, il nous semble que la révision et l'actualisation ne sont pas cumulatives. C'est-à-dire que, sur un même prix d'un item, d'une unité ou d'un élément composant l'ouvrage, il n'est pas possible d'appliquer la formule de révision et, en même temps d'indexer les prix. Les formules de révision prennent toujours en compte l'inflation des prix dans leurs variables. De cette façon, réviser et ensuite indexer les prix signifie une double révision des prix, qui va à l'encontre de l'équilibre économique du contrat.

Finalement, il semble que l'actualisation, à la différence de la révision, peut être appliquée dans les contrats payés à prix global (forfaitaire), car l'inflation a un caractère généralisé⁶³⁷. La correction du prix du contrat ne requière pas de la désagrégation en unités ou éléments de l'ouvrage qui est à la base du système des prix unitaires. Les paiements versés au cocontractant doivent être indexés lors qu'ils (ou certains d'entre eux) sont altérés par le phénomène inflationniste.

On a déjà affirmé que l'actualisation et la révision ne sont pas cumulatives, mais leur concurrence semble être possible lorsqu'il s'agit de contrats à paiement mixte : certains des prix peuvent prévoir une formule de révision, les parties pouvant appliquer l'indexation sur tous les autres prix (unitaires ou forfaitaires).

⁶³⁶ En Colombie, France et Espagne, c'est l'indice des prix à la consommation (IPC).

⁶³⁷ L'inflation fait référence à une augmentation générale des prix de tous les biens et les services d'une économie. C. McConnell et S-L Brue, *op. cit.*, p. 142.

En plus de l'actualisation, la jurisprudence administrative parle souvent de la figure de l'ajustement dont la notion est problématique. Récemment le Conseil d'État a affirmé que les mécanismes d'ajustement et de révision des prix, visent le même objectif de préservation de l'équilibre financier des contrats⁶³⁸. S'agit-il du même instrument ? L'ajustement est-il un mécanisme différent de l'actualisation des prix ?

La doctrine ne s'est jamais posée cette question. La jurisprudence de son côté, semble des fois les traiter en tant que synonymes et d'autres fois, comme des mécanismes différents. Elle a parlé aussi du *réajustement* des prix sans préciser sa nature par rapport à l'ajustement. Les prix d'un contrat administratif sont-ils susceptibles d'être ajustés et réajustés en même temps ?

Le texte des articles 4 et 5 de la loi 80 de 1993 cités auparavant, aussi bien que les arrêts rendus dans ce domaine⁶³⁹, nous permettent d'affirmer que l'ajustement et le réajustement font référence au même instrument. En plus, il nous semble que ces figures ne se réfèrent pas à un mécanisme indépendant de la révision des prix, mais plutôt à la conséquence juridique de la révision : une fois que les prix sont révisés, l'administration procède à l'ajustement de sa valeur. D'abord, le contrat se révisé et ensuite il s'ajuste si besoin en est.

On peut affirmer qu'il s'agit du même instrument juridique. C'est pour cela que souvent le Conseil d'État parle des formules de révision, mais également des formules d'ajustement et de réajustement des prix du contrat.

β – D'autres formes de révision

La révision conventionnelle des prix est un instrument prévu par la loi 80 de 1993. Cependant, à maintes reprises le Conseil d'État semble parler de la *révision* sans se référer au mécanisme analysé, mais à une notion générique, ou bien à une figure différente.

⁶³⁸ Conseil d'État, arrêt du 29 février 2012, req. 16371.

Pour G. Cabanellas-de-Torres, le terme révision fait référence à une « nouvelle considération ou examen » et concrètement en droit, à une « procédure de technique juridique par laquelle un acte (loi, contrat...) est modifié dans sa forme, ou plus souvent dans son contenu »⁶⁴⁰. Réviser est le fait de regarder une fois encore un acte juridique pour déterminer s'il est nécessaire, ou pas, de le reformuler.

Dans l'arrêt du 29 février 2012, le Conseil d'État a parlé d'une révision qui semble coïncider avec cette acception générique : « il peut arriver qu'une formule de réajustement des prix n'ait pas été convenu, ou que celle prévue dans le contrat soit insuffisante pour résoudre les variations présentées dans quelques-uns des éléments des prix unitaires, de telle sorte que leur application n'entraîne pas l'actualisation des prix. Dans ces conditions, la partie touchée aura le droit de demander la révision du contrat, c'est-à-dire [la révision] des termes dans lesquels les prestations des contractants sont exécutées et plus spécifiquement, la composition des prix unitaires qui ont été convenus. Ceci a pour objet de déterminer s'ils répondent effectivement à la réalité des variations qui se sont présentées entre la date... de la passation du contrat et la date de la réalisation et du paiement des prestations, ou si, en effet, la formule de réajustement convenue s'avérait insuffisante pour obtenir l'ajustement des prix et, en conséquence, le maintien de l'équation contractuelle initialement convenue »⁶⁴¹.

À notre avis, cette décision parle de la révision du contrat (comme un tout) et non de la révision des prix unitaires. L'arrêt souligne la possibilité de réviser le contrat lorsque les formules d'ajustement (ou de révision des prix) convenues au préalable, s'avèrent insuffisantes pour préserver la valeur du contrat conforme à la réalité économique.

⁶³⁹ Conseil d'État, arrêts du 4 septembre 2003, req. 10883 et du 22 avril 2004, req. 14292 parmi d'autres.

⁶⁴⁰ G. Cabanellas-de-Torres, *op. cit.* / *revisión*.

⁶⁴¹ Conseil d'État, arrêt du 29 février 2012, req. 16371.

La décision affirme également que ce type de révision est un droit (à la différence de la révision des prix qui, comme nous l'avons vu, n'en est pas un), bien que l'arrêt ne spécifie pas devant qui il peut être invoqué.

Dans les alinéas suivants, la même décision du Conseil d'État indique : « on peut également constater que l'article 87 du Code de la justice administrative qui reconnaît l'action relative aux litiges contractuels, établit sa viabilité pour élever devant le juge diverses prétentions relatives aux contrats administratifs, parmi lesquelles se trouve, précisément, celle qui *ordonne leur révision* »⁶⁴². Ce considérant nous permet de suggérer que l'arrêt fait référence à la révision judiciaire du contrat⁶⁴³ et non pas à la révision conventionnelle des prix prévue par la loi 80 de 1993. Pourtant, même dans le cas où la jurisprudence a voulu admettre la révision générale faite par l'administration en dehors d'un litige judiciaire (révision qui à notre avis a une incidence sur les conditions de la mise en concurrence initiale), nous pouvons aussi en conclure qu'il s'agit d'un instrument différent de la révision prévue par la loi 80 qui requiert toujours la stipulation préalable d'une formule économique.

La décision citée n'est pas la seule dans ces termes. Au contraire, il existe de nombreux considérants qui révèlent un manque de clarté sur la nature des instruments qui concernent la variation des prix du contrat⁶⁴⁴. Malheureusement, la doctrine est muette à cet égard⁶⁴⁵, ce qui a contribué à la confusion conceptuelle.

§2. LA NATURE DES MECANISMES DE VARIATION DU PRIX

Dans ce contexte, quelque peu confus, le défi des sources du droit ne peut pas seulement porter sur les limites de la définition des instruments, mais aussi sur la

⁶⁴² Conseil d'État, arrêt du 29 février 2012, req. 16371.

⁶⁴³ Cette notion correspond à la révision du contrat pour imprévision du droit administratif français : événements indépendants de la volonté des parties, anormaux et imprévisibles, qui permettent au cocontractant de demander au juge de les libérer de ses obligations contractuelles ou de se faire attribuer une indemnité compensant les charges supplémentaires produites par ces troubles.

⁶⁴⁴ Voir par ex. Conseil d'État, arrêts du 22 novembre 2001, req. 13356 ; du 4 septembre 2003, req. 10883 et du 22 avril 2004, req. 14292 Conseil d'État, parmi d'autres.

⁶⁴⁵ Voir p. ex. L-G Davila-Vinueza, *op. cit.*, p. 516 et J-A Palacio-Hincapié, *op. cit.*, p. 380.

précision de leur but (A) qui détermine leur nature non-modificative des contrats administratifs en Colombie (B).

A. Le but des mécanismes de variation du prix

Bien que la loi souligne à juste titre le but d'éviter le bouleversement de l'équilibre économique du contrat (1), quelques décisions de la jurisprudence administrative ont indiqué de manière inexacte que les instruments de variation du prix ont pour but le rétablissement de cet équilibre (2), ce qui a contribué à l'incertitude sur les conditions de sa mise en œuvre.

1. L'anticipation des possibles bouleversements de l'équilibre financier

Il faut rappeler d'abord l'obligation des parties prévue par l'article 4 de la loi 80 de 1993, d'« adopter les mesures nécessaires afin de préserver pendant le déroulement et l'exécution du contrat, les conditions techniques, économiques et financières existantes au moment de la présentation de l'offre dans les cas des licitations... Pour cela, les mécanismes d'ajustement et de révision des prix seront utilisés... » (n° 8).

Le statut général des contrats administratifs est clair. La révision des prix aussi bien que les ajustements, les réajustements et même l'actualisation (n° 3 de l'article 4) assurent, pendant l'exécution du contrat, le *maintien* des conditions économiques et financières.

Ce but a été souligné plusieurs fois par le Conseil d'État : « ces formules ne sont pas appelées à rétablir l'équilibre contractuel ; au contraire elles visent à préserver la valeur réelle ou intrinsèque [nominale] des prix convenus »⁶⁴⁶.

⁶⁴⁶ Conseil d'État, arrêt du 29 février 2012, req. 16371.

Ensuite, la décision réaffirme que « les mécanismes de réajustement des prix et de révision des prix cherchent à préserver la nature commutative [de l'équilibre économique] des contrats et à garantir que l'équivalence initialement convenue entre les prestations, entre les droits et les obligations des parties, soit conservée tout au long de l'exécution ».

D'autres arrêts ont insisté sur cet objectif de maintien de l'équilibre économique du contrat. Ainsi, le Conseil d'État remarque dans la décision du 29 janvier 2004 que « le fondement du réajustement est de compenser les effets nocifs apparus au fil du temps »⁶⁴⁷. Quelques mois plus tard, il a manifesté que la loi 80 de 1993 envisage la révision des prix « comme un mécanisme de préservation de l'équivalence économique du contrat »⁶⁴⁸.

Cette nature a été réaffirmée par la justice arbitrale et par la doctrine. L'objectif des formules de révision et d'ajustement « n'est autre que celui de préserver, dans le temps, l'équivalence des prestations mutuelles pendant l'exécution et le déroulement du contrat, de telle manière que le cocontractant, face à des circonstances étrangères aux parties apparues après la conclusion du contrat, reçoive en tout état de cause la rémunération convenue »⁶⁴⁹.

Palacio-Hincapié remarque de son côté, que la révision des prix est *une mesure préventive* qui fait face à une situation *prévisible* qui peut altérer les conditions économiques du contrat⁶⁵⁰. La nature prévisible permet une solution anticipée des parties, qui peuvent de cette manière convenir de l'inclusion dans le contrat d'une formule de révision ou d'ajustement⁶⁵¹.

En droit français A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé reconnaissent ce caractère préventif : « la pratique des clauses de variation ou de révision des prix...

⁶⁴⁷ Conseil d'État, arrêt du 29 janvier 2004, req. 10779.

⁶⁴⁸ Conseil d'État, arrêt du 15 juillet 2004, req. 76001-23-31-000-2002-1164-02(AP).

⁶⁴⁹ Sentence arbitrale : Giraldo Sánchez y cía. Ltda. c. Instituto Nacional de Vías, INVIAS, decisión du 15 mai 2000.

⁶⁵⁰ R. Escobar-Gil, « Teoría general de los contratos de la administración pública » [*Théorie générale des contrats de l'administration publique*], *op. cit.*, p. 67.

⁶⁵¹ R. Escobar-Gil, *Ibidem.*, p. 67.

ou des tarifs... peut être considérée à certains égards comme une sorte de règlement conventionnel préétabli de l'imprévision »⁶⁵².

On peut citer aussi la doctrine espagnole qui souligne l'application de ces mécanismes lors de « l'apparition d'aléas prévisibles... même lorsqu'il est possible de connaître préalablement leur occurrence, il n'est pas possible de quantifier exactement l'impact sur la valeur des facteurs déterminants du prix »⁶⁵³. Pour cela, il faut se servir des formules ou des indices afin que les prix du contrat soient un reflet des conditions réelles externes de l'économie et de leurs variations.

À côté de cette position apparemment claire, il en existe cependant une autre qui leur donne un traitement opposé.

2. La révision et le rétablissement de l'équilibre financier du contrat

Selon l'arrêt du 4 septembre 2003, le Conseil d'État « n'a cessé d'affirmer que la révision des prix du contrat s'impose dans les cas où celui-ci est économiquement déséquilibré... toutefois, afin de déterminer si cette révision est recevable, il est nécessaire de démontrer d'une part la modification des circonstances et leur incidence dans les coûts du contrat et, d'une autre, que la requête du cocontractant a été faite pendant l'exécution du contrat... Dans le cas contraire, les prétentions relatives à la reconnaissance des réajustements sont vouées à l'échec »⁶⁵⁴.

Si la révision des prix et l'ajustement découlant opèrent automatiquement à travers une formule que les parties sont appelées à appliquer à chaque fois qu'une obligation de paiement en faveur du cocontractant est née, pourquoi cette décision parle-t-elle de la nécessité de démontrer un bouleversement de l'équilibre économique du contrat ?

⁶⁵² A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *op. cit.*, n° 1365.

⁶⁵³ J-L Villar-Palasi, « Revisión de precios. Comentarios a la ley de contratos de las administraciones públicas » [*Révision des prix. Commentaires à la loi des contrats des administrations publiques*], 2^{ème} ed., Editorial Aranzadi SA, Madrid, 2004, p. 601.

⁶⁵⁴ Conseil d'État, arrêt du 4 septembre 2003, req. 22952.

Dans cet arrêt, la notion de *révision du contrat* (non des prix mais du contrat conçu dans sa totalité) semble se référer de nouveau à un droit du cocontractant pour réclamer par la voie administrative et même judiciaire, le rétablissement de l'équilibre économique du contrat. Cependant, nous réitérons qu'il s'agit de figures distinctes qui visent des objectifs aussi différents.

Le phénomène du bouleversement de l'équilibre financier du contrat sera abordé plus tard, mais il suffit de dire ici que la révision, l'ajustement et l'actualisation des prix prévus dans les articles 4 et 5 de la loi 80 de 1993 diffèrent de la révision administrative ou judiciaire ultérieure qui fait face aux événements de bouleversement de l'équilibre financier du contrat.

Les conséquences juridiques qui découlent du but de maintien, sont différentes de celles qui résultent de la nature liée au rétablissement.

D'abord, dans le premier cas, le cocontractant ne peut pas renoncer à l'application de la formule de révision convenue, tandis que dans le second, il pourra le faire. De plus, le rétablissement ne se limite pas à la révision des prix spécifiques mais concerne l'ensemble des conditions économiques du contrat ; le maintien, pour sa part, est limité par les prix unitaires convenus. Finalement, les conditions de validité de chacune des figures sont différentes. Tandis que la révision des prix est déterminée par la formule convenue para les parties, le rétablissement de l'équilibre financier du contrat requiert la vérification de plusieurs conditions dégagées par la jurisprudence (p. ex. le caractère extraordinaire et imprévisible de l'événement, etc.).

La révision qui vise au maintien est différente de celle qui vise au rétablissement, c'est pourquoi il nous semble qu'elles sont, le cas échéant, cumulables. Si le contrat initial a prévu une formule de révision des prix unitaires qui au cours de l'exécution s'avère insuffisante pour faire face aux bouleversements économiques des prix, le cocontractant peut demander ultérieurement la révision judiciaire du contrat pour rétablir l'équilibre financier des parties⁶⁵⁵.

⁶⁵⁵ Conseil d'État, arrêt du 29 janvier 2004, req. 10779.

B. La révision et l'actualisation ne modifient pas le contrat administratif

Bien que la jurisprudence et la doctrine se montrent parfois vacillantes quant à la notion de chacun des mécanismes de variation des prix, elles ne semblent douter du fait qu'ils ne modifient pas l'accord original des volontés.

La raison (qui maintenant nous semble évidente) est qu'aucun des mécanismes ne change les obligations dérivées du contrat ni le prix convenu par les parties, qui au cours de l'exécution du contrat ne va que s'adapter conformément aux formules ou indices convenus lors de la passation du contrat.

La jurisprudence s'est prononcée à maintes reprises dans ce sens en affirmant que « l'ajustement des prix n'implique aucune modification, mais une simple actualisation des prix »⁶⁵⁶. Elle a également manifestée que « la loi 80 de 1993 a conservé le critère d'exclure de la notion d'addition du contrat [modification conventionnelle] les réajustements et la révision de prix »⁶⁵⁷.

Les doctrines nationale⁶⁵⁸ et étrangère ont réaffirmé ce trait. Villar-Palasi indique par exemple que tant la révision que l'indexation visent à reconnaître des variations extrinsèques du prix convenu dans le contrat ; elles ne sont qu'une réponse aux phénomènes économiques ordinaires ; en définitive, elles permettent la conservation du pouvoir d'achat de la monnaie. Ce faisant elles n'entraînent aucune augmentation du prix, mais l'actualisation de celui qui avait été convenu par les parties⁶⁵⁹.

La révision, l'ajustement et l'actualisation des prix ne donnent pas lieu à une modification du contrat administratif, de la même façon que l'augmentation des

⁶⁵⁶ Conseil d'État, arrêt du 15 juillet 2004, req. 76001-23-31-000-2002-1164-02(AP).

⁶⁵⁷ Conseil d'État, arrêt du 26 janvier 2006, req. 3761.

⁶⁵⁸ A. Escobar-Henríquez, « El Contrato Estatal de Obra » [*Le Contrat d'ouvrage*], Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1998, p. 84 et s.

⁶⁵⁹ J-L Villar-Palasi, *art. préc.*, p. 602.

quantités d'ouvrage n'entraîne pas non plus de modification⁶⁶⁰. Les obligations du cocontractant sont les mêmes, mais au cours de l'exécution du contrat le prix sera corrigé ou adapté à la réalité économique conformément à la formule convenue au préalable.

Il faut rappeler que pour l'article 5 de la loi 80 de 1993, les cocontractants « ont le droit de recevoir la rémunération convenue dont la valeur nominale ne peut être ni altérée ni modifiée ». La révision ne fait qu'assurer la conservation du prix nominal au cours de l'exécution du contrat.

Il convient de souligner que le calcul du prix des contrats administratifs est soumis au principe de commutativité et à l'équilibre économique des obligations et c'est pour cela que la loi a prévu ces mécanismes d'adaptation du prix et des quantités réalisées aux conditions réelles d'exécution du contrat⁶⁶¹.

Malheureusement, la révision et l'ajustement des prix ont été utilisés souvent pour fausser les conditions de la mise en concurrence⁶⁶². Des offres démesurément basses sont révisées au cours de l'exécution du contrat pour ajuster les prix à la réalité de l'économie. Par conséquent, les personnes publiques doivent être attentives aux diminutions injustifiées des prix, notamment lorsque « la meilleure offre diffère nettement des autres propositions présentées qui sont d'un montant homogène et ajusté au budget officiel de l'entité pour la passation du contrat »⁶⁶³.

⁶⁶⁰ Dans l'arrêt du 18 juillet 2002 le Conseil d'État indique que : « dans les contrats d'ouvrage conclus à prix unitaires, l'augmentation des quantités des ouvrages signifie que l'ouvrage a été convenue mais que l'estimation initiale des quantités à exécuter a été surpassé pendant la réalisation des travaux, entraînant ainsi une accroissement des prestations, mais non la modification de l'objet contractuel », Conseil d'État, arrêt du 18 juillet 2002, req. 22179.

⁶⁶¹ Conseil d'État, arrêt du 29 janvier 2004, req. 10779.

⁶⁶² J-P Valdés-Perpiñán, « Sobreprecios en la contratación estatal » [*Les surcoûts dans les contrats de l'État*], mémoire Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, Bogotá, 2012, p. 41.

⁶⁶³ C-G Castro-Cuenca, L-F García-López et J-R Martínez-Vargas, « Los contratos estatales : Teoría General – Perspectiva comparada y regulación internacional » [*Les contrats de l'État : Théorie Générale – Perspective comparée et réglementation internationale*], 1^{ère} ed., Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, p. 274.

La doctrine reconnaît que la révision des prix est aujourd'hui un instrument pour donner un traitement préférentiel et privilégié à certains des cocontractants⁶⁶⁴. Pour éviter cela, les parties doivent toujours prendre en compte les prix et les conditions du marché au moment de convenir de formules d'ajustement. Bien que la révision et l'ajustement permettent le versement des sommes qui vont au-delà du prix estimé auparavant, les conditions des prix du marché doivent toujours être respectées. La révision ne peut pas signifier le paiement des surcoûts qui peuvent entraîner une atteinte aux finances publiques⁶⁶⁵.

C'est pour cela qu'en l'Espagne et en France l'application de la révision des prix a été soumise à des conditions strictes et à l'utilisation d'un système d'indices et de formules de caractère officiel⁶⁶⁶. Des mesures pour éviter la fraude ont été prévues par la loi. L'interdiction de réviser les prix dans les contrats qui n'ont pas atteint 20% de l'exécution des travaux, ou la première année de l'exécution⁶⁶⁷, même l'obligation d'inclure toujours la formule de révision des prix dans les cahiers des charges, sont des exigences qui certainement contribuent à assurer l'égalité et la mise en concurrence⁶⁶⁸.

Il est regrettable qu'aucune de ces conditions n'ait été prévue en droit colombien, ce qui a permis le paiement injustifié de valeurs qui vont au-delà des prix du marché. On en est même arrivé à ajuster le contrat par le biais des instruments de

⁶⁶⁴ M. González-Rodríguez, « El Contrato Administrativo en Colombia » [*Le Contrat Administratif en Colombie*], 1^{ère} ed., Librería Jurídica Wilches, Bogotá, 1990, p. 201 et s.

⁶⁶⁵ J-P Valdés-Perpiñán, *ét. préc.* p. 41.

⁶⁶⁶ En droit espagnol, voir les articles 78 à 80 et 104 à 106 du TRLCSP. En droit français, voir l'article 18 du CMP éd. 2006.

⁶⁶⁷ Selon l'article 103.1 du TRLCSP. « 1. La révision des prix dans les contrats soumis à cette loi aura lieu dans les termes établis dans ce Titre lorsque le 20% du 100% du contrat a été exécuté et un an après son adjudication, de telle manière que ni le 20%, ni la première année d'exécution, à compter de la date de la passation, ne puissent être objet de révision ».

⁶⁶⁸ Selon l'article 77.3 de la LCSP, « Origine et limites. 1. La révision des prix dans les contrats des Administrations Publiques aura lieu dans les termes établis dans ce chapitre et, à moins que l'irrecevabilité de la révision n'ait été prévue expressément dans les cahiers des charges ou dans le contrat, lorsque le 20% du 100% du contrat a été exécuté et un an après son adjudication. En conséquence, le premier 20% et la première année d'exécution sont exclus de la révision. Toutefois, dans les contrats de gestion des services publics, la révision des prix pourra avoir lieu une fois après la première année de réalisation du contrat, sans qu'il soit nécessaire d'avoir réalisé 20% des prestations ».

modification conventionnelle du contrat (contrats additionnels et d'additions), ce qui a dénaturé le but poursuivi par la révision⁶⁶⁹.

Par conséquent, il nous semble que les sources de droit sont tenues de se livrer à un travail d'analyse des limites qui doivent s'imposer à l'utilisation des instruments de variations des prix. Il s'agit des mécanismes prévus pour faire face aux effets économiques lors de l'exécution du contrat⁶⁷⁰, qui ont besoin de limites pour éviter que l'égalité et les conditions initiales de la mise en concurrence ne soient méconnues.

⁶⁶⁹ J-P Valdés-Perpiñán, *ét. préc.*, p. 46.

⁶⁷⁰ Conseil d'État, arrêt du 21 juin 2003, req. 14943.

CHAPITRE 2 : LES NOTIONS MODIFICATIVES DOUTEUSES

La démarche de la définition négative de la modification nous révèle l'existence de « notions voisines » qui ne correspondent pas à la procédure modificative. En droit colombien, on trouve un premier groupe d'instruments (analysés dans le chapitre précédent) que le juge administratif et la doctrine ont considéré comme indépendants de la figure de la modification. Il s'agit de mécanismes qui, face à l'apparition de *faits prévisibles* lors de l'exécution du contrat, permettent d'ajuster les quantités et les prix estimés lors de sa conclusion. On parle de faits prévisibles car les parties ont prévu de manière anticipée la possibilité d'ajuster les quantités et les prix. C'est pourquoi elles ont convenu des formules et des indices afin que le contrat reflète les variations externes de l'économie sans que l'accord original ait besoin d'être modifié.⁶⁷¹

La question se pose maintenant de déterminer les conséquences juridiques des faits imprévisibles⁶⁷² lors de l'exécution du contrat.

L'article 27 de la loi 80 de 1993, relatif à l'équation contractuelle, indique que dans les contrats administratifs, « l'égalité ou l'équivalence entre les droits et les obligations convenue lors de la présentation de l'offre, sera conservée... Si cette égalité ou équivalence se rompt pour des raisons imprévues non imputables à la personne lésée, les parties adopteront les mesures nécessaires à son rétablissement dans les plus brefs délais.

(...)

⁶⁷¹ Suivant les conclusions du chapitre précédent, la variation des prix ne donne pas lieu à une modification du contrat, mais à l'application des stipulations contractuelles, ce qui conduit à un ajustement des prix ou des unités exécutées prévu par les parties depuis la conclusion du contrat.

⁶⁷² Les faits imprévisibles rappellent les faits qui n'étaient pas prévus dans le contrat (par exemple lorsque la révision n'a pas été convenue), ou des faits dont la variation excède les prévisions contenues dans les formules ou indices convenus dans le contrat.

À cet effet, les parties doivent conclure les conventions nécessaires sur les montants, les quantités, les conditions et le mode de paiement des dépenses supplémentaires, la reconnaissance des coûts financiers et des intérêts, si besoin en est ».

Ces conventions sont-elles considérées comme des modifications du contrat administratif ?

Bien que la réponse semble affirmative, il existe cependant de grands doutes sur les conséquences juridiques de cette solution.

La possibilité de modifier un contrat administratif découle du principe de mutabilité, reconnu pour la première fois par l'arrêt *Compagnie nouvelle de gaz de Deville-lès-Rouen* du 10 janvier 1902 du Conseil d'État français, confirmé par l'arrêt *Compagnie générale française des tramways* du 11 mars 1910, où le juge a proclamé « le droit [de l'administration]... de prescrire les modifications et les additions nécessaires, pour assurer, dans l'intérêt du public, la marche normale du service ».

M. Gaudemet parle de la mutabilité du contrat administratif avec sa contrepartie naturelle qui est la préservation de l'équilibre financier convenu initialement entre les parties⁶⁷³. Il indique que la mutabilité est la traduction dans l'espace du contrat de la continuité et de l'adaptation constante du service public et de l'intérêt général : « si le contrat administratif fait la loi des parties, à cette loi commune des parties se superposent la loi de la partie publique, l'exigence de légalité administrative qui inclut l'adaptation constante de la règle à son objet, fut-elle inscrite dans le contrat et l'absence de droit acquis au maintien de la réglementation du moment. Le contrat administratif – surtout le contrat de longue durée – doit évoluer, doit circuler pour remplir toujours au mieux son objet d'intérêt général ; et de cette mutabilité du contrat, l'administration a la responsabilité »⁶⁷⁴.

⁶⁷³ Voir : Y. Gaudemet, *Droit administratif, op. cit.*

⁶⁷⁴ Y. Gaudemet, préface au livre : H. Hoepffner, *La modification du contrat administratif, op. cit.*

Il convient de se demander alors ce qu'il arrive au rapport entre mutabilité et équilibre financier du contrat.

En France, la modification du contrat administratif et l'équilibre économique vont de pair. Le Code des marchés publics permet que le contrat soit modifié par le biais d'avenants dans les cas des sujétions imprévues (article 20 du CMP, édition 2006)⁶⁷⁵.

En Colombie cependant, il est surprenant de constater que la doctrine et la jurisprudence administrative dissocient totalement ces deux figures leur donnant toujours un traitement indépendant. Le bouleversement de l'équation financière du contrat donne lieu à son rétablissement (tel que l'affirme la loi 80 de 1993), mais il n'existe aucune référence théorique qui détermine si l'altération de l'équilibre économique conduit à la modification du contrat. La relation entre ces phénomènes n'a été jamais abordée en droit administratif colombien.

Cette recherche va essayer pour la première fois de s'approcher de ce sujet, en déterminant dans quelle mesure les altérations de l'équilibre économique du contrat (**Section 1**) ont la vertu de modifier l'accord originel des volontés conclu par les parties (**Section 2**).

SECTION 1 : LES ALTÉRATIONS PAR DES FAITS IMPRÉVISIBLES

La doctrine s'est référée, d'une manière générale, aux conditions de l'altération de l'équilibre économique du contrat.

⁶⁷⁵ CMP (édition 2006), Chapitre X : Avenants. Article 20 (modifié par décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 - art. 35) : « En cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ou une décision de poursuivre peut intervenir quel que soit le montant de la modification en résultant. Dans tous les autres cas, un avenant ou une décision de poursuivre ne peut bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet ».

Dávila-Vinueza indique par exemple qu'il y a trois conditions. Tout d'abord l'anormalité et l'exceptionnalité de l'événement qui produit l'altération ; ensuite, l'imprévisibilité par rapport à ce qu'on a estimé lors de la passation du contrat et finalement l'absence de faute de la personne qui demande le rétablissement, c'est-à-dire le cocontractant⁶⁷⁶.

En ce qui concerne la première condition, la doctrine est unanime à affirmer que le droit au rétablissement de l'équation financière requiert des circonstances anormales et exceptionnelles : « l'aléa extraordinaire ou anormal rappelle l'événement qui dépasse ou excède tous les calculs que les parties ont pu faire lors de la conclusion du contrat »⁶⁷⁷. Les contingences normales qui se présentent ordinairement pendant l'exécution du contrat ne sont pas protégées par cette figure.

La réalisation de l'objet du contrat administratif entraîne toujours des risques normaux qui doivent être assumés par les parties⁶⁷⁸. Par contre, ce qui excède la normalité, l'habitude, donne lieu au rétablissement de l'équation économique pour assurer la continuité du service public⁶⁷⁹.

Pour la doctrine la nature exceptionnelle signifie également que l'altération de l'économie du contrat doit être *importante* : l'altération de l'équation doit être d'une grande importance. Des dépenses moindres et sans incidence réelle sur les conditions financières, ne produisent pas la rupture de l'équation contractuelle, « c'est avec une inquiétude énorme que nous assistons de plus en plus à l'implantation d'une pratique pénible... celle de demander le rétablissement de n'importe quoi, même ce qui est insignifiant »⁶⁸⁰.

⁶⁷⁶ L-G Davila-Vinueza, *op. cit.*, p. 492.

⁶⁷⁷ M. Marienhoff, « Tratado de derecho administrativo » [*Traité de droit administratif*], t.III, *op. cit.*, p. 524.

⁶⁷⁸ L-G Davila-Vinueza, *op. cit.*, p. 493.

⁶⁷⁹ Selon le Conseil d'État, « il est clair qu'en cas de changement des conditions de la gestion d'un service public, qui altère gravement cette gestion indépendamment de sa prévisibilité, les obligations du contrat qui ont à voir avec de tels changements doivent être modifiés, sinon on rendrait un service inadapté aux nouvelles réalités sociales, culturelles ou technologiques », Conseil d'État, avis du 13 août 2009, req. 1952.

⁶⁸⁰ L-G Davila-Vinueza, *op. cit.*, p. 494.

D'après la deuxième condition, l'événement qui produit la situation de rupture doit être imprévisible. Il convient de préciser cependant que l'imprévisibilité n'est pas liée aux causes de l'événement, mais plutôt aux répercussions pour l'économie du contrat. Cette condition sera abordée plus tard.

Finalement, l'absence de responsabilité du cocontractant est requise.

Il faudra déterminer le niveau de diligence⁶⁸¹ du cocontractant aussi bien dans l'élaboration de l'offre, que pendant l'exécution du contrat : « la plupart des causes qui... altèrent [le contrat], s'engendrent pendant l'élaboration de l'offre, soit en raison d'erreurs lorsque le particulier omet par exemple le prix réel des biens et des services, soit parce qu'il n'avertit pas des erreurs dans les cahiers de charges qu'une personne moyennement diligente aurait décelées, par exemple, lorsque le projet fait référence à des ouvrages dont la réalisation est impossible en raison du budget prévu par l'entité »⁶⁸². Dans le premier cas, l'erreur du cocontractant empêche le rétablissement des effets économiques de l'événement et, dans le second, un rétablissement partiel sera décidé selon le niveau de responsabilité de chacune des parties.

Lorsque ces trois conditions sont réunies, le droit administratif colombien reconnaît un bouleversement de l'équivalence entre les droits et les obligations des parties, qui oblige à adopter les mesures nécessaires à son rétablissement⁶⁸³.

La loi 80 de 1993 ne prévoit aucune situation précise qui donne lieu à la rupture, car il est impossible de prédire tous les événements qui, à un moment donné, peuvent entraîner le changement des conditions estimées lors de la passation du contrat. Les situations qui peuvent altérer l'équation sont, entre autres, les faits

⁶⁸¹ F. Messineo précise la notion de l'obligation de diligence contractuelle de la façon suivante : « La faute contractuelle n'est pas comprise, s'il n'est pas mis en relation avec la notion de l'obligation de diligence (contractuelle), qui rappelle le soin que doit employer le débiteur lors du déroulement de son activité pour assurer l'accomplissement de l'obligation (...) En effet, la faute contractuelle consiste à omettre le droit de diligence auquel nous venons de nous référer ou, en un seul mot, à la négligence (...) », F. Messineo, « Derecho Civil y Comercial » [*Droit Civil et Commercial*], t.IV, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires 1955, p. 234.

⁶⁸² L-G Davila-Vinuesa, *op. cit.*, p. 494.

⁶⁸³ Conseil d'État, arrêt du 31 août 2011, req. 18080.

humains ou naturels. Elles peuvent être préexistantes à la passation du contrat ou ultérieures et peuvent résulter d'une décision prise par une personne publique. Elles peuvent aussi provenir des phénomènes économiques internes, ou même externes au pays.

La doctrine et la jurisprudence, à des fins pédagogiques et afin de faciliter le travail de définition des conséquences juridiques qui découlent du bouleversement, ont classé les événements qui donnent lieu au rétablissement dans des catégories différentes⁶⁸⁴.

Il convient de distinguer les cas où le bouleversement de l'équilibre financier provient d'un fait extérieur aux parties (§1) de ceux où il est produit par un fait de l'administration (§2).

Il faut rappeler que malgré les considérations qui seront faites face à chacune des catégories, les conditions de base de la rupture de l'équilibre économique ne sont que les trois indiquées auparavant.

Dávila-Vinuesa souligne à cet égard, l'absence d'importance d'encadrer l'événement dans l'une « des théories et des catégories dégagées par la jurisprudence et la doctrine. Une mauvaise dénomination du phénomène ne modifie pas le droit substantiel à la réparation... C'est ainsi que la doctrine n'est pas uniforme quant aux conditions de chaque catégorie, car alors que certains classent un fait comme appartenant à une de celles-ci, d'autres l'incluent dans une autre »⁶⁸⁵.

⁶⁸⁴ Selon le Conseil d'État, « l'équilibre financier peut être bouleversé pour des raisons différentes, certaines imputables à la propre administration contractante, en cas d'inexécution de ses obligations contractuelles ou de la modification unilatérale des conditions d'exécution du contrat ; d'autres, également imputables à l'administration, mais liées à l'exercice de sa fonction publique ; de même, l'équation financière peut être bouleversé pour des raisons étrangers aux parties concernées, dans ce cas on parle de la théorie de l'imprévision », Conseil d'État, arrêt du 9 mai 1996, req. 10151, réitéré par les arrêts du 29 avril et 21 juin 1999, req. 14885 et 14943.

⁶⁸⁵ L-G Davila-Vinuesa, *op. cit.*, p. 494.

§1. LES ALTÉRATIONS PAR DES FAITS EXTÉRIEURS AUX PARTIES

Il convient de préciser d'abord que les faits qui conduisent à la modification du contrat pour adapter les services publics aux nouveaux besoins de la collectivité, ont été déjà abordés lors de la première section relative à la notion positive de modification. Ces événements donnent lieu à la modification conventionnelle du contrat administratif, ou à défaut, à la modification unilatérale décidée par l'administration.

La modification du contrat est « une illustration du rôle que joue la notion de service public (et, plus largement, celle d'intérêt général) dans les contrats administratifs »⁶⁸⁶. Chaque fois que les services publics et l'intérêt général se transforment (évoluent), les parties ou l'administration de manière exceptionnelle, auront l'obligation d'ajuster le contrat aux nouveaux besoins. Ces événements ont déjà été analysés ; il n'y a pas lieu d'y revenir.

Cette section vise les événements qui n'entraînent pas le réaménagement du service public, dont la nature modificative du contrat est encore matière de débat. Des faits comme une tempête, la hausse des prix exceptionnelle et imprévue d'une matière première, la découverte d'un site archéologique là où les travaux publics sont exécutés, etc., peuvent donner lieu au bouleversement de l'équilibre économique sans que cela ne soit lié à la gestion du service public.

Traditionnellement la force majeure (**A**), l'imprévision (**B**) et les sujétions imprévues (**C**) sont reconnues par les sources de droit en tant que catégories de faits extérieurs aux parties.

A. La force majeure

⁶⁸⁶ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *op. cit.*, n° 1175.

Selon la définition donnée par A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé⁶⁸⁷, la force majeure est un événement imprévisible et indépendant de la volonté des contractants (1), qui empêche de manière absolue l'exécution de l'ensemble ou d'une des obligations contractuelles (2).

1. L'extériorité et l'imprévisibilité

Suivant les analyses du droit français à cet égard (les mots de G. Jèze et de A. de Laubadère sont toujours repris), le Conseil d'État colombien souligne d'abord que le fait constitutif de force majeure doit être extérieure aux parties⁶⁸⁸. Il doit être extérieur aux contractants et indépendant de leur volonté. Cela signifie non seulement qu'il ne doit pas être le fait du contractant concerné mais aussi, que celui-ci ne doit avoir joué aucun rôle dans sa réalisation et ne doit même pas avoir pu l'empêcher⁶⁸⁹.

De plus, il est nécessaire que le fait soit imprévisible. Pour le Conseil d'État français l'événement imprévisible est celui qui « n'a pu raisonnablement être envisagé par le cocontractant au moment des négociations du contrat »⁶⁹⁰. La jurisprudence colombienne a considéré que l'imprévisibilité est présente lorsqu'il est impossible d'envisager lors de la conclusion du contrat l'apparition de l'évènement. Pour déterminer s'il est prévisible, il faut considérer les circonstances particulières du cas concret⁶⁹¹.

Le juge administratif colombien cite souvent les conclusions de la Cour Suprême de Justice à cet égard⁶⁹², en raison de la coïncidence avec la notion de force majeure du droit civil.

⁶⁸⁷ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *op. cit.*, n° 728.

⁶⁸⁸ Conseil d'État, arrêt du 11 septembre 2003, req. 14781 réitéré par l'arrêt du 10 novembre 2005, req. 14392.

⁶⁸⁹ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *op. cit.*, n° 730.

⁶⁹⁰ CE, 17 décembre 1926, *Sté des chantiers de l'Adour*. Rec. p. 1124.

⁶⁹¹ Conseil d'État, arrêt du 10 novembre 2005, req. 14392.

⁶⁹² Voir p. ex. Conseil d'État, arrêt du 11 septembre 2003, req. 14781

Les faits « qui se produisent dans le cours normal de la vie »⁶⁹³, les « circonstances normales de la vie »⁶⁹⁴, ou tout ce qui est « suffisamment probable pour que le contractant ait raisonnablement dû s'en protéger »⁶⁹⁵, est prévisible.

L'imprévisibilité, comme tout ce qui dépasse ce qui est prévisible, doit être identifiée à partir de trois critères : 1) l'anormalité et la fréquence de l'événement ; 2) la probabilité de sa réalisation et 3) son caractère inattendu, exceptionnel et surprenant⁶⁹⁶.

Suivant la solution française, le juge administratif colombien affirme que des phénomènes naturels comme les fortes pluies⁶⁹⁷, les gelées⁶⁹⁸, la sécheresse⁶⁹⁹ et des événements tels que la grève⁷⁰⁰ et la guerre⁷⁰¹ sont imprévisibles, mais uniquement s'il a été possible de démontrer que leur survenance était impossible à anticiper lors de la passation du contrat.

2. L'irrésistibilité

L'irrésistibilité est un autre élément essentiel de la notion de la force majeure. Le Conseil d'État colombien a rappelé les deux significations de cette condition⁷⁰². Tout d'abord, elle se réfère à l'impossibilité objective pour la personne concernée (ici, le cocontractant) d'éviter les conséquences dérivées du fait imprévu. La force

⁶⁹³ Cour Suprême de justice, arrêt du 31 mai 1965, G.J. CXI-CXII, p. 126.

⁶⁹⁴ Cour Suprême de justice, arrêts du 13 novembre 1962 et du 20 novembre 1989.

⁶⁹⁵ Cour Suprême de justice, arrêts du 5 juillet 1935 et du 7 octobre 1993.

⁶⁹⁶ Cour Suprême de justice, arrêt du 3 juin 2000, req. 5475

⁶⁹⁷ La jurisprudence française parle de pluies « d'une violence et d'une durée exceptionnelles, excédant les prévisions des parties », CE, 20 décembre 1935, *Discours*, Rec. p. 1100 ; 29 juillet 1943, *Villemain*, Rec. p. 219 et 19 février 1975, *Min. d'État chargé de la défense nationale c. Société Entreprise Campenon-Bernard*, Rec. p. 143.

⁶⁹⁸ CE, 18 mars 1897, *Pagés*, Rec. p. 234.

⁶⁹⁹ CE, 19 juin 1935, *Lefebvre*, Rec. p. 693.

⁷⁰⁰ CE, 29 janvier 1909, *Cie Compagnie des messageries maritimes*, Rec. p. 116.

⁷⁰¹ CE, 5 janvier 1942, *Compagnie du gaz la Ferté-Milon*, Rec. p. 18 et 16 juillet 1952, *Électricité de France*, Rec. p. 379.

⁷⁰² Conseil d'État, arrêt du 11 septembre 2003, req. 14781.

majeure vise les faits « absolument impossibles à éviter... malgré les mesures de défense décidées par le cocontractant pour les contourner »⁷⁰³.

L'irrésistibilité peut se référer également à l'impossibilité de surmonter les effets de l'événement⁷⁰⁴. Le Conseil d'État français indique que l'« événement doit être un obstacle insurmontable à l'accomplissement de ses obligations par le cocontractant »⁷⁰⁵. Les difficultés d'exécution, même extrêmement graves, ne constituent donc pas des faits de force majeure dès lors qu'elles ne rendent pas l'exécution impossible⁷⁰⁶.

Pour cette raison, lorsque la force majeure est reconnue, le cocontractant devient irresponsable de l'inexécution du contrat⁷⁰⁷. L'impossibilité définitive est en plus un fondement valide pour demander la résiliation du contrat⁷⁰⁸.

Le droit colombien souligne finalement que la force majeure ne donne lieu en aucun cas, au paiement d'une indemnisation au cocontractant⁷⁰⁹.

Il peut arriver que la force majeure ne concerne que certaines obligations, en laissant d'autres en suspens, lesquelles par conséquent, doivent être exécutées par le cocontractant. Ce fut d'ailleurs le cas d'un contrat passé par la mairie de Bogota pour la construction d'une allée au centre-ville qui, pendant les travaux d'excavation dans un secteur particulier, s'est heurtée à un pont de l'époque coloniale déclaré immédiatement trésor architectural. Les travaux dans ce secteur ont été exclus, alors que les travaux dans toutes les autres sections ont continué.

Dans ce dernier cas les effets juridiques de la force majeure sont, d'un côté, la variation de la portée des prestations convenues à l'origine (une part des travaux est

⁷⁰³ Cour Suprême de justice, arrêt du 13 novembre 1962, cité par Conseil d'État, arrêt du 11 septembre 2003, req. 14781.

⁷⁰⁴ Conseil d'État, arrêt du 11 septembre 2003, req. 14781, réitéré par l'arrêt du 10 novembre 2005, req. 14392.

⁷⁰⁵ CE, 7 juin 1939, *Pichol*, p. 379.

⁷⁰⁶ CE, 9 octobre 1974, *Maler*, R.D.P. 1975.305.

⁷⁰⁷ Voir p. ex., Conseil d'État, arrêt du 10 novembre 2005, req. 14392.

⁷⁰⁸ En droit administratif français, CE, 16 juillet 1952, *Électricité de France*, p. 380.

⁷⁰⁹ Voir : Conseil d'État, arrêt du 10 novembre 2005, req. 14392, parmi d'autres.

exclue) et d'un autre, la variation correspondante de la valeur de la rémunération convenue pour l'exécution du contrat (en diminuant les travaux, on supprime du prix originel la part correspondante). En ce qui concerne cette recherche, nous devons retenir cette conclusion, car nous y reviendrons plus tard.

B. L'imprévision

Malgré les nombreux arrêts rendus par le juge administratif en Colombie, la profondeur avec laquelle la théorie de l'imprévision a été traitée est bien insuffisante. Rien ne ressemble à l'analyse exhaustive du droit français.

Le Conseil d'État colombien (et d'ailleurs les tribunaux administratifs) s'est limité à répéter quelques considérations générales et succinctes, sans viser ni parvenir à un vrai développement de cette théorie. La doctrine, un peu plus prolix, a repris les conclusions des systèmes étrangers pour apporter quelques éléments théoriques au débat, qui malheureusement sont toujours ignorés par le juge.

Une définition imprécise de l'imprévision (1) a donné lieu à un manque de clarté par rapport aux effets juridiques qui en découlent (2).

1. La définition de l'imprévision

Selon le Conseil d'État la théorie de l'imprévision « se présente lorsque des situations extraordinaires, indépendantes des parties, imprévisibles et postérieures à la passation du contrat, modifient son équation financière de manière anormale et grave, sans rendre son exécution impossible »⁷¹⁰.

⁷¹⁰ Conseil d'État, arrêt du 29 mai 2003, req. 14577.

De cette définition, le juge administratif conclut que l'imprévision est soumise à la réunion de trois conditions⁷¹¹:

1. L'existence d'un fait exogène aux parties qui se présente après la conclusion du contrat.
2. Le fait doit modifier de manière extraordinaire et anormale l'équation financière du contrat, sans rendre impossible son exécution⁷¹².
3. L'événement n'a pas pu être prévu par les contractants lors de la passation du contrat.

En ce qui concerne la première condition, la jurisprudence a précisé qu'il est impossible d'appliquer la théorie de l'imprévision lorsque le fait provient d'une décision de la personne publique, car c'est l'une des conditions qui permet de différencier cette figure du fait du prince⁷¹³.

Par rapport à l'altération de l'économie du contrat, la jurisprudence a exigé qu'elle soit extraordinaire et anormale ; « il est clair que les conséquences de l'événement imprévu doivent excéder, en termes d'importance, tout ce que les parties contractantes ont pu raisonnablement prévoir. Il faut qu'il existe des charges exceptionnelles, imprévisibles, qui modifient l'économie du contrat. Il s'agit du dépassement de la limite extrême de ce que les parties ont pu prévoir (...). La

⁷¹¹ Voir : Conseil d'État, arrêts du 9 mai 1996, req. 10151 ; du 29 mai 2003, req. 14577 et du 18 septembre 2003, req. 15119 parmi d'autres.

⁷¹² C'est ce trait qui différencie la notion de force majeure de la notion d'imprévision : les faits d'imprévision, sont eux aussi des faits étrangers au cocontractant, imprévisibles et qui viennent troubler l'exécution du contrat ; mais ces faits ne sont pas insurmontables, ils ne rendent pas impossible l'exécution du contrat ; ils la rendent seulement plus onéreuse et plus difficile pour le cocontractant.

⁷¹³ Cette exigence est mieux analysée dans la justice arbitrale qui exige « que le dommage invoqué ne survienne pas ou soit causé par une erreur de l'offre du cocontractant, alors que dans ce cas, la faute de la partie lésée empêche la reconnaissance des bénéfices demandés (...) Le concessionnaire lors de l'élaboration de l'offre, a l'obligation de « réaliser une analyse sérieuse, objective et judicieuse sur le risque que le concessionnaire pourrait raisonnablement assumer, dans les limites du raisonnable (...) Le caractère raisonnable doit toujours être pris en compte dans la prévision des risques », Sentence arbitrale : Santa Marta Paraguachón SA c. INVIAS, décision du 24 août 2001.

première exigence pour le cocontractant est donc de démontrer un déficit et qu'il a subi une perte [économique] réelle »⁷¹⁴.

La doctrine a aussi souligné que l'événement doit produire un déficit d'une telle ampleur qui dépasse la simple réduction du bénéfice du cocontractant, en entraînant en définitive une perte très importante, que le cocontractant n'est pas obligé d'assumer⁷¹⁵.

En France, on parle du « prix-limite » en tant que référence pour déterminer l'anormalité et le caractère extraordinaire de l'altération de l'équilibre financier du contrat⁷¹⁶. Le prix-limite est la marge de hausse éventuelle qui a pu être envisagée par les parties au moment du contrat : « lors de la conclusion du contrat, le cocontractant a pris en considération, pour accepter les conditions du marché, les prix de revient de l'époque, mais il est raisonnable d'admettre qu'il a dû également envisager la possibilité de certaines hausses ultérieures et en tenir compte dans ses calculs ; il y a donc lieu de se demander jusqu'où il a pu normalement envisager des variations futures de prix ; c'est seulement lorsque les hausses ainsi prévisibles seront dépassées que l'imprévision pourra jouer ; on aura alors franchi ce que l'on appelle le "seuil de l'imprévision" »⁷¹⁷. Il est clair que la notion de prix-limite, est une notion relative, qui se définit en fonction de chaque espèce.

Finalement, on parle d'un événement imprévisible. Si celui-ci est prévisible, la théorie n'est pas appliquée dans la mesure où il s'agirait alors d'un fait imputable à la négligence ou à un manque de diligence d'une des parties.

⁷¹⁴ Conseil d'État, arrêt du 29 mai 2003, req. 14577.

⁷¹⁵ J-L Benavides, « El Contrato Estatal. Entre el derecho público y el derecho privado » [*Le Contrat de l'État. Entre le droit public et le droit privé*], Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002. p. 398.

⁷¹⁶ La théorie de l'imprévision « suppose un dépassement de ce que l'on appelle le prix-limite », A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *op.cit.*, n° 1360.

⁷¹⁷ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *op.cit.*, n° 1360. Cette notion du prix-limite est essentielle en matière d'imprévision ; le Conseil d'État l'utilise et fait de son dépassement une condition de l'imprévision depuis ses premiers grands arrêts : 8 août 1924, *Gaz de Brive*, p. 818 ; 3 janvier 1936, *Commune de Tursac*, p. 6 ; 21 novembre 1947, *Petot*, p. 647, etc.

Pour la jurisprudence française, imprévisible est « l'événement déjouant tous les calculs que les parties ont pu faire au moment du contrat et dépassant les limites extrêmes que les parties ont pu envisager »⁷¹⁸. Certes, il n'y a pas d'événement absolument imprévisible⁷¹⁹ mais seulement des événements qui ne pourraient normalement pas être prévus lors de la conclusion d'un contrat déterminé⁷²⁰. L'imprévisibilité doit se définir par rapport aux circonstances de l'espèce.

Pour que l'imprévision puisse être alléguée, est-il nécessaire que l'événement ait été imprévisible en lui-même ou suffit-il que ses conséquences, ou même encore l'intensité de ses conséquences, aient été imprévisibles ?

En France, la réponse est claire car le Conseil d'État a admis que l'imprévision peut être invoquée en raison des conséquences imprévisibles (ou même d'une ampleur imprévisible) d'événements apparus avant la passation du contrat⁷²¹.

En Colombie s'il n'existe pas de solution expresse, il est possible de constater une conclusion similaire dans une décision du Conseil d'État du 29 mai 2003 : « il est de l'essence de l'imprévision qu'elle soit extraordinaire et anormale ; cela requiert que les conséquences de l'événement imprévu excèdent, en termes d'importance, tout ce que les parties contractantes ont raisonnablement pu prévoir »⁷²². L'arrêt se réfère

⁷¹⁸ Conclusions du commissaire du gouvernement Corneille sur l'arrêt Fromassol du Conseil d'État du 3 décembre 1920.

⁷¹⁹ Les événements *imprévisibles* sont : 1) ceux qui sont totalement imprévisibles car leur apparition n'a aucun antécédent historique et 2) ceux qui comptent sur un référent historique qui permet d'effectuer des estimations sur la probabilité d'occurrence, par exemple par le biais d'analyses statistiques. Comme l'affirme Carlos Andrés Sanchez « tout fait ayant un référent historique peut être l'objet d'une estimation à partir de l'observation d'une série des tendances d'une variable, sur le long terme (tendance à long terme d'une série), cyclique (tendances répétitives sur une certaine période) ou saisonnières (tendances qui se répètent de manière identique chaque année, comme les saisons). Voir : C-A Sánchez-García, « L'Équilibre Economique du Contrat dans le Droit Administratif Actuel ». Néanmoins, il est évident que ces prédictions ne sont pas exactes, ce sont des estimations de la probabilité de l'apparition d'un fait ou événement. Si malgré la prédiction, se produisent des événements atypiques qui rompent avec le comportement historique, nous sommes face à la deuxième classe d'événements imprévisibles, capables de bouleverser l'équilibre financier d'un contrat administratif.

⁷²⁰ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *op.cit.*, n° 1345 et s.

⁷²¹ CE, 4 novembre 1932, *Société eau et assainissement*, p. 916 ; 10 mars 1948, *Hospices de Vienne*, A.J. éd. tr. 1948, p. 331.

⁷²² Conseil d'État, arrêt du 29 mai 2003, req. 14577.

au caractère imprévisible de l'événement vu depuis ses effets juridiques, ce qui nous semble une transposition de la solution française.

La jurisprudence colombienne ne se réfère pas au type d'événement imprévisible qui peut donner lieu à l'application de la théorie de l'imprévision. La doctrine pour sa part, a indiqué qu'elle est la conséquence de l'« aléa » économique⁷²³ (terme qui n'existe pas vraiment en espagnol mais qui est, sans doute, importé de l'*aléa* de la langue française). Suivant cette position, seul l'événement qui altère les conditions économiques du contrat est susceptible de fonder l'application de la théorie⁷²⁴.

À notre avis cette solution confond cependant, l'aléa économique et l'aléa qui a une incidence économique sur le contrat.

Come l'ont bien souligné A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, il existe trois types d'événements qui peuvent altérer l'exécution d'un contrat : « les événements économiques (aléa économique) qui donnent lieu à la théorie de l'imprévision ; les phénomènes naturels (aléa naturel) qui donnent lieu à la théorie des sujétions imprévues et les interventions de l'administration (aléa administratif) qui donnent lieu à la théorie du fait du prince »⁷²⁵. Ils affirment cependant que cette classification n'a en réalité qu'une valeur relative.

Les phénomènes de fluctuation économique (p. ex. hausse des prix ou des salaires) permettent sans aucun doute l'application de la théorie de l'imprévision. Les événements liés aux phénomènes naturels tels que des cataclysmes, ainsi que certaines décisions des personnes publiques (par exemple une dévaluation légale de la monnaie) donnent également lieu à l'imprévision lorsqu'ils entraînent un trouble économique du contrat : « il peut arriver que ce soient des phénomènes d'ordre physique, tels que des cataclysmes naturels, qui soient à l'origine du bouleversement économique du contrat. De tels faits peuvent donner lieu à application de l'imprévision ; le Conseil d'État l'a reconnu au moins dans une hypothèse des plus

⁷²³ J-L Benavides, *op. cit.*, p. 396.

⁷²⁴ J-L Benavides, *ibidem*.

nettes a cet égard : 21 avril 1944, *Cie française des câbles télégraphiques*, p. 119 »⁷²⁶.

En droit colombien, Palacio-Hincapié indique que l'altération économique peut provenir d'un événement économique ou naturel comme, par exemple, un séisme d'une violence exceptionnelle⁷²⁷. Elle peut également résulter d'une intervention administrative qui produit une perturbation économique, comme dans le cas d'une dévaluation monétaire ou d'une intervention dans le régime des salaires⁷²⁸.

La doctrine ajoute aux conditions indiquées une exigence additionnelle. Le fait imprévisible doit altérer directement l'exécution des prestations contractuelles de telle manière que le cocontractant doive assumer des coûts supplémentaires indispensables pour la continuation du contrat⁷²⁹. La portée de cette condition n'est pas très claire, mais il nous semble qu'elle se réfère au lien qui doit exister entre l'événement imprévisible et l'exécution du contrat. En droit français ce lien est la pierre angulaire de la définition de la théorie de l'imprévision : « il faut que les événements portent sur un élément suffisamment lié au contrat pour que l'économie de celui-ci puisse être bouleversé »⁷³⁰.

Certes, le bouleversement exige un degré de relation entre le fait imprévisible et le contrat, mais ce lien n'a jamais été abordé expressément par la jurisprudence administrative en Colombie.

2. Les conséquences de la théorie de l'imprévision

Si les conditions dégagées par le juge administratif sont vérifiées, l'administration a l'obligation de rétablir l'équilibre financier du contrat (art. 25 de la

⁷²⁵ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *op.cit.*, n° 1345 et s.

⁷²⁶ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *ibidem*.

⁷²⁷ J-A Palacio-Hincapié, *op. cit.*, p. 380.

⁷²⁸ J-A Palacio-Hincapié, *Ibidem*, p. 380.

⁷²⁹ J-L Benavides, *op. cit.*, p. 396.

loi 80 de 1993). L'article 5 du statut général des contrats administratifs indique également que les cocontractants ont le droit « au rétablissement par l'administration de l'équilibre de l'équation économique du contrat... dans le cas où surviennent des situations imprévisibles qui ne leur sont pas imputables ».

Le Conseil d'État souligne toujours⁷³¹ l'obligation administrative de rétablir l'équilibre économique du contrat, comme une mesure de protection du cocontractant en tant que partenaire de l'État⁷³². Depuis l'avis du 11 mars 1972, le juge administratif a déclaré que dans les contrats administratifs, le cocontractant n'est pas à la merci de l'administration, c'est pourquoi, si le patrimoine du particulier est lésé, l'administration est obligée de réparer le dommage causé⁷³³.

Dávila-Vinueza manifeste que le contrat administratif est construit sur des situations concrètes qui fondent et conditionnent les termes économiques convenus ; si ces situations restent inaltérables lors de l'exécution, les conditions économiques doivent être conservées. Cependant, leur altération, y compris dans le cas de faits non imputables aux parties, entraîne la modification de l'économie du contrat et l'obligation de rétablir ces conditions à un niveau équivalent à celui qui existait lors de la passation⁷³⁴. On peut se demander alors pourquoi l'une des parties est responsable des événements extérieurs aux parties.

Il est clair que l'État, en tant que garant de la gestion des services publics et défenseur de l'intérêt général, est dans une position d'inégalité par rapport au cocontractant. Les décisions exorbitantes de modification, d'interprétation et de résiliation unilatérales sont un exemple de la prévalence de l'intérêt public. Cette inégalité est compensée pourtant par l'obligation d'assurer le respect des conditions

⁷³⁰ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *op.cit.*, n° 1349.

⁷³¹ Voir p. ex. Conseil d'État, arrêt du 9 mai 2003, req. 10151.

⁷³² La justice arbitrale affirme que l'imprévision produit une *excessive onérosité* pour le cocontractant « qui doit être reconnue ou compensée économiquement par l'administration dans la mesure et le degré dans lequel a été produit le dommage de l'économie du contrat », Sentence arbitrale : Mora-Mora, Conciviles c. INCORA, décision du 19 mars 1996.

⁷³³ Conseil d'État, arrêt du 9 mai 2003, req. 10151.

⁷³⁴ L-G Davila-Vinueza, *op. cit.*, p. 510.

économiques présentes lors de la passation de la convention et de rétablir ces conditions lorsqu'elles sont altérées pendant l'exécution du contrat⁷³⁵.

Les risques des événements imprévisibles doivent être assumés par l'État qui devra donc corriger leurs incidences en indemnisant le cocontractant pour le placer « à la même position à laquelle il aurait été si cet événement imprévu ne serait jamais arrivé »⁷³⁶.

À côté de l'indemnisation, on peut ajouter d'autres conséquences qui découlent de l'événement imprévisible qui portent sur l'étude de la modification du contrat.

Rappelons-nous qu'en droit colombien, sont acceptés comme événements constitutifs de l'imprévision ceux produits par un aléa économique, un aléa naturel et même un aléa administratif.

Les phénomènes naturels en particulier, peuvent altérer fortement les conditions économiques du contrat, donnant lieu au versement d'une indemnisation administrative. Mais dans certains cas, il nous semble que les faits imprévisibles peuvent aussi avoir une incidence sur les prestations, c'est-à-dire sur la portée des travaux.

C'est ce qui est arrivé dans un contrat conclu par l'Institut de Développement Urbain de Bogota pour construire une voie et une allée à côté d'une rivière. Des pluies anormalement abondantes (qui ont produit d'ailleurs des inondations catastrophiques dans tout le pays) ont obligé les parties à construire un barrage entre la rivière et le lieu où se réalisaient les travaux afin d'éviter la paralysie du contrat et l'altération du service public de transport. Dans ce cas, le bouleversement de l'équilibre économique du contrat a entraîné le versement d'une indemnisation au cocontractant, mais les pluies ont eu des effets face à la portée des travaux.

⁷³⁵ J-L Benavides, *op. cit.*, p. 398.

⁷³⁶ Conseil d'État, arrêt du 29 avril 1999, req. 14855, réitéré par l'arrêt du 29 août 2007, req. 14854.

La théorie de l'imprévision peut-elle avoir des effets juridiques différents de ceux qui sont purement économiques ?

Il ne faut pas oublier que la théorie de l'imprévision est dominée par la notion du service public. Les auteurs du traité des contrats administratifs ont souligné que les besoins du service public, en particulier le principe de la continuité du service public, joue un rôle capital dans le mécanisme et l'explication de la théorie de l'imprévision : « le but essentiel de la théorie est d'assurer la continuité de fonctionnement du service public ; ce n'est pas là simple affirmation doctrinale, mais une idée que l'on trouve constamment exprimée dans les arrêts ; dès l'arrêt du *Gaz de Bordeaux*, précité, le Conseil d'État fondait sa décision sur "l'intérêt général, lequel exige la continuation du service par la compagnie" »⁷³⁷.

Concernant les effets juridiques de la théorie de l'imprévision, le droit colombien se réfère uniquement à l'indemnisation. En droit français, un autre effet est souvent indiqué : l'obligation du cocontractant de poursuivre l'exécution du contrat : « l'obligation d'exécuter ne fait aucun doute et s'explique d'autant plus aisément que le but même de la théorie de l'imprévision est précisément, comme on l'a vu, de permettre d'assurer la continuité du service ; les hausses imprévisibles n'autorisent donc jamais le concessionnaire à interrompre le service (C.E. 30 mars 1916, *Gaz de Bordeaux* : « Il convient de décider d'une part que la compagnie est tenue d'assurer le service concédé ... ») pas plus que l'entrepreneur ou le fournisseur à suspendre les travaux ou les livraisons (C.E. 29 juin 1945, *Ville de Bressuire*, p. 144) »⁷³⁸. Il est clair que le cocontractant est obligé à continuer avec l'exécution des travaux.

La question se pose de savoir si la théorie de l'imprévision peut donner lieu à l'adoption des mesures qui vont au-delà de l'exécution des travaux originellement convenus.

Dans l'exemple cité, on peut distinguer plusieurs effets du fait imprévisible (les pluies). D'abord on trouve le bouleversement de l'équilibre financier du contrat

⁷³⁷ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *op.cit.*, n° 1333.

⁷³⁸ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *ibidem*, n° 1371 et s.

qui a donné lieu à l'indemnisation du cocontractant. Ensuite, le besoin d'adaptation des ouvrages au phénomène naturel a conduit les parties à convenir de la construction d'un barrage qui n'a pas été prévu lors de la conclusion du contrat.

On peut affirmer que la construction du barrage n'est pas un effet juridique de la théorie de l'imprévision, même si elle résulte du même événement imprévu (les pluies). Toutefois, le lien entre la théorie de l'imprévision et le besoin du barrage est plus clair si nous tenons compte du fait que la construction du barrage a été décidée pour assurer l'exécution des travaux conformément à l'accord initial, malgré les inondations.

Dans ce cas, le rétablissement ne pouvait pas porter seulement sur le paiement d'une indemnisation car l'inondation des ouvrages n'avait pas disparu. Un rétablissement ne portant que sur une compensation, ne permettait pas l'exécution du contrat puisque l'inondation empêchait la réalisation des travaux.

Nous avons vu que l'intervention de l'administration face à une imprévision n'a pour but que d'assurer la préservation des conditions existantes lors de la conclusion du contrat ; il s'agit de placer le cocontractant dans la même position qu'il aurait eu sans l'arrivée de l'événement imprévu. Le rétablissement ne poursuit que le retour aux situations contractuelles primitives⁷³⁹ ; il est prévu pour régler les conséquences de la situation d'imprévision.

Le rétablissement de l'équilibre contractuel peut-il donc entraîner l'adoption des mesures différentes de celles de nature économique ? Peut-il entraîner, par exemple, l'exécution de travaux supplémentaires ?

Il nous semble qu'une réponse affirmative est possible. Les auteurs du traité des contrats administratifs affirment que « de nouveaux arrangements entre les parties, une révision des clauses du contrat par des avenants, un relèvement des prix ou des tarifs, permettent le rétablissement de l'équilibre contractuel »⁷⁴⁰. À notre avis,

⁷³⁹ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *ibidem*, n° 1334.

⁷⁴⁰ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *ibidem*, n° 1398.

non seulement la révision des clauses économiques du contrat, mais aussi la modification des prestations du cocontractant, voire la portée des travaux, peut être convenue entre les parties sur la base du rétablissement.

Dans le cas évoqué, le rétablissement a obligé les parties à convenir la construction du barrage car l'indemnisation simple des dommages causés par la pluie ne permettait pas de continuer l'exécution des travaux. Les ouvrages supplémentaires ont eu pour but d'éviter la transformation de la situation d'imprévision en un déséquilibre définitif du contrat dû à la force majeure.

Dans ces cas, on peut parler d'équilibre contractuel (notion plus large que celle d'équilibre économique du contrat) dont le bouleversement génère des conséquences non seulement économiques (le versement d'une indemnisation), mais aussi des effets sur la portée des travaux et sur le prix payé en tant que rétribution au cocontractant pour l'exécution des travaux. Toutefois, cette approche est totalement inexplorée en droit administratif colombien, ce qui ne permet pas une analyse approfondie de cette notion.

Les effets juridiques de la théorie de l'imprévision par rapport à la modification du contrat administratif seront repris plus tard.

C. Les sujétions imprévues

En dépit des références que la doctrine nationale apporte sur les sujétions imprévues, le droit colombien manque d'une notion et d'une réglementation spéciale (1), c'est pourquoi les sujétions doivent être analysées à partir de la théorie de l'imprévision (2).

1. L'inexistence des sujétions imprévues en droit colombien

La doctrine administrative colombienne s'est référée plusieurs fois aux sujétions imprévues.

Dávila-Vinueza indique par exemple que cette figure est soumise aux mêmes conditions que la théorie de l'imprévision. La différence porte sur le fait que les sujétions imprévues visent des « faits de la nature non prévus et imprévisibles qui ont une incidence technique sur l'exécution du contrat, modifiant son équilibre économique... il s'agit de difficultés d'ordre géologique, c'est pourquoi elles sont propres aux contrats de travaux publics ou de concession d'ouvrage. On fait souvent référence aux cas des terrains dont la sédimentation est difficile ou à la présence de couches ou des cours d'eau non prévus dans les plans... il s'agit, en réalité, de phénomènes présents mais inconnus au moment de la passation du contrat, qui sont finalement découverts lors de l'exécution »⁷⁴¹.

De ce point de vue, il ne s'agit pas d'une figure différente de l'imprévision, mais plutôt d'une précision face aux caractéristiques du fait qui produit le bouleversement de l'équilibre financier du contrat. L'événement est imprévisible pour le cocontractant, mais prévisible pour la personne publique⁷⁴². C'est le cas, par exemple, d'un contrat de travaux publics exécuté sur la base des données techniques fournies par l'administration. Si l'information est inexacte, incomplète ou erronée et pour cette raison la réalisation de l'ouvrage s'avère plus onéreuse pour le cocontractant, ceci s'inscrit en droit colombien dans la théorie des sujétions imprévues.

La doctrine fait toujours état des conditions du sol, car l'administration a dû compter avec des études techniques précises ; mais le manque de diligence dans leur obtention, est dans cette perspective l'élément central de cette notion.

On peut également affirmer que des phénomènes sans cause naturelle peuvent donner lieu à l'application de cette figure. L'exécution des contrats de travaux publics dans les secteurs urbains entraîne toujours l'intervention du cocontractant des réseaux

⁷⁴¹ L-G Davila-Vinueza, *op. cit.*, p. 508.

souterrains des services publics. Il est fréquent de trouver de graves imprécisions en ce qui concerne l'état de ces réseaux ; dans la plupart des cas l'information technique fournie par la personne publique est inexacte, ce qui produit toujours un bouleversement de l'équilibre financier du contrat car le cocontractant doit corriger le tracé des travaux. Bien évidemment, le déséquilibre n'est imputable qu'à la négligence de l'administration, qui doit toujours disposer d'information précise et actualisée par rapport à l'état des réseaux.

Il nous semble que les références de la doctrine ne sont qu'une tentative timide et imprécise de transposition de la notion française au droit colombien, bien qu'en droit français les sujétions imprévues soient différentes de l'imprévision.

Les auteurs de traité des contrats administratifs donnent une définition précise des sujétions imprévues : « lorsque, dans l'exécution des contrats administratifs, surviennent des difficultés matérielles d'un caractère absolument anormal, qui n'ont pu raisonnablement entrer dans les prévisions des parties au moment de la conclusion du contrat et qui rendent plus onéreuse l'exécution de celui-ci, ces sujétions exceptionnelles ouvrent au cocontractant un droit à être indemnisé totalement sous la forme d'un relèvement de sa rémunération »⁷⁴³..

Il convient de souligner les différences dégagées en droit français : les sujétions imprévues paraissent limitées par la jurisprudence aux marchés de travaux publics⁷⁴⁴ alors que l'imprévision peut jouer dans tous les contrats administratifs. Les sujétions imprévues sont toujours des difficultés d'ordre matériel ou technique alors que les événements donnant lieu à la théorie de l'imprévision sont des circonstances d'ordre économique qui peuvent quelquefois provenir de phénomènes naturels, mais aussi de bien d'autres causes. En plus, les sujétions imprévues ouvrent droit à

⁷⁴² J. Vidal-Perdomo, « El contrato de obras públicas » [*Le contrat d'ouvrages publics*], Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1979, p. 92.

⁷⁴³ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *op. cit.*, n° 1276 et s.

⁷⁴⁴ En France, le champ d'application le plus courant de la théorie des sujétions imprévues est constitué par les marchés de travaux publics : s'agissant de difficultés matérielles, elles se rapportent normalement à l'exécution de travaux ; s'agissant d'obtenir un supplément de rémunération de la part

indemnité dès lors que les charges dépassent celles qui devaient normalement assumer le cocontractant, alors que la théorie de l'imprévision ne joue qu'en cas de bouleversement de l'économie du contrat⁷⁴⁵.

Finalement et c'est le trait le plus important, les conséquences juridiques des deux théories ne sont pas les mêmes : alors que les sujétions imprévues ouvrent droit à une indemnisation totale, l'imprévision donne lieu à un partage du déficit entre l'administration et son cocontractant : « le principe est que le cocontractant a droit à la compensation de l'intégralité du dommage entraîné par les sujétions, c'est-à-dire qu'il doit être indemnisé dans toute la mesure où l'exécution du marché a été rendue plus onéreuse »⁷⁴⁶.

Si en France les sujétions imprévues sont une notion précise, il nous semble qu'en droit administratif colombien il n'existe même pas une notion, ou au moins, une notion indépendante.

Dans les arrêts du 7 mars 2002 et du 29 mai 2003, le Conseil d'État a énuméré explicitement les événements qui donnent lieu au bouleversement de l'équation financière du contrat administratif, sans faire référence aux sujétions imprévues.

Ultérieurement, dans trois arrêts spécifiques, le Conseil d'État a décidé d'inclure les sujétions imprévues : « l'équation économique financière du contrat peut se voir altérée... par : (...) des facteurs exogènes aux parties au contrat ou la « théorie de l'imprévision » ou les « sujétions techniques imprévues », qui impliquent des circonstances non imputables à l'État et externes au contrat, mais qui l'altèrent »⁷⁴⁷.

Il est surprenant que dans les motifs de ces arrêts, le Conseil d'État omette cependant l'analyse de cette figure.

de l'administration, elles concernent normalement des marchés. Voir : A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *ibidem*, n° 1276.

⁷⁴⁵ Dans le cas où il s'agit d'un marché forfaitaire, la sujétion imprévue n'ouvre droit à indemnité que si elle a provoqué un véritable bouleversement de l'économie du contrat.

⁷⁴⁶ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *op. cit.*, n° 1289.

⁷⁴⁷ Conseil d'État, arrêts du 28 juin 2012, req. 21990 et du 13 février 2013, req. 24996.

Ce n'est que par l'arrêt du 20 novembre 2008 que le juge administratif semble pour la première fois apporter une définition des sujétions imprévues. Dans l'espèce, l'administration n'a pas mis à disposition du cocontractant les études des sols indispensables pour l'exécution des travaux (nous avons vu que ceci est l'événement qui selon la doctrine colombienne définit la sujétion imprévue). Le Conseil d'État s'est référé ici aux sujétions imprévues, mais loin d'envisager une catégorie indépendante comme c'est le cas en droit français, il a vu un cas d'inexécution des obligations contractuelles de l'administration : « une situation qui a une connotation différente [par rapport aux événements imprévisibles extérieurs aux parties] est celle qui arrive lorsque l'administration, la personne publique, omet de réaliser ou de fournir les études de sols ou de terrain où se réalisent les travaux, bien qu'elle ait l'obligation contractuelle de le faire. Cela engage sa responsabilité au titre de faute pour l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat (...) Dans ce cas, le fait imputable à l'administration a son origine dans l'inexécution des obligations contractuelles, ce qui écarte la responsabilité sans faute et objective propre de la théorie des sujétions imprévues (...) Pour cela, l'inexécution des obligations de l'administration est contraire au principe de bonne foi et de l'équivalence des prestations, et entraîne, par conséquent, sa responsabilité contractuelle pour omission »⁷⁴⁸.

Les références imprécises du Conseil d'État ne semblent pas entraîner la création d'une notion des sujétions imprévues différente des autres catégories d'événements qui bouleversent l'équilibre économique du contrat.

À notre avis, l'usage imprécis des vocables vient des citations que la doctrine colombienne a fait des sources étrangères (principalement françaises et argentines), sans préciser qu'il s'agit d'une figure qui n'existe vraiment pas en droit colombien.

Il convient de souligner à cet égard le travail du professeur Lamprea qui précise que la théorie des sujétions imprévues est « typique du droit français qui

⁷⁴⁸ Conseil d'État, arrêt du 20 novembre 2008, req. 17031.

malgré son importance et influence en ce qui concerne l'exécution des contrats d'ouvrage, n'est traité ni par la loi colombienne, ni par la jurisprudence nationale »⁷⁴⁹.

2. L'assimilation des sujétions imprévues à la théorie d'imprévision

Si les sujétions imprévues n'ont pas de notion autonome en droit colombien, se pose la question de savoir comment doivent être traités les cas qui, pour les régimes étrangers, donnent lieu à l'application de cette théorie.

Les rares approches de la doctrine suggèrent une assimilation des sujétions imprévues à la théorie de l'imprévision. L. Rodríguez affirme, par exemple, que « les sujétions matérielles imprévues se réfèrent aux situations extérieures aux parties qui apparaissent au cours de l'exécution du contrat, qui... sont imprévues et qui rendent plus onéreuse la réalisation de celui-ci. Ainsi, ces situations remplissent pleinement les conditions de la notion de la théorie de l'imprévision et, par conséquent partagent leur régime juridique »⁷⁵⁰. Il conclut finalement que « cette figure doit être comprise dans la notion d'imprévision »⁷⁵¹.

Dans le même sens, Escobar-Gil déclare que « la théorie des difficultés matérielles imprévues est une institution *jumelle* de l'imprévision et de la doctrine du risque imprévisible, car elles ont un fondement commun et un régime juridique identique »⁷⁵².

L'assimilation des sujétions imprévues au régime de la théorie de l'imprévision semble indiscutable, car elles partagent les éléments de définition dégagés par la jurisprudence.

⁷⁴⁹ P-A Lamprea, « Contratos del Estado » [*Contrats de l'État*], Temis, Bogotá, 2007, p. 518.

⁷⁵⁰ L. Rodríguez, « La teoría de la imprevisión en los contratos administrativos » [*La théorie de l'imprévision dans les contrat administratifs*], Memorias del Congreso Internacional de Derecho Administrativo Dr. Raymundo Amaro Guzmán, Santo Domingo, República Dominicana, septembre 2012, p. 242.

⁷⁵¹ L. Rodríguez, *Ibidem*, p. 242.

⁷⁵² R. Escobar-Gil, *op. cit.*, p. 578.

Cette solution suscite cependant des doutes, puisque le Conseil d'État s'est toujours référé aux difficultés matérielles imprévues⁷⁵³ comme un exemple d'inexécution du contrat et non pas de la théorie de l'imprévision. C'est le cas des excavations dans de terrains plus durs que ce qu'on avait prévu lors de la conclusion du contrat ; la fondation plus profonde ; les couches d'eau dans le sous-sol, etc., qui sont des exemples typiques de sujétions imprévues en droit étranger.

Quelle que soit la position, les sujétions matérielles imprévues produiront en droit colombien, les effets juridiques propres de la catégorie à laquelle elles sont assimilées : l'indemnisation de la théorie de l'imprévision (et éventuellement la modification des travaux, s'il est accepté que celle-ci peut faire partie du rétablissement de l'équilibre du contrat), ou la reconnaissance de responsabilité qui découle de l'inexécution ou de la mauvaise exécution des obligations contractuelles de l'administration si les difficultés matérielles sont traitées comme telles.

§2. LES ALTÉRATIONS PAR DES FAITS DE L'ADMINISTRATION

À côté des cas où la rupture de l'équilibre financier provient d'un fait extérieur aux parties, il y a ceux où elle procède d'un fait de l'administration.

À propos de ces événements, la jurisprudence administrative colombienne affirme que l'équation financière du contrat peut se voir altérée par : « a) des actes ou des faits de l'entité administrative contractante, par exemple, lorsqu'elle n'observe pas les obligations qui découlent du contrat (...).

b) des actes généraux de l'administration agissant en tant qu'État, dite « théorie du fait du prince », lorsqu'elle exerce ses pouvoirs constitutionnels ou légaux... et par ce biais, altère négativement le contrat »⁷⁵⁴.

⁷⁵³ Conseil d'État, arrêts du 20 novembre 2008, req. 17031 et du 31 août 2011, req. 18080.

⁷⁵⁴ Conseil d'État, arrêts du 31 août 2011, req. 18080 ; du 28 juin 2012, req. 21990 et du 13 février 2013, req. 24996.

Cette disposition parle, d'abord, de l'exercice du pouvoir de modification unilatérale (il parle « des actes » de l'administration) qui, certes, est susceptible de causer un préjudice au cocontractant en rendant plus onéreuse l'exécution du contrat. On a déjà vu que ces charges ne doivent pas être assumés par le cocontractant, c'est pourquoi à côté du pouvoir de modification se trouve l'obligation pour l'administration d'indemniser le cocontractant de l'intégralité de l'accroissement des charges⁷⁵⁵.

En droit colombien, cet effet juridique se trouve dans la loi 80 de 1993 dont l'article 14 indique que pour l'accomplissement de l'objet du contrat, l'administration « stipulera les clauses dérogatoires du droit commun concernant la résiliation, l'interprétation et la modification unilatérales (...). Dans les actes dans lesquels certains de ces pouvoirs exceptionnels sont exercés, il faudra procéder à la reconnaissance et au paiement des compensations et des indemnisations... tout cela dans le but de préserver l'équation ou l'équilibre initial ».

La modification unilatérale est un des cas où la rupture de l'équilibre financier provient du fait de l'administration. Les conditions ont déjà été étudiées. Il n'y a donc pas lieu à y revenir.

À côté de la modification unilatérale, le statut général des contrats administratifs place le fait du prince (**A**) et l'inexécution ou la mauvaise exécution des obligations contractuelles de l'administration (**B**).

A. Le fait du prince

⁷⁵⁵ Ainsi que cela est bien indiqué par les auteurs du Traité des contrats administratifs, « une illustration caractéristique de la démarche du juge administratif est offerte par l'arrêt de Section du 27 octobre 1978, *Ville de Saint-Malo* (p. 401 ; D. 1979.1.366, note D. Joly) : « le dommage éprouvé par la ville de Saint-Malo et imputable à cette décision doit, même en l'absence de toute stipulation expresse du cahier des charges applicable au cas de l'espèce, être réparé par l'État » (v. sur la même affaire, C.E. 10 Juin 1983, *Ville de Saint-Malo*, Req. no. 5722 », A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *op. cit.*, n° 1178 (cite).

Le fait du prince n'a pas une analyse étendue en droit administratif colombien. Le Conseil d'État répète toujours les éléments de la définition (1), ce qui n'a pas empêché les débats sur quelques aspects ponctuels (2).

1. Les éléments de la définition

Le fait du prince « fait référence aux mesures administratives générales qui, bien qu'elles ne modifient pas directement l'objet du contrat... ont une incidence sur celui-ci car l'exécution des prestations sera plus onéreuse pour le cocontractant »⁷⁵⁶.

L'essence de la figure est l'adoption par l'administration d'un acte de caractère général qui a une incidence directe, anormale et grave sur l'équilibre économique du contrat administratif.

Dans ce sens, le Conseil d'État colombien⁷⁵⁷ ne reconnaît le fait du prince que lorsque les conditions suivantes sont réunies :

1. L'adoption d'un acte général et abstrait.
2. L'incidence directe et indirecte de l'acte sur le contrat d'État.
3. Le bouleversement extraordinaire ou anormal de l'équation financière du contrat produit par l'adoption de l'acte.
4. L'imprévisibilité de l'acte général au moment de la conclusion du contrat.

L'imprévisibilité et le caractère extraordinaire et anormal ont déjà été analysés. Pour le Conseil d'État ces conditions ont la même portée dans la théorie de l'imprévision et dans celle du fait du prince⁷⁵⁸.

⁷⁵⁶ Conseil d'État, arrêt du 29 mai 2003, req. 14577.

⁷⁵⁷ Voir p. ex. Conseil d'État, arrêt du 29 mai 2003, req. 14577.

⁷⁵⁸ Le bouleversement de l'équilibre économique du contrat n'intervient que lorsqu'est causée « une vraie modification ou une transformation du contenu du contrat, ou quand la loi ou le règlement

L'acte qui bouleverse l'équilibre économique du contrat doit avoir une nature générale et abstraite. C'est le cas par exemple, de la création d'un nouvel impôt, ou de l'imposition d'un tarif, un taux ou une contribution à caractère général⁷⁵⁹.

Enfin, on parle de l'incidence de l'acte sur le contrat, ce qui signifie que l'acte doit produire un dommage particulier au cocontractant, « dommage qui devra être certain et direct, pouvant consister aussi bien dans une perte que dans une diminution du bénéfice raisonnablement attendu... le dommage doit être le résultat d'une situation qui porte préjudice de manière spéciale au cocontractant, c'est-à-dire qu'il ne s'agit pas des conséquences qui touchent de la même manière à l'ensemble des personnes qui se trouvent dans la même situation générale »⁷⁶⁰.

Le caractère direct du dommage, qui se réfère à la relation de causalité entre l'acte général et le dommage particulier causé au cocontractant, est d'une importance capitale⁷⁶¹.

Cette approche succincte de la jurisprudence administrative colombienne a donné lieu à quelques controverses ponctuelles.

2. Les débats sur des aspects ponctuels

comporte l'altération d'un donné qui peut être considérée comme essentielle et déterminante lors de la passation du contrat et qui, dans ce sens, a été décisive pour le cocontractant. « L'aléa normal », déterminant des dommages « communs » ou « ordinaires », même dans le cas de résolutions ou de dispositions générales, reste à la charge exclusive du cocontractant, qui doit pouvoir assumer les conséquences : ce serait le cas d'une résolution de l'autorité publique qui entraîne l'exécution des prestations dans des conditions plus onéreuses... », M. Marienhoff, « Tratado de derecho administrativo » [*Traité de droit administratif*], t.III, *op. cit.*, p. 482. Cité par : Exposé des motifs de la loi 80 de 1993, GC n° 75, 23 sept. 1992.

⁷⁵⁹ L. Rodríguez, « Derecho Administrativo. General y colombiano » [*Droit Administratif. Général et Colombien*], *op. cit.*, p. 258.

⁷⁶⁰ Conseil d'État, arrêt du 29 mai 2003, req. 14577.

⁷⁶¹ Conseil d'État, arrêt du 18 septembre 2003, req. 15119.

Les débats se réduisent à deux. En premier lieu, se pose la question de savoir la qualité de la collectivité publique qui doit adopter l'acte : doit-il provenir de la personne publique contractante ou est-il possible qu'il soit édicté par n'importe quel organisme public ?

À ce sujet, on peut distinguer deux étapes. Dans la première, la jurisprudence a accepté la théorie du fait du prince non seulement lorsque la personne publique qui a adopté l'acte général est la partie contractante, mais aussi lorsqu'il a été édicté par un organisme de l'État extérieur aux parties.

Par la décision du 27 mars 1992, le Conseil d'État a évoqué le problème juridique suivant : faut-il indemniser le cocontractant pour le bouleversement de l'équilibre économique contractuel lorsque celui-ci est né de l'adoption d'une loi par le Congrès national de la République ?

La question a été répondue de manière affirmative : « il est bien connu que l'équilibre financier d'un contrat administratif peut subir des changements pour un fait imputable à l'État, comme c'est le cas de la théorie doctrinale du fait du prince... qui rappelle un acte général qui peut émaner soit de la même autorité contractante, soit de n'importe quel organisme public. Dire que le fait [du prince] n'a pas réuni les conditions parce que l'impôt n'a pas été créé par l'entité contractante, mais par le Congrès National, c'est oublier que la collectivité contractante ne peut pas créer des impôts et en plus, que le fait du prince, tout spécialement en matière fiscale, doit émaner de quelqu'un qui, au sein de l'État, est compétent pour adopter la mesure concernée »⁷⁶². La notion de *prince* selon cette conception s'étendait à tout organisme public.

⁷⁶² Conseil d'État, arrêt du 27 mars 1992, req. 6353. La position adoptée par le Conseil d'État dans cette décision a été réitérée dans un arrêt ultérieur où il a dit que : « le cas en question est analysé par le Conseil d'État sous la notion des actes de l'administration en tant qu'État, référés fondamentalement au dénommé « Fait du Prince » compris comme l'expression du pouvoir normatif, constitutionnel et légal qui permet l'adoption des lois ou des actes administratifs de caractère général, lesquelles peuvent provenir de la même autorité contractante ou de n'importe quel organisme de l'État », Conseil d'État, arrêt du 7 mars 2002, req. 21588.

Ultérieurement, le Conseil d'État n'a permis l'application de la théorie du fait du prince que lorsque l'acte qui produit le déséquilibre financier du contrat, est adopté par la personne publique contractante. Dans les autres cas, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit d'une collectivité publique différente, la jurisprudence colombienne a conclu l'application la théorie de l'imprévision.

La décision du Conseil d'État qui a marqué le début de cette étape, a été rendue le 29 mai 2003. Le juge administratif devait préciser si le paiement de l'*impôt de guerre* (créé par la loi 104 de 1993) correspondait au cocontractant lorsqu'une modification du contrat était convenue (la loi a prévu l'obligation du paiement des entreprises de cet impôt lors de la passation des contrats de travaux publics, mais elle a gardé le silence para rapport à la modification). Cette contribution a donné lieu à un grand nombre de décisions du juge administratif, qui a résolu le problème dans les termes suivants : « le Conseil considère que la théorie du fait du prince n'est applicable que lorsque la décision générale... provient de l'entité contractante. Si celle-ci provient d'une autre autorité, elle sera considérée comme un événement extérieur aux parties qui s'inscrit dans la théorie de l'imprévision. Dans le cas de l'impôt de guerre, il s'agit d'une taxe créée par une loi adoptée par le Congrès de la République qui n'est pas l'entité publique contractante. Le dommage n'est pas imputable à une des parties du lien contractuel et, par conséquent, il ne peut pas être analysé sous la théorie du fait du prince »⁷⁶³.

Cette solution a été réitérée par les décisions ultérieures du Conseil d'État⁷⁶⁴. Elle coïncide d'ailleurs avec la solution du droit français⁷⁶⁵ qui conclut que lorsque la

⁷⁶³ Conseil d'État, arrêt du 29 mai 2003, req. 14577. Sur le sujet concret des impôts, on peut citer la solution identique donnée par le Conseil d'État français, qui affirme que la création ou l'augmentation d'impôts généraux ne pouvaient être invoquées par le cocontractant à l'appui d'une demande d'indemnisation que lorsque le bouleversement du contrat est présent. Voir : CE, 26 janvier 1940, *S.A. Motobloc*, p. 35 ; 5 avril 1944, *Jourdan*, p. 402 ; 22 février 1946, *Établissement Bizouard*, p. 432 ; 9 mai 1947, *Établissement Paul Lapra*, p. 183 et 17 juillet 1950, *Chouard*, p. 444, parmi d'autres.

⁷⁶⁴ Voir p. ex. Conseil d'État, arrêts du 18 septembre 2003, req. 15119 ; du 30 octobre 2003, req. 17213 ; du 11 décembre 2003, req. 16433 et du 2 septembre 2004, req. 14578.

⁷⁶⁵ Selon les auteurs du Traité des contrats administratifs, « pour que joue la théorie du fait du prince il ne suffit pas que le fait dommageable émane d'une autorité publique; il faut encore qu'il émane de l'autorité même qui a conclu le contrat. Cette idée extrêmement importante (...) n'a pas toujours été admise par la jurisprudence (...) Mais aujourd'hui la question ne laisse plus de doute : il ne peut y

décision émane d'une autorité publique extérieure au contrat, plusieurs droits sont nés :

1. Vis-à-vis de l'administration contractante, le cocontractant pourra invoquer la théorie de l'imprévision, si les conditions propres à cette théorie se trouvent réunies⁷⁶⁶.

2. Vis-à-vis de l'autorité de qui émane l'intervention dommageable, le cocontractant ne pourra réclamer que dans le cadre de la théorie générale de la responsabilité de la puissance publique ; s'il s'agit d'une loi, aux conditions très spéciales qu'exige la responsabilité de l'État législateur, et, s'il s'agit d'une mesure administrative, aux conditions propres à la responsabilité administrative, laquelle suppose normalement une faute commise dans le fonctionnement du service public⁷⁶⁷.

Est-il vraiment imprévisible que la collectivité contractante puisse édicter un acte général entraînant le bouleversement de l'équilibre économique du contrat ? Cette question n'a jamais été abordée en droit colombien.

En deuxième lieu, se pose la question de savoir si l'administration peut obliger le cocontractant à renoncer à la demande ultérieure de réparation des dommages dérivés de l'application de normes ou de décisions administratives générales, comme c'est le cas des impôts.

En droit colombien, les conventions qui imposent à une des parties l'obligation d'assumer certains des risques pendant l'exécution du contrat sont souvent conclues.

avoir fait du prince que pour les mesures prises par l'administration contractante ; le Conseil d'État a nettement précisé, dans ce sens, sa doctrine sur ce point, notamment dans les arrêts du 4 mars 1949, Ville de Toulon, p. 197, du 20 octobre 1971, Cie du chemin de fer de Bayonne à Biarritz, p. 624, du 5 novembre 1982, *Sté Propétrol*, p. 381 ; A.J.D.A. 1983-259, concl. Labetoulle, D.1983.245, note J.P. Dubois ; J.C.P. 1984.11.20168, note M. Paillet, en affirmant que "la théorie du fait du prince ne couvre que les conséquences des mesures prises par la personne publique cocontractante" », A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *op. cit.*, n° 1300.

⁷⁶⁶ Voir p. ex. CE, 15 juillet 1949, *Ville d'Elbeuf*, p. 358 ; 18 avril 1959, *Société industrielle de travaux d'assainissement et d'urbanisme et ville de Nice*, p. 216 ; 20 octobre 1971, *Compagnie du chemin de fer de Bayonne à Biarritz*, p. 624 et 5 novembre 1982, *Société Propétrol*, p. 381.

C'est pourquoi, à maintes reprises, l'administration a *convenu* que le risque de la création des impôts serait assumé intégralement par le cocontractant. Cette convention est-elle valide ?

Le Conseil d'État répond de manière négative. Cette convention exclut de façon consensuelle l'application de la théorie du fait du prince, qui est d'ordre public et donc, non susceptible de renonciation. L'arrêt du 27 novembre 1992⁷⁶⁸, s'est prononcé sur la clause suivante contenue dans un contrat administratif : « le cocontractant est tenu de payer tous les impôts et les droits du contrat, sans qu'il puisse exiger des Entreprises Publiques de Medellín [personne publique contractante] une compensation différente du paiement des prix convenus ». À ce sujet, le Conseil d'État a considéré qu'il est inacceptable « qu'un cocontractant, lors de l'élaboration de l'offre, soit chargé des coûts et des charges éventuelles qui puissent être concrétés par la volonté future du législateur. Ceci équivaut à renoncer, de manière général, à l'indemnisation des dommages provenant du fait du prince. Cette renonciation est nulle ».

Nous devons rappeler cependant, que cette décision a été rendue lors de la première étape jurisprudentielle qui acceptait le fait du prince face à la décision d'une collectivité différente de la partie contractante.

Il nous semble qu'aujourd'hui la solution est bien différente, même si le juge administratif n'ait pas accepté explicitement cette position.

À côté de cette catégorie de faits provenant de l'administration, la jurisprudence colombienne a placé les cas d'inexécution et de mauvaise exécution des obligations contractuelles de la collectivité publique.

⁷⁶⁷ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *op. cit.*, n° 1300.

⁷⁶⁸ Celle-ci est l'une des rares décisions où l'État a été condamné à indemniser le cocontractant pour le bouleversement de l'équilibre contractuel dérivé de l'application de la théorie du fait du prince.

B. L'inexécution des obligations contractuelles de l'administration

L'inexécution des obligations contractuelles de l'administration est prévue par l'article 5 de la loi 80 de 1993, cité à maintes reprises au cours de cette recherche. Si l'équation financière du contrat est bouleversée par des faits imprévus, l'administration a l'obligation de rétablir cet équilibre. L'alinéa 2 de la norme indique que « si l'équilibre se rompt par l'inexécution de l'entité publique, celle-ci devra rétablir l'équation née lors de la conclusion du contrat ».

À propos de la nature de l'inexécution de l'administration, le Conseil d'État a affirmé qu'il n'est pas, au sens strict, une cause de rupture de l'équivalence du contrat, mais plutôt « une violation fautive de la *lex contractus* »⁷⁶⁹. L'inexécution à laquelle s'ajoute l'élément d'imputation, définit en droit colombien la responsabilité contractuelle de la personne publique qui donne lieu à l'indemnisation des dommages causés au cocontractant⁷⁷⁰.

Malgré ces considérations, il est vrai que le statut général des contrats administratifs a prévu l'inexécution comme un événement entraînant le déséquilibre financier du contrat. On peut affirmer également que les effets juridiques de la responsabilité contractuelle et du bouleversement de l'équation financière sont bien les mêmes (le versement d'une indemnisation au cocontractant), c'est pourquoi le débat sur la nature de cet événement perd un peu de sens.

L'inexécution des obligations de l'administration englobe un nombre presque illimité d'événements. Les faits de ne pas payer l'avance ou le montant du prix du contrat, ou de ne pas mettre à disposition du cocontractant les terrains sur lesquels doit être construit l'ouvrage ainsi que les études et les spécifications techniques du projet peuvent certainement modifier l'équation financière du contrat. Ces événements empêchent ou rendent difficile l'exécution des prestations du cocontractant, en plus de générer éventuellement des dépenses supplémentaires, surcoûts et charges extracontractuelles.

⁷⁶⁹ Conseil d'État, arrêt du 31 août 2011, req. 18080.

⁷⁷⁰ Conseil d'État, arrêt du 14 avril 2005, req. 28616.

Pourtant, il convient d'analyser trois cas qui, en plus de susciter la plupart des litiges en droit colombien, présentent des particularités qui vont au-delà de la théorie générale de responsabilité contractuelle qui s'applique aux événements d'inexécution. D'abord, on va se référer à l'omission ou au retard de l'administration en ce qui concerne la mise en disposition du cocontractant de l'information technique du projet (1). Ensuite, on va analyser l'absence ou le retard dans le versement du prix (2). Finalement, il conviendra de rappeler les cas qui donnent lieu à la « prolongation du temps d'exécution des travaux » (3).

1. La mise à disposition de l'information technique de l'ouvrage

On a déjà traité ces événements. Tel que nous les avons vus, ces cas ne sont pas vus depuis la théorie de l'imprévision (ni les sujétions imprévues), mais depuis l'inexécution du contrat qui ouvre la porte au régime de responsabilité administrative pour faute : « l'inexécution de cette obligation par l'Administration porte atteinte au principe de bonne foi et de l'équivalence des prestations, ce qui entraîne la responsabilité contractuelle pour omission de la personne publique »⁷⁷¹.

Dans ces cas, la jurisprudence administrative a repris les termes de l'article 90 de la Constitution de 1991⁷⁷² pour définir la responsabilité contractuelle de l'État⁷⁷³ qui donne lieu au versement d'une compensation. Il est indispensable de démontrer d'abord l'existence d'un dommage et ensuite l'imputation de celui-ci à la personne publique contractante⁷⁷⁴.

⁷⁷¹ Conseil d'État, arrêt du 20 novembre 2008, req. 17031, réitéré par l'arrêt du 31 août 2011, req. 18080.

⁷⁷² Selon l'article 90 de la Constitution de 1991, « l'État sera responsable patrimoniallement pour les dommages anti-juridiques qui lui sont imputables, causés par l'action ou pour omission des autorités publiques ».

⁷⁷³ Selon le Conseil d'État colombien, « par celle-ci [la responsabilité contractuelle], on entend l'obligation à la charge des entités publiques de réparer les dommages anti-juridiques qui entraînent des risques aux cocontractants découlant de l'inexécution de leurs obligations contractuelles », Conseil d'État, arrêt du 25 février 2009, req. 16103.

⁷⁷⁴ Conseil d'État, arrêt du 11 août 2010, req. 18499. Sur la portée de l'article 90 de la Constitution, la Cour Constitutionnelle s'est prononcée dans les termes suivants : « la norme prévoit simplement deux conditions pour que la responsabilité soit applicable : qu'il y ait un dommage anti-juridique et que

Dans l'arrêt du 22 juillet 2009 le Conseil d'État a indiqué que la responsabilité contractuelle requiert les éléments suivants :

1. L'inexécution d'une obligation contractuelle, soit parce qu'elle n'a pas été réalisée, soit qu'elle l'a été, mais partiellement ou de manière défectueuse ou tardive (il convient de parler d'une mauvaise exécution).
2. Un dommage ou un préjudice au patrimoine du cocontractant.
3. Un lien de causalité entre le dommage et l'inexécution⁷⁷⁵.

Il convient de préciser que ces conditions ne sont pas limitées aux cas de la mise à disposition de l'information technique du projet, mais elles sont toujours exigées lorsque le cocontractant poursuit une indemnisation dérivée de la responsabilité subjective de l'administration.

La particularité de ce type d'inexécution vient du fait qu'elle peut également donner lieu à la modification de la portée des travaux prévus lors de la conclusion du contrat.

C'est le cas par exemple, d'un contrat qui ne prévoit pas de travaux sur les systèmes municipaux de distribution de l'eau car les plans des réseaux fournis par l'administration ne mentionnent pas leur existence. Si lors de l'exécution du contrat le cocontractant découvre qu'il y a un système d'aqueduc, la mauvaise exécution de l'administration découlant de la fourniture d'une information erronée ne se répare pas simplement en payant une indemnisation à l'entrepreneur. La portée des ouvrages

celui-ci soit imputable à une action ou à une omission d'une autorité publique. Mais l'article 90 ne restreint pas cette responsabilité patrimoniale aux cas des litiges extracontractuels ; il prévoit un régime général... pour cette corporation, le premier alinéa de l'article 90 prévoit une clause générale de responsabilité patrimoniale de l'État qui comprend non seulement la responsabilité extracontractuelle, mais aussi la responsabilité contractuelle... » Cour Constitutionnelle, arrêt C-333 du 1 août 1996.

⁷⁷⁵ Conseil d'État, arrêt du 22 juillet 2009, req. 17552.

doit se modifier. De là découlent des travaux supplémentaires sur les systèmes de distribution de l'eau qui n'étaient pas prévus dans l'accord initial. Il peut arriver aussi que le tracé original de la voie doive être modifié et, dans ce cas, les parties devront convenir la manière et les conditions dans lesquelles les travaux supplémentaires vont s'exécuter.

Dans ces événements, les conséquences de l'inexécution ou de la mauvaise exécution des obligations de l'administration vont au-delà de l'obligation de réparation des effets économiques, bien que cela doive être déterminé pour chaque cas concret.

2. L'exécution tardive des obligations de paiement

La question se pose de déterminer quelle est la conséquence juridique de l'omission ou du retard de l'administration en ce qui concerne le versement du prix au cocontractant.

La réponse est donnée par l'alinéa 8 de l'article 4 de la loi 80 de 1993, qui prévoit l'obligation pour les parties d'adopter les mesures nécessaires afin de préserver, pendant l'exécution du contrat, les conditions techniques, économiques et financières existantes lors de la conclusion ; « pour cela, les mécanismes d'ajustement et de révision des prix seront utilisés et les procédures de révision et de correction de ces mécanismes seront appliqués, si les conditions prévues [par les parties]... échouent. Dans le cas où les intérêts moratoires ne sont pas convenus, on appliquera le taux équivalent au double de l'intérêt légal civil sur la valeur historique actualisée ».

La jurisprudence colombienne souligne que si la personne publique verse tardivement le prix convenu, elle a l'obligation de réparer les dommages causés à travers le versement d'une indemnisation intégrale qui comprend le paiement du capital actualisé de la dette ainsi que celui des intérêts moratoires au taux convenus

par les parties ou, s'il n'y pas de convention, au taux déterminé par la loi. Les intérêts moratoires n'ont pas besoin de preuve, car ils sont présumés⁷⁷⁶.

Les intérêts moratoires excluent-ils le paiement d'autres compensations dérivées du même retard ? Le Conseil d'État a répondu de manière négative. Le retard peut donner lieu non seulement au paiement des intérêts moratoires, mais aussi au versement d'une indemnisation lorsque d'autres dommages sont causés et démontrés⁷⁷⁷.

D'autres arrêts ont été rendus dans le même sens: « on pourra déduire que la reconnaissance des intérêts moratoires exclut la reconnaissance d'autres dommages, ce qui n'est pas le cas, car il n'est pas rare que les dommages causés par l'administration au cocontractant puissent avoir un montant supérieur à celui qui résulte de la reconnaissance des intérêts moratoires et de l'actualisation du capital. En conséquence, le cocontractant a le droit à la reconnaissance de compensations supplémentaires au paiement d'intérêts moratoires lorsque la réparation totale n'est pas obtenue »⁷⁷⁸. Ce critère est clair pour la jurisprudence depuis l'entrée en vigueur de la loi 80 de 1993⁷⁷⁹.

Sur la base de la solution dégagée par la Cour Suprême de justice, le juge administratif a souligné que les intérêts moratoires sont protégés par une présomption, qui n'est évidemment pas extensible aux autres dommages

⁷⁷⁶ Conseil d'État, arrêt du 14 avril 2010, req. 17214.

⁷⁷⁷ Conseil d'État, arrêt du 14 avril 2010, req. 17214.

⁷⁷⁸ Conseil d'État, arrêts du 21 février 2002, req. 14112 et du 24 février 2005, req. 21120. Sur ce sujet, la Cour Constitutionnelle a précisé que l'obligation de l'État de payer des intérêts moratoires est la conséquence d'abord du caractère synallagmatique du contrat et ensuite, de la nature objective de la responsabilité contractuelle de l'État. Voir : Cour Constitutionnelle, arrêt C-965 du 21 octobre 2003.

⁷⁷⁹ Depuis le 28 octobre 1994, le Conseil d'État a indiqué que si le prix du contrat est versé tardivement, le cocontractant aura le droit au paiement des intérêts constituant la rentabilité estimée par la loi et à l'actualisation du montant, ce qui répond au principe de paiement intégral de l'obligation. Mais, si le cocontractant prétend obtenir des compensations pour des concepts distincts (comme celui de la prolongation du temps d'exécution des travaux), ces dommages devront être prouvés ; « ils sont effectivement de sorte contractuelle car ils découlent de l'exécution du contrat, mais ne sont pas des prestations convenues lors de la passation ; leur apparition et leur montant n'y ont pas été prévus, c'est pourquoi, il correspond à l'acteur de les démontrer lorsqu'il prétend être indemnisé par ces concepts », Conseil d'État, arrêt du 28 octobre 1994, req. 8092.

économiques : « le créancier [le cocontractant]... quelle que soit l'espèce de l'obligation : civile ou commerciale, a le droit de demander non seulement la reconnaissance des dommages quantifiés préalablement *-lato sensu-* par le législateur, mais également celle de tout autre dommage causé par le retard du débiteur [l'administration]. Dans ce dernier cas, l'événement n'est pas couvert par la présomption prévue par la loi... motif pour lequel le dommage doit être prouvé de façon irréfutable »⁷⁸⁰.

3. L'inexécution administrative et la « prolongation du temps d'exécution des travaux »

Bien que la jurisprudence colombienne n'ait pas défini l'expression de « prolongation du temps d'exécution des travaux », elle peut être expliquée de manière simple comme l'allongement de la durée qui produit une augmentation du prix du contrat.

En tenant compte qu'il s'agit simplement d'une prorogation qui ne modifie aucune obligation du cocontractant, il est clair que l'augmentation de la valeur à verser ne peut porter que sur les coûts indirects du contrat (c'est-à-dire ceux qui ne sont pas liés directement à l'exécution des travaux ; c'est le cas, par exemple, des coûts administratifs) et sur quelques coûts directs (par exemple la location des machines et le paiement de salaires). Dans ce cas, la valeur de l'ouvrage n'est pas modifiée, même si quelques coûts sont reconnus pour l'exécution des travaux au-delà de la durée prévue au début.

La prolongation d'un contrat administratif peut avoir de causes différentes.

Il peut s'agir d'abord d'un fait imprévisible étranger aux parties. Elle peut être causée également par la négligence d'une des parties, voire de toutes les deux. Il convient d'exclure de cette analyse les motifs liés à la gestion, à la continuité ou à

⁷⁸⁰ Cour Suprême de justice, arrêt du 19 novembre 2001 req. 6094, cité par l'arrêt du Conseil d'État du 14 avril 2010, req. 17214.

l'adaptation du service public, car ces événements donnent lieu à la modification de l'ensemble des prestations et non simplement à une prolongation du délai.

Dans le premier cas, le fait externe est analysé à partir de la théorie de l'imprévision. L'indemnisation versée au cocontractant peut ainsi être accompagné d'une prolongation de la durée du contrat visant à assurer l'exécution bouleversée par la présence du fait imprévisible. Cette compensation doit rétablir l'équilibre économique du contrat, ce qui signifie que s'il existe des dommages pour surcoûts indirects produits par la prolongation de la durée, l'administration devra les inclure dans le montant de l'indemnisation pour imprévision.

La notion de « prolongation du temps d'exécution des travaux », reprise souvent par les sources du droit colombien, ne se réfère cependant pas aux cas des faits imprévisibles.

Il nous semble qu'elle est réservée aux événements de prorogation qui découlent de l'inexécution ou de la mauvaise exécution des obligations contractuelles de l'administration.

Toutefois, il est fréquent en droit colombien que les cocontractants demandent, en plus de l'indemnisation pour imprévision, une compensation supplémentaire pour la prolongation du temps d'exécution, ce qui entraîne un double paiement du dommage produit par l'événement imprévisible extérieur aux parties. Il est possible que l'administration ne réalise pas une estimation adéquate de l'indemnisation pour imprévision, ce qui peut être corrigé par la demande des coûts supplémentaires. Cependant, l'ensemble des litiges élevés à cet égard révèle le souhait des cocontractants de se voir compensé doublement.

En ce qui concerne la prolongation pour l'inexécution de l'administration, trois observations s'imposent.

D'abord, la jurisprudence administrative admet tous les cas d'inexécution : le retard de la personne publique dans la démarche d'approbation des documents

présentés par le cocontractant⁷⁸¹; le retard de la collectivité publique dans l'obtention des autorisations pour intervenir dans des zones naturelles protégées⁷⁸² et le retard dans la mise à disposition du cocontractant des terrains où se réalisent les travaux, aussi bien que de l'information technique du projet⁷⁸³. Conformément à ce qu'on a déjà vu, on peut conclure que ces événements d'inexécution donnent lieu au paiement d'une indemnisation totale si des dommages supplémentaires sont vérifiés, ou simplement d'une compensation équivalente aux coûts de la prolongation du temps d'exécution si aucun autre dommage n'est démontré.

Deuxièmement, il faut rappeler que l'application de cette théorie n'est acceptée que pour les coûts détachés de l'exécution directe de l'ouvrage.

Par l'arrêt du 3 août 2011, le Conseil d'État affirme que « l'inexécution des obligations par l'entité publique contractante qui donne lieu à la prolongation du temps de l'exécution des travaux, peut bouleverser l'économie du contrat dans la mesure où elle rend plus onéreuse la réalisation de l'ouvrage... dans ce cas la prolongation de la durée augmente les valeurs de la structure des coûts (administratifs, du personnel, des machines, etc.) »⁷⁸⁴.

Les trois exemples indiqués par cet arrêt font référence aux événements les plus courants qui fondent les demandes de compensation pour la prolongation du temps d'exécution des travaux : les coûts pour maintenir les machines et le personnel sur le terrain⁷⁸⁵, tout comme les coûts administratifs assumés par l'entrepreneur (par exemple la location des bureaux, les salaires du personnel administratif, etc.)⁷⁸⁶. Nous proposons la notion des *coûts de fonctionnement* de l'entreprise, pour mieux comprendre la nature des coûts assumés par l'administration sur la base de ce type d'inexécution.

⁷⁸¹ Conseil d'État, arrêt du 29 avril 1999, req. 14855.

⁷⁸² Conseil d'État, arrêt du 29 avril 1999, req. 14855.

⁷⁸³ Conseil d'État, arrêt du 5 mars 2008, req. 15600.

⁷⁸⁴ Conseil d'État, arrêt du 31 août 2011, req. 18080.

⁷⁸⁵ Conseil d'État, arrêt du 5 mars 2008, req. 15600.

⁷⁸⁶ Conseil d'État, arrêt du 29 août 2007, req. 14854.

La troisième précision est liée à la définition du dommage qui donne lieu à l'indemnisation par l'administration. La compensation découlant de la prolongation du temps d'exécution des travaux n'exige aucun bouleversement de l'équation économique du contrat, ni l'apparition d'un préjudice anormal ou extraordinaire pour le cocontractant⁷⁸⁷. La seule preuve d'avoir assumé des coûts indirects (insignifiants ou pas) pendant la période supplémentaire, oblige au paiement d'une compensation administrative. C'est pour cela que le juge détermine le montant de la compensation sur la base de « ce qu'a dépensé le cocontractant » durant le temps de la prolongation⁷⁸⁸.

En tout état de cause, les coûts de la prolongation du temps d'exécution doivent être prouvés par le cocontractant afin d'obtenir la compensation. Ils ne sont pas matière d'une présomption. La compensation ne peut porter que sur les dépenses effectivement assumées par l'entrepreneur. En droit colombien, les litiges portant sur la reconnaissance d'une indemnisation pour ces motifs ne sont élevés que sur la base de l'existence d'une prolongation, sans démontrer que le cocontractant a effectivement assumé des coûts précis pendant cette période⁷⁸⁹. Si le juge souligne l'importance de cette preuve, l'administration se montre malheureusement moins exigeante en reconnaissant souvent la compensation au cocontractant sans aucune démonstration du préjudice.

Les faits qui ont donné lieu à la décision du Conseil d'État du 5 mars 2008 sont fréquemment cités à ce sujet : la collectivité publique a retardé la mise à disposition du cocontractant d'une partie des terrains où les travaux de construction d'une voie auraient lieu ; cela a obligé les parties à prolonger le terme d'exécution du contrat. Le juge administratif a affirmé qu'il existait des conditions pour reconnaître

⁷⁸⁷ Ces conditions n'ont aucun sens, car la prolongation découle de l'inexécution des obligations de la personne publique contractante.

⁷⁸⁸ Conseil d'État, arrêts du 29 avril 1999, req. 14855 et du 31 août 2011, req. 18080.

⁷⁸⁹ La jurisprudence est claire sur ce point : « si le cocontractant prétend obtenir des compensations pour des raisons comme celle de la prolongation de la durée d'exécution des travaux (machines, personnel, coûts administratifs, etc.)... ces dommages devront être accrédités. Ils sont effectivement de sorte contractuelle car ils découlent de l'exécution du contrat, mais ne sont pas des prestations convenues lors de la passation ; leur apparition et leur montant n'y ont pas été prévus, c'est pourquoi, il correspond au requérant de les démontrer lorsqu'il prétend être indemnisé par ces concepts », Conseil d'État, arrêt du 28 octobre 1994, req. 8096, réitéré par l'arrêt du 29 janvier 2004, req. 10779.

une compensation pour l'usage allongé des machines, cependant au moment de déterminer la montant précis de l'indemnisation, le juge a trouvé que les *coûts supplémentaires* n'avaient pas été prouvés ; le cocontractant s'est limité à prendre les coûts de l'offre (prévus pour la durée initiale de 4 mois et demi) et à effectuer un calcul proportionnel au temps total d'exécution des travaux (10 mois et demi). En définitive, il n'a apporté aucune preuve de dépenses effectives dérivées de la prolongation du temps. En ce qui concerne les machines et les matériels, il a estimé qu'il n'existait aucune preuve montrant qu'ils faisaient partie de l'ouvrage : il était « assez probable que les machines et les matériels... puissent être utilisés dans d'autres ouvrages ou qu'ils ne fassent partie du contrat »⁷⁹⁰.

Pour le Conseil d'État, les dépenses doivent être prouvées « à partir de divers moyens probatoires (témoignages, inspections, etc.)... pour établir s'il y a eu des paiements ou des dépenses en matière de machines et de matériels, contrats de location... le cocontractant est toujours tenu de prouver les versements effectués pour ces motifs »⁷⁹¹. Comme il n'y a eu aucune preuve dans ce sens, le juge administratif a rejeté la demande d'indemnisation du cocontractant.

Si les conditions indiquées sont remplies, l'administration est obligée de compenser les coûts supplémentaires dérivés de la prolongation du temps d'exécution des travaux produite par l'inexécution de ses obligations : « face à l'inexécution des obligations de la collectivité contractante qui entraîne l'élargissement de la durée de l'exécution du contrat au-delà de celle initialement convenue, l'administration a l'obligation juridique de réparer le dommage causé au cocontractant »⁷⁹².

Une fois les événements qui entraînent le bouleversement de l'économie du contrat ont été analysés, il faudra déterminer dans quelle mesure ils peuvent conduire à la modification du contrat conclu par les parties.

⁷⁹⁰ Conseil d'État, arrêt du 5 mars 2008, req. 15600.

⁷⁹¹ Conseil d'État, arrêt du 5 mars 2008, req. 15600.

⁷⁹² Conseil d'État, arrêt du 31 août 2011, req. 18080.

SECTION 2 : LE BOULEVERSEMENT DE L'ÉQUILIBRE ÉCONOMIQUE ET LA MODIFICATION DU CONTRAT

Afin d'aborder l'étude de ce sujet, il convient de reprendre la question posée au début de ce chapitre : l'apparition de faits imprévisibles bouleversant l'équivalence entre les droits et les obligations des parties, conduit-elle à la modification du contrat ?

L'article 27 de la loi 80 de 1993 affirme que si l'équilibre entre les droits et les obligations convenues au moment de la passation du contrat est bouleversé, les parties devront rétablir cette équivalence en concluant les accords nécessaires. Ces accords sont-ils des modifications au contrat ?

Bien qu'une réponse affirmative semble facile, voire évidente, à notre avis la solution soulève des doutes importants dans certains cas.

L'étude du bouleversement de l'équilibre financier produit par l'apparition des faits imprévisibles lors de l'exécution du contrat, nous a révélé qu'il existe divers types d'événements, qui produisent différents effets juridiques.

Tout d'abord, on trouve les faits irrésistibles qui empêchent la réalisation des travaux de manière définitive. Ils sont traités sous la théorie de la force majeure et le juge administratif colombien en a conclu qu'ils produisent la résiliation du contrat sans donner lieu en aucun cas, au paiement d'une indemnisation au cocontractant⁷⁹³.

Il est clair que dans ce cas, la modification du contrat n'est pas possible car le bouleversement est définitif. Néanmoins, on a fait référence à l'irrésistibilité partielle. Cela a été le cas du contrat passé par la mairie de Bogota pour la

⁷⁹³ Voir p. ex. Conseil d'État, arrêt du 10 novembre 2005, req. 14392 parmi d'autres.

construction d'une allée au centre-ville qui s'est heurtée à un pont de l'époque coloniale : l'exécution des travaux a continué dans les secteurs éloignés du trésor colonial même si les parties ont décidé de convenir l'exclusion des travaux dans les terrains voisins du pont. L'exclusion ainsi que les changements liés au prix, ont donné lieu à la conclusion d'une modification conventionnelle du contrat.

On peut affirmer que dans ce cas il n'y avait pas réellement d'irrésistibilité parce qu'elle n'était que partielle. De cette manière, il ne s'agissait pas d'une force majeure mais plutôt d'une théorie de l'imprévision, ou même d'une mauvaise exécution des obligations de l'administration pour avoir fourni des études de sols déficients. La qualification de l'événement peut avoir des conséquences face au montant de l'indemnisation du cocontractant, mais il est indéniable que la variation de la portée des travaux est du domaine de la modification du contrat.

Deuxièmement, on trouve les faits traités sous la théorie de l'imprévision qui, nous l'avons vu, donne lieu au versement d'une indemnisation au cocontractant⁷⁹⁴. Si la compensation est l'effet juridique habituel, on a vu que dans certains cas le fait imprévisible produit non seulement des effets économiques, mais aussi modificatifs. C'est le cas du litige élevé en raison des pluies catastrophiques qui ont amené les parties à convenir la construction d'un barrage afin de pouvoir continuer les travaux sur la voie.

Il est clair que dans certains cas le fait imprévisible peut conduire les parties à modifier la portée des travaux et par conséquent le prix du contrat. Évidemment l'instrument qui permet de matérialiser la volonté des parties à cet égard, est la modification du contrat.

Finalement on s'est référé aux cas d'inexécution ou de mauvaise exécution des obligations contractuelles de l'administration. On a vu que la nature déficiente de l'information technique fournie au cocontractant, notamment lorsqu'il s'agit des études de terrains ou de sous-sols, ou de réseaux souterrains de services publics, donne lieu au versement d'une indemnisation à l'entrepreneur, mais aussi peut

⁷⁹⁴ Conseil d'État, arrêt du 29 avril 1999, req. 14855, réitéré par l'arrêt du 29 août 2007, req. 14854.

entraîner dans certains cas un changement de la portée des travaux. Là se pose de nouveau la modification contractuelle comme l'unique mécanisme valable pour pouvoir intégrer ces changements au sein du contrat.

Si la théorie de l'imprévision, le fait du prince ou l'inexécution des obligations de l'administration ne donnent pas lieu à une modification des travaux, l'événement ne peut produire que des effets économiques : l'administration doit payer une indemnisation au cocontractant pour compenser les dommages qu'entraîne l'exécution des prestations originelles dans des conditions plus onéreuses.

En droit colombien, le versement de l'indemnisation au cocontractant modifie-t-il le contrat ? Modifie-t-il le prix du contrat ?

Bien que cette question n'ait jamais été abordée par le juge administratif, ni par la doctrine colombienne, il nous semble qu'une réponse négative s'impose.

L'indemnisation, loin de modifier le prix du contrat, est une aide pour faire face aux charges extracontractuelles assumés par le cocontractant (§1). En outre, la compensation n'est reconnue que pour des raisons d'équité, qui s'éloignent des motifs de continuité et d'adaptation du service public qui donnent lieu à la modification du contrat (§2).

§1. L'INDEMNISATION EN TANT QU'UNE AIDE ECONOMIQUE

Pour la jurisprudence administrative colombienne, les faits imprévisibles qui bouleversent de manière anormal et grave l'équation financière du contrat, sans rendre impossible sa réalisation, obligent l'administration à « venir en aide du cocontractant »⁷⁹⁵.

Par l'arrêt du 28 juin 2012, le Conseil d'État s'est référé aux événements qui donnent lieu au bouleversement de l'équilibre économique du contrat (analysés dans

⁷⁹⁵ Conseil d'État, arrêt du 18 septembre 2003, req. 15119.

la section précédente), en concluant que « dans tous les cas, l'administration contractante a l'obligation d'assister le cocontractant partenaire par le biais d'une compensation »⁷⁹⁶.

Le Conseil d'État⁷⁹⁷ fait allusion, sans distinction, aux termes d'indemnisation, de réparation et de compensation, bien que le plus précis soit à notre avis celui de réparation qui indique l'action « d'indemniser, de réparer, de compenser un dommage, préjudice ou grief »⁷⁹⁸. En droit colombien, en vertu de l'obligation de rétablissement prévue par la loi 80 de 1993, l'administration indemnise le cocontractant pour pallier les effets nuisibles de l'événement imprévisible sur l'équivalence entre les droits et les obligations convenue lors de la passation du contrat.

Cela n'entraîne pas la modification des prestations. La masse de travaux que doit exécuter le cocontractant ne change pas et le prix convenu en tant que rétribution du cocontractant pour la réalisation de l'ouvrage reste le même. La valeur convenue ultérieurement à titre de réparation n'est destinée qu'à couvrir les charges extracontractuelles qui découlent de l'apparition du fait imprévisible.

La nature réparatrice explique que l'indemnisation ait un caractère variable en fonction du type d'événement qui modifie l'équation économie du contrat (**A**). Elle entraîne en plus, la condition de n'accorder la compensation que lorsque les risques prévus lors de la passation du contrat, sont dépassés de manière anormale (**B**).

Si la compensation faisait partie du prix, elle ne pourrait être variable, ni soumise à une condition d'anormalité, car le statut général des contrats administratifs protège la nature nominale de la rémunération.

⁷⁹⁶ Conseil d'État, arrêt du 28 juin 2012, req. 21990.

⁷⁹⁷ Conseil d'État, arrêts du 16 février 2001, req. 12660 ; du 9 septembre 2002, req. 12726 ; du 28 juin 2006, req. 19482 ; 1 mars 2006, req. 14576 et du 21 mai 2008, req. 15963, parmi d'autres.

⁷⁹⁸ Diccionario de la Real Academia Española (Dictionnaire de l'Académie Royale Espagnole), Espasa, 2001.

A. L'indemnisation variable

L'indemnisation des charges extracontractuelles est variable parce qu'elle a des fois une portée intégrale (1) et d'autres, une portée partielle « jusqu'à un point de non-perte » (2).

1. L'indemnisation intégrale

Les modifications par les faits de l'administration, c'est-à-dire celles qui découlent du fait du prince ou de l'inexécution des obligations contractuelles, entraînent l'obligation de la personne publique d'indemniser totalement les dommages causés au cocontractant.

Face au fait du prince, le Conseil d'État a indiqué qu'il s'agissait d'un fait « imputable à la propre autorité contractante, qui rompt l'équilibre économique du contrat, raison pour laquelle elle est obligée de reconnaître aussi bien la perte subie, que le manque à gagner résultant de la situation de déséquilibre qu'elle a produit »⁷⁹⁹.

Face à l'inexécution et la mauvaise exécution des obligations, la jurisprudence affirme que « selon le statut général des contrats de l'administration publique, l'inexécution oblige à la collectivité à rétablir l'équation convenue au moment de la passation du contrat, par le biais de l'indemnisation totale des préjudices occasionnés au cocontractant »⁸⁰⁰.

Que signifie que l'indemnisation soit totale ?

⁷⁹⁹ Conseil d'État, arrêt du 18 septembre 2003, req. 15119.

⁸⁰⁰ Conseil d'État, arrêt du 20 novembre 2008, req. 1703, réitéré par les arrêts du 31 août 2011, req. 18080 ; du 22 juillet 2009, req. 17552 et du 28 juin 2012, req. 21990.

La plupart des décisions du Conseil d'État parlent d'une compensation qui inclut le dommage patrimonial réel et le manque à gagner⁸⁰¹, notions que la jurisprudence administrative définit en se référant à l'article 1614 du Code civil colombien⁸⁰² : la seule manière d'assurer l'équation financière consiste à ce que l'administration assume les coûts nécessaires pour que le cocontractant obtienne non seulement le montant des investissements réalisés au cours de l'exécution du contrat, mais aussi les dividendes, les profits ou les bénéfices⁸⁰³.

Par l'arrêt du 6 juin 2007, le Conseil d'État a examiné l'obligation d'indemnisation des personnes publiques, en soulignant qu'elle inclut :

1. La diminution patrimoniale causée.
2. La diminution ultérieure si les effets économiques nuisibles de l'évènement continuent à se produire.
3. Le bénéfice, le profit ou les gains que le cocontractant n'a pas gagnés⁸⁰⁴.

Le Conseil d'État précise également que la réparation totale inclut la valeur de la perte du pouvoir d'achat du montant de la diminution patrimoniale⁸⁰⁵. L'action ou l'omission de l'administration ne doit pas signifier le sacrifice du particulier au bénéfice de l'intérêt général, raison pour laquelle la compensation doit tenir compte de l'ensemble d'incidences sur les prévisions économiques du cocontractant.

⁸⁰¹ Conseil d'État, arrêt du 14 mars 2013, req. 20524, réitéré par l'arrêt du 16 septembre 2013, req. 30571. Dans le même sens, voir l'arrêt du 4 février 2010, req. 15400.

⁸⁰² Selon l'article 1614 du Code civil colombien, « on entend par dommage réel [ou perte subie], le préjudice ou la perte qui provient du fait de l'inexécution de l'obligation ou de la mauvaise exécution, ou de l'exécution tardive ; et par manque à gagner, le gain ou le profit qui n'est pas obtenu à cause de l'inexécution de l'obligation ou de la mauvaise exécution ou de l'exécution tardive ». La citation de cette norme est faite, par exemple, dans la décision du Conseil d'État, du 19 novembre 2012, req. 24897.

⁸⁰³ Conseil d'État, arrêt du 9 mai 1996, req. 10151.

⁸⁰⁴ Conseil d'État, arrêt du 6 juin 2007, req. 17253.

⁸⁰⁵ Conseil d'État, arrêt du 6 juin 2007, req. 17253.

2. L'indemnisation jusqu'au point de non-perte

Si les faits de l'administration donnent lieu à l'indemnisation totale ou intégrale du cocontractant, l'article 5.1 de la loi 80 de 1993 a prévu que les dommages causés par les événements extérieurs aux parties doivent être compensés jusqu'à « un point de non-perte ».

La portée de l'obligation d'indemnisation pour les faits imprévisibles extérieurs aux parties a changé au cours du temps.

Dans une première étape (qui correspond à la période de validité des statuts précédents), la jurisprudence a affirmé qu'elle ne couvrait que les coûts assumés par le cocontractant pour surmonter la situation d'imprévision ; le manque à gagner était exclu⁸⁰⁶. Par l'arrêt du 18 avril 1989, le Conseil d'État a affirmé que l'aide de l'administration face aux événements extérieurs n'était que partielle ; le calcul ne devait pas tenir compte des diminutions éventuelles des bénéfices économiques du cocontractant⁸⁰⁷.

L'entrée en vigueur de la loi 80 de 1993 a donné lieu à une deuxième étape. Concrètement, la décision du Conseil d'État du 9 mai 1996 a marqué le début de la nouvelle interprétation. Désormais le point de *non-perte* devait intégrer les bénéfices du cocontractant : « l'équilibre économique du contrat comporte pour le cocontractant une compensation intégrale, complète, pleine et raisonnable de tous les coûts que la réalisation du contrat ait entraîné (...). Par conséquent, si les événements qui produisent le déséquilibre économique sont extérieurs au cocontractant, la seule manière d'assurer le rétablissement de l'équation financière consiste à obliger à l'administration à assumer non seulement le montant des investissements réalisés au cours de l'exécution du contrat pour assurer la réalisation de l'ouvrage, mais aussi les

⁸⁰⁶ Conseil d'État, arrêt du 27 septembre 1979, req. 2742.

⁸⁰⁷ Conseil d'État, arrêt du 18 avril 1989, req. 5426.

dividendes, les profits ou les bénéfices raisonnables qui découlent des conditions convenues initialement »⁸⁰⁸.

Cette approche est fondée sur une phrase contenue dans l'article 3 du statut général des contrats administratifs qui a reconnu aux cocontractants « l'obtention des bénéfices, dont la protection est garantie par l'État ».

La dernière étape débute avec la décision du Conseil d'État du 11 septembre 2003 qui a repris la position initiale de ne compenser que la diminution patrimoniale réelle, sans inclure le manque à gagner. Dans l'arrêt du 26 février 2004, le juge administratif a affirmé que « si l'apparition d'un fait imprévisible est démontrée après la conclusion du contrat, entraînant la rupture normale et extraordinaire de l'économie contractuelle, l'administration doit compenser le cocontractant lésé par le dommage subi. Dans ce cas, le cocontractant doit être mené à un point de non-perte, ce qui ne signifie pas l'obligation de réparer intégralement les dommages »⁸⁰⁹.

Il semble que cette position a été reprise par le législateur car l'article 88 de la loi 1150 de 2007 a supprimé la protection de l'État des bénéfices économiques des cocontractants, prévue par le texte originel de l'article 3 de la loi 80 de 1993. Cela a permis au juge administratif de réaffirmer que la compensation jusqu'au point de non-perte est plus limitée par rapport à l'indemnisation intégrale⁸¹⁰.

⁸⁰⁸ Conseil d'État, arrêt du 9 mai 1996, req. 10151, réitéré par les arrêts du 21 juin 1999, req. 14943 et du 29 avril 1999, req. 14855.

⁸⁰⁹ Conseil d'État, arrêt du 26 février 2004, req. 14043. En droit français, on peut citer les auteurs du traité des contrats administratifs qui indiquent : « l'administration n'est pas tenue en pareil cas de rétablir l'équilibre initial du contrat mais seulement de fournir au cocontractant une contribution pour l'aider à faire face à un déséquilibre périlleux ; c'est tout au plus sous cette forme limitée d'une assistance justifiée par un déséquilibre excessif que la notion d'équilibre du contrat est ici susceptible d'être invoquée », A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *op. cit.*, n° 719.

⁸¹⁰ Par l'arrêt du 28 juin 2012, le Conseil d'État a réaffirmé que « les effets de l'application de la théorie de l'imprévision sont compensatoires, limités à un soutien partiel et transitoire qui est donné au cocontractant, afin de résoudre la perte ou le déficit causé par l'événement économique lors de l'exécution des obligations sans pour autant qu'il y ait lieu à la reconnaissance des bénéfices ou dépenses supplémentaires qui découlent de la circonstance imprévisible, extraordinaire, grave et anormale... comme l'a indiqué la doctrine, il s'agit de conduire au cocontractant à un point de non-perte, mais non de réparer totalement les dommages », Conseil d'État, arrêt du 28 juin 2012, req. 21990.

En ce qui concerne l'indemnisation des événements extérieurs aux parties, il convient de faire une dernière remarque. On a déjà souligné que les sujétions imprévues n'existent pas vraiment en droit colombien.

En France, le Conseil d'État a conclu par rapport aux sujétions imprévues la règle de l'indemnisation totale : « l'indemnité reconnue au cocontractant... pour réparer les conséquences onéreuses des sujétions imprévues et des circonstances de force majeure rencontrées dans l'exécution des travaux, doit couvrir en l'absence de faute relevée à la charge du cocontractant, l'ensemble du dommage subi »⁸¹¹.

En Colombie, par contre les sujétions matérielles imprévues sont traitées sous la théorie de l'imprévision, ce qui fait que l'indemnisation des dommages ne puisse porter que sur la perte subie. Le manque à gagner, le bénéfice et le profit sont donc exclus. La logique est claire. Malheureusement, les personnes publiques et même le juge administratif, conviennent souvent des indemnisations totales par rapport aux sujétions imprévues. Il nous semble que la raison est le manque de clarté par rapport à l'inexistence d'une notion indépendante des sujétions imprévues en droit colombien. La solution de convenir d'une compensation totale nous semble regrettable, en plus d'illégale.

B. L'indemnisation ne protège pas l'équilibre mathématique

Le Conseil d'État colombien indique que lors de la conclusion d'un contrat administratif, les parties non seulement estiment les bénéfices, mais aussi assument les risques financiers qui font partie de leur équation économique ; si la loi prévoit l'obligation de préserver l'équivalence des risques lors de l'exécution du contrat, le juge administratif a précisé qu'« il ne s'agit pas d'un équilibre mathématique, mais plutôt d'une équivalence raisonnable... sans ignorer, bien entendu, ni les risques contractuels qui découlent de la convention, ni la conduite assumée par les parties lors de l'exécution »⁸¹².

⁸¹¹ CE, 2 décembre 1964, *Port autonome de Bordeaux*, Rec. 936.

⁸¹² Conseil d'État, arrêt du 31 août 2011, req. 18080.

Cela veut dire que l'indemnisation ne couvre que ce qui de manière extraordinaire dépasse les prévisions des parties au moment de la passation du contrat. L'indemnisation ne compense pas toute altération économique⁸¹³. L'équilibre ne peut pas être perçu comme une protection à outrance de tous les risques de l'activité, ni comme une garantie absolue des bénéfices⁸¹⁴.

Le Conseil d'État a souligné que « l'exécution du contrat entraîne toujours des risques professionnels et économiques pour le cocontractant qui par conséquent devra assumer certaines des circonstances défavorables. Ainsi, l'administration ne peut que considérer les risques anormaux et les aléas extraordinaires afin de fixer le montant de la compensation »⁸¹⁵.

A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé abordent très clairement ce sujet : « précisons d'abord que l'équilibre financier du contrat n'est pas synonyme de gestion équilibrée de l'entreprise ; le principe de l'équilibre financier ne constitue pas une sorte d'assurance du concessionnaire ou de l'entrepreneur contre les déficits éventuels de l'exploitation »⁸¹⁶. L'équilibre financier est un rapport approximatif d'équivalence honnête entre charges et avantages, que le cocontractant a pris en considération au moment de la conclusion du contrat ; « quant au rétablissement de l'équilibre en question, il est assez fréquemment présenté sous la forme d'une équation mathématique rigoureuse. Nous pensons que cette interprétation littérale de l'expression « équation », souvent employée... est en réalité abusive par sa généralisation... Il arrivera ainsi que le juge, pour rétablir l'équilibre du contrat, reconnaisse au cocontractant des droits indemnitaires dont l'évaluation s'inspire beaucoup plus de la directive de l'« équivalence honnête » qu'elle ne relève de la technique de l'équation mathématique »⁸¹⁷.

⁸¹³ On a déjà indiqué qu'il existe des risques inhérents à l'activité contractuelle, qui doivent être assumés par le cocontractant. Voir : Conseil d'État, arrêt du 18 septembre 2011, req. 15119.

⁸¹⁴ L-G Davila-Vinueza, *op. cit.*, p. 493.

⁸¹⁵ Sentence arbitrale : Construcciones Domus Ltda. c. Caja de Retiro de la Policía Nacional, CASUR, décision du 22 novembre 1985

⁸¹⁶ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *op. cit.*, n° 717.

⁸¹⁷ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *ibidem*, n° 717.

La formule selon laquelle le cocontractant a le droit à l'équilibre financier du contrat est inexacte parce qu'elle laisse entendre en effet que l'administration devrait garantir son cocontractant contre tous les risques de déséquilibre du contrat, autrement dit prendre à sa charge tous les aléas de celui-ci. Mais, il s'est avéré que cela n'était pas possible.

En plus des caractéristiques particulières de l'indemnisation, il convient d'analyser le fondement de l'obligation de compensation, qui s'éloigne des motifs qui mènent à la modification d'un contrat administratif.

§2. LE FONDEMENT DE L'INDEMNISATION

L'étude de la notion positive de la modification nous a permis constater que la modification du contrat administratif se fonde sur la continuité et sur le besoin d'adaptation des services publics concernés. L'article 3 de la loi 80 de 1993 indique expressément que l'objectif du droit des contrats passés par l'État est « la gestion efficiente et continue des services publics » pour assurer, de cette manière, la protection de l'intérêt général.

Face à la modification unilatérale, les auteurs du traité des contrats administratifs indiquent que celle-ci ne peut être logiquement fondée que sur les exigences des services publics et les changements survenus dans ces exigences, dans les besoins du service ou les besoins du public lui-même⁸¹⁸. Bien que la continuité ait notamment été abordée par rapport à la forme unilatérale de la modification, ces fondements pourraient (et même devraient) être étendus à la modification conventionnelle. La modification des parties a toujours pour but de préserver la poursuite du contrat initial en l'adaptant aux changements des conditions économiques, technologiques, politiques, sociales ou juridiques⁸¹⁹. Le réaménagement partiel du contrat au cours de son exécution, ne peut être reconnu

⁸¹⁸ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *ibidem*, n° 1175.

⁸¹⁹ H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 282. Voir également : D. del Prete., *thèse préc.*, p. 165.

qu'en raison de la nécessité d'assurer la continuité et la mutabilité du service public⁸²⁰.

Cependant, lorsqu'un fait ne rend que plus onéreuse l'exécution d'un contrat (une imprévision, un fait du prince, voire une inexécution des obligations de la personne publique contractante), il nous semble que l'aide économique n'est pas du tout fondée sur des raisons de continuité ou d'adaptation du service public.

Cela semble évident si nous tenons compte du fait que la demande d'indemnité et notamment l'octroi de celle-ci, peuvent se produire à la fin du contrat. A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé considèrent sur ce point que « alors même que le contrat s'est achevé, il faut pouvoir accorder au cocontractant une indemnité d'imprévision pour le couvrir des charges extracontractuelles qu'il a subies pendant l'exécution du contrat »⁸²¹.

Pourtant, ces auteurs lient l'octroi de la compensation à la continuité, en affirmant que celle-ci est une « garantie pour le cocontractant que ses efforts pour assurer la continuité du service seront récompensés. Même si, au moment où sa demande est présentée, il n'y a plus matière à assurer cette continuité, il n'en reste pas moins que cette continuité a précédemment été assurée »⁸²² ; sur la base de ces considérations, ils ont adopté la notion de « continuité rétrospective ».

À notre avis, les deux termes sont incompatibles et, même s'il pourrait exister un lien entre la continuité et l'octroi de l'indemnisation, cette relation ne peut pas se produire au niveau de fondement : l'aide de l'administration ne peut être fondée sur la continuité, car l'achèvement des travaux démontre que le contrat a pu continuer sans accorder la compensation administrative.

L'indemnisation peut être demandée et versée à la fin du contrat. Cela est incontestable. Si le contrat est arrivé à son terme normal, la demande d'indemnité peut toujours intervenir ultérieurement : c'est ce qu'admet le Conseil d'État français

⁸²⁰ H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 51.

⁸²¹ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *op. cit.*, n° 1380.

depuis l'arrêt du 27 juillet 1951⁸²³. Voire, il y a des cas où la demande d'indemnité d'imprévision ne peut intervenir qu'après l'achèvement du contrat⁸²⁴.

Si le versement du montant de l'indemnisation n'est pas réellement fondé sur la gestion continue des services publics, quelle est alors sa base ? Quelle est la raison pour laquelle l'administration recourt à l'aide du cocontractant ?

La réponse porte sur le principe d'équité (du latin *equitas*, qui signifie égalité et qui fait référence au critère d'équivalence) et plus précisément sur un principe de niveau constitutionnel en droit colombien : l'égalité des administrés devant les charges publiques (art. 13 de la Constitution de 1991).

Le cocontractant en tant que partenaire de l'administration (**A**) devra être indemnisé des conséquences économiques d'un dommage anti-juridique, qu'il n'a aucun devoir juridique de supporter (**B**).

A. Le partenaire de l'administration

La loi 80 de 1993 indique clairement que les contrats passés par les collectivités publiques poursuivent l'accomplissement des fins de l'État, la gestion efficiente et continue des services publics et l'effectivité des droits des administrés qui collaborent avec elles dans la réalisation de ces finalités⁸²⁵.

⁸²² A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *op. cit.*, n° 1380.

⁸²³ Décision rendue par le Conseil d'État français le 27 juillet 1951, *Commune de Montagnac*, p. 439, à propos d'une concession expirée douze ans auparavant et que confirme l'arrêt du 12 mars 1976, *Département des Hautes-Pyrénées c. Société. Sofilia*, p. 155.

⁸²⁴ CE, 11 juin 1943, *Ministre de la Marine c. Société des grands travaux de Marseille*, p. 148 : « le bouleversement de l'économie du contrat par suite de circonstances imprévisibles ne pouvait être établi qu'après complète exécution du marché et l'indemnité éventuellement due aux entrepreneurs a raison des charges extracontractuelles qu'ils auraient eu à supporter ne pouvait être utilement réclamée qu'après notification du décompte général et définitif de l'entreprise ».

⁸²⁵ Cette reconnaissance est faite par l'article 3 de la loi 80 de 1993.

De cette disposition, la jurisprudence administrative a déduit la nature de la relation qui lie l'administration et le cocontractant : « la cause du contrat est la satisfaction des besoins collectifs et de l'intérêt général, à laquelle les cocontractants doivent collaborer même s'ils prétendent à l'obtention d'un bénéfice économique »⁸²⁶.

Le cocontractant devient ainsi un partenaire de l'administration qui participe au contrat tout en poursuivant un intérêt particulier : un profit économique ou un gain qui est à l'origine de la volonté individuelle de déposer une offre. Après la conclusion du contrat, l'intérêt particulier devient un droit à percevoir une quantité d'argent déterminée, raisonnable, proportionnelle et juste, en tant que rétribution pour l'accomplissement des obligations contractuelles.

Par l'arrêt du 29 avril 1999, le Conseil d'État a affirmé dans ce sens : « l'État, en vue d'accomplir les objectifs essentiels déterminés par la Constitution et la loi, recourt à la passation des contrats devant l'impossibilité d'assumer lui-même l'exécution des activités qui en découlent. Le particulier s'engage à collaborer à l'obtention de ces buts, mais sa motivation principale est sans doute l'obtention du profit économique.

(...)

Les parties connaissent ainsi le bénéfice qui en découlera. Pour l'administration, la réussite des objectifs essentiels de l'État et, pour le cocontractant, l'obtention d'un profit économique en sa faveur. C'est à ce moment-là que les conditions économiques sont déterminées par les parties, en fixant une équation financière du contrat »⁸²⁷.

La certitude du cocontractant par rapport à l'obtention d'une rémunération raisonnable⁸²⁸ est, pour le Conseil d'État, ce qui encourage les particuliers à s'obliger à l'exécution d'un contrat administratif⁸²⁹.

⁸²⁶ Conseil d'État, arrêt du 31 août 2011, req. 18080.

⁸²⁷ Conseil d'État, arrêt du 29 avril 1999, req. 14855.

⁸²⁸ La rémunération raisonnable est une notion qui inclut non seulement le coût du bien, du service ou de l'ouvrage, mais aussi le bénéfice, terme qui signifie le gain, le fruit, l'intérêt ou le profit qui

Pour le juge administratif colombien, la qualification du cocontractant comme un partenaire de l'administration a permis la création de la notion d'équilibre financier, notamment dans le cas des contrats à moyen et long terme⁸³⁰.

Comme on l'a vu, l'équilibre signifie que les prestations d'une partie sont comprises comme équivalentes à celles de l'autre partie. Les droits et les obligations doivent être équivalents non seulement lors de la conclusion du contrat, mais aussi lors de l'exécution, ce qui oblige à l'adoption de mesures pour assurer l'égalité économique au fil du temps : dans le cas d'une rupture de l'équilibre par l'apparition de circonstances imprévisibles⁸³¹ l'administration est obligée à son rétablissement.

En droit administratif français, la doctrine en tire des conclusions identiques : « du fait de l'existence dans les contrats administratifs de certains facteurs de mutabilité, notamment du fait des pouvoirs d'intervention unilatérale de l'administration dans l'exécution du contrat, le cocontractant se trouve exposé, beaucoup plus que dans les contrats civils, à voir sa situation aggravée sans qu'il y soit pour rien. C'est en raison de cet élément d'insécurité, qui pourrait être du reste indirectement aussi préjudiciable aux intérêts du service public lui-même, que la théorie du contrat administratif fait une place, en contrepartie, à la notion de l'équilibre financier, ou, comme l'on dit encore, de l'équation financière du contrat »⁸³². Elle admet que le cocontractant puisse faire valoir un droit au rétablissement de cet équilibre lorsque certaines causes ont entraîné sa rupture, à la différence de ce qui arrive dans les contrats civils où l'idée d'équilibre ou

est tiré d'une chose ou qui est produite lors du déroulement de l'activité. Suivant les acceptions qu'apporte à cet égard le Dictionnaire de la langue espagnole, on peut affirmer que le bénéfice représente pour le cocontractant le résultat de la différence entre les coûts de production, de la réalisation ou de la construction selon le cas et la valeur reçue pour l'exécution de la prestation. La consultation des prix du marché du bien, du service ou de l'ouvrage permettra de vérifier le caractère raisonnable du prix par rapport au bénéfice qui perçoit le cocontractant.

⁸²⁹ Conseil d'État, arrêt du 31 août 2011, req. 18080.

⁸³⁰ Conseil d'État, arrêt du 31 août 2011, req. 18080.

⁸³¹ Conseil d'État, arrêt du 21 juin 1999, req. 14943.

⁸³² A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *op. cit.*, n° 716.

d'équivalence des prestations ne se traduit guère que sous la forme de l'exception d'inexécution.

La reconnaissance de l'équilibre financier entre les parties s'avère cependant insuffisante pour expliquer l'obligation de rétablissement de l'administration, c'est pourquoi les sources de droit ont créé la notion de dommage anti-juridique.

B. Le dommage anti-juridique dérivé de la rupture de l'équilibre économique

Selon l'article 90 de la Constitution de 1991, « l'État sera responsable patrimoniallement pour les dommages anti-juridiques qui lui sont imputables ».

Cette disposition contient la clause générale de responsabilité patrimoniale de l'État⁸³³, qui couvre aussi bien les cas de nature contractuelle, qu'extracontractuelle : « [l'article 90] est le pilier sur lequel est fondée la responsabilité patrimoniale de l'État, qu'il s'agisse de la responsabilité contractuelle ou bien extracontractuelle »⁸³⁴.

Le caractère général de cette clause ne signifie pas que les régimes particuliers de responsabilité patrimoniale de l'État soient identiques dans tous les cas ; l'état actuel de la jurisprudence colombienne révèle l'existence des régimes juridiques différents. Dans certains cas, la preuve de la faute de la collectivité est exigée ; dans d'autres, elle est présumée et dans quelques cas, la rupture de l'égalité des administrés devant les charges publiques rend inutile l'exigence de la faute administrative pour engager la responsabilité⁸³⁵. Le constituant a voulu englober ces régimes sous la notion de dommage *anti-juridique*.

La Constitution de 1991 n'a pas défini expressément ce terme, mais la jurisprudence s'est chargée de combler ce vide à partir de la notion dégagée en droit

⁸³³ Cour Constitutionnelle, arrêt C-333 du 1 août 1996.

⁸³⁴ Conseil d'État, arrêt du 13 juillet 1993, req. 8163.

⁸³⁵ Cour Constitutionnelle, arrêt C-333 du 1 août 1996.

espagnol⁸³⁶. Le dommage anti-juridique ne fait pas référence à une activité illicite de l'État, mais à un préjudice causé à une personne qui n'a pas l'obligation juridique de le supporter⁸³⁷.

Selon la décision de la Cour Constitutionnelle du 1^{er} août 1996, « cette conception de la possibilité d'indemniser un dommage anti-juridique provient... du principe de solidarité (CP art. 1^o) et d'égalité (CP art. 13) »⁸³⁸.

La jurisprudence colombienne souligne également, qu'il n'est pas suffisant que le dommage soit anti-juridique, en plus, il doit être imputable à l'État. Autrement dit, il doit exister un lien qui permet son imputation à l'autorité administrative : « il est important qu'en plus de constater l'anti-juridicité, le juge conclue à l'imputabilité à la personne publique ; il doit trouver un 'lien juridique' différent de la simple causalité matérielle... c'est-à-dire qu'on a besoin de l'*imputatio juris* au lieu de l'*imputatio facti* »⁸³⁹.

Ainsi, les conditions indispensables pour la validité de la déclaration de la responsabilité patrimoniale de l'État sont, d'une part, la présence d'un dommage anti-juridique et de l'autre, l'imputabilité du dommage à la personne publique.

La notion de dommage anti-juridique est invariable. Peu importe s'il s'agit d'une affaire contractuelle ou extracontractuelle ou d'un régime de responsabilité pour faute ou de nature objective ; le dommage anti-juridique est vu toujours comme

⁸³⁶ L'article 106 de la Constitution espagnole règle la responsabilité patrimoniale de l'État dans les termes suivants : « les particuliers, dans les termes établis par la Loi, auront le droit d'être indemnisés pour toutes les dommages qu'ils subissent..., lorsque le dommage soit une conséquence de la gestion des services publics ».

⁸³⁷ Pour E. García-Enterría, « la formule légale inclut non seulement les dommages qui résultent d'une activité fautive de l'Administration ou de ses agents comprise dans l'expression « gestion anormale des services publics », mais aussi les dommages produits par une activité parfaitement licite, comme l'indique clairement la référence explicite que le législateur fait aux cas de « fonctionnement [ou gestion] normal » (...) La conception de l'idée de la responsabilité de l'Administration détachée de l'illégalité ou de la faute administrative, a entraîné l'éloignement de la perspective traditionnelle de l'action fautive du sujet responsable vers l'illégalité de l'altération du patrimoine de la personne lésée », E. García-Enterría, *op. cit.*, p. 371.

⁸³⁸ Cour Constitutionnelle, arrêt C-333 du 1 août 1996.

⁸³⁹ Conseil d'État, arrêt du 13 juillet 1993, req. 8163.

une lésion patrimoniale ou même extrapatrimoniale, que la victime n'a pas l'obligation juridique de supporter⁸⁴⁰.

Les différences entre les régimes particuliers de responsabilité portent sur la manière dont le dommage est imputé à l'administration (c'est pourquoi on parle plutôt des régimes d'imputation que des régimes de responsabilité).

Dans les cas de responsabilité extracontractuelle, on parle de la faute de la personne publique, du risque exceptionnel⁸⁴¹ et du dommage spécial⁸⁴² parmi les plus importants. En ce qui concerne les contrats administratifs, la responsabilité découle du bouleversement de « l'égalité et l'équilibre entre les prestations et les droits qui caractérisent les contrats commutatifs (art. 28, de la loi 80 de 1993) »⁸⁴³.

La Cour Constitutionnelle affirme que la lecture de l'article 90 de la Constitution montre que la raison de l'imputation d'un dommage à l'État est le caractère anti-juridique, mais pas du dommage en soi, mais des conséquences préjudiciables qu'il entraîne pour la victime⁸⁴⁴. À propos des contrats administratifs, l'exigence de l'anti-juridicité est dégagée des dispositions de la loi 80 de 1993 qui protègent l'égalité de prestations entre les parties : « par exemple, on y trouve le droit du cocontractant à l'équilibre de l'équation économique du contrat (art. 5 alinéa 1) et l'obligation des collectivités publiques, non seulement de préserver et de rétablir cet équilibre (art. 4 alinéa 8 y 9), mais aussi d'assurer que pour leur action, une exécution plus onéreuse ne survient pas »⁸⁴⁵.

Ainsi, l'administration sera responsable patrimonielement des faits imprévus qui causent un dommage patrimonial au cocontractant :

⁸⁴⁰ Cour Constitutionnelle, arrêt C-333 du 1 août 1996. Voir également : Conseil d'État, arrêt du 13 août 2008, req. 17042.

⁸⁴¹ Voir p. ex. Conseil d'État, arrêt du 24 mars 2011, req. 19067.

⁸⁴² Voir p. ex. Conseil d'État, arrêt du 7 juillet 2011, req. 19707.

⁸⁴³ Conseil d'État, arrêt du 8 mai 1995, req. 8118.

⁸⁴⁴ Cour Constitutionnelle, arrêt C-333 du 1 août 1996.

⁸⁴⁵ Cour Constitutionnelle, arrêt C-333 du 1 août 1996.

1. Quand ils sont anti-juridiques (pour avoir un caractère extraordinaire et anormal qui dépasse les risques que le cocontractant doit supporter⁸⁴⁶) et,

2. Quand ils sont imputables à l'État (pour bouleverser un équilibre économique que l'État doit protéger et assurer, selon le statut général des contrats administratifs).

Si les conditions précédentes sont réunies le Conseil d'État conclut à la responsabilité de l'administration et l'obligation d'indemnisation « pour protéger le principe d'égalité des administrés face aux charges publiques »⁸⁴⁷. La rupture de l'égalité des charges des parties est la raison pour laquelle le dommage « résulte indemnisable »⁸⁴⁸.

Il convient de reprendre ici la question sur le fondement de l'indemnisation dans les cas de bouleversement de l'équation financière du contrat (qui s'éloigne des bases de la modification), pour réaffirmer que c'est l'équité et l'égalité des administrés face aux charges publiques (art. 13 de la Constitution de 1991)⁸⁴⁹.

Les collectivités publiques sont obligées de rétablir l'équilibre économique des contrats administratifs car la rupture est considérée comme un dommage anti-juridique que le cocontractant, en tant que partenaire de l'administration, n'a pas le devoir de supporter. C'est pour cette raison que l'État recourt à l'aide du cocontractant à travers le versement d'une compensation.

⁸⁴⁶ Pour la Cour Constitutionnelle, « cela signifie évidemment que tout dommage ne doit pas être réparé parce que cela peut ne pas être anti-juridique, et, pour le savoir, il sera suffisant d'analyser les éléments du dommage, qui peuvent inclure des causales de justification qui font que la personne doive le supporter », Cour Constitutionnelle, arrêt C-333 du 1 août 1996.

⁸⁴⁷ Conseil d'État, arrêt du 9 mai 2011, req. 19388. Dans le même sens, voir l'arrêt C-333 de la Cour Constitutionnelle du 1 août 1996 : « [de la notion du] dommage anti-juridique... découle, selon la Cour, l'obligation de réparation de l'État en harmonie avec les principes et valeurs propres à l'État Social de Droit prévus dans l'article 1 de la Constitution Politique, ainsi que le principe d'égalité des administrés devant les charges publiques prévu dans l'article 13 ibidem ».

⁸⁴⁸ Cour Constitutionnelle, arrêt C-333 du 1 août 1996.

⁸⁴⁹ Selon le Conseil d'État, « la rémunération raisonnable du cocontractant découle des critères de justice, d'équité, de garantie du patrimoine et d'égalité des administrés devant les charges publiques » conformément aux articles 230, 58 et 13 de la Constitution de 1991 ; Voir : Conseil d'État, arrêt du 31 août 2011, req. 18080.

La modification peut-elle intervenir dans ces cas où l'exécution résulte plus onéreuse ?

Pour les raisons exposées, il nous semble que la réparation économique n'entraîne pas la modification du contrat car il n'y a aucune raison de gestion, de continuité, ni d'adaptation du service public.

Ce n'est qu'une aide de la personne publique ⁸⁵⁰ pour assurer que le cocontractant ne subisse pas tous les effets financiers d'exécuter les prestations originelles dans des conditions différentes à celles prévues lors de la passation du contrat. En matière contractuelle, l'idée d'aide et celle de réparation sont identiques.

La conclusion est, à notre avis, que le surcoût qui découle de l'indemnisation économique de l'administration, ne peut pas conduire à la modification du contrat administratif en Colombie.

En dépit de la conclusion précédente, il faut reconnaître que la modification et l'indemnisation ne sont pas entièrement détachées ; parfois elles sont des notions dépendantes.

Elles sont liées lorsque l'administration décide de modifier unilatéralement un contrat ou même lorsque les parties décident de modifier conventionnellement les prestations (par exemple, une augmentation de la portée des travaux), sans convenir les conséquences économiques de la modification. Toutefois, la conclusion reste valable car l'indemnisation n'est qu'un effet juridique de la modification, mais certainement pas une modification en elle-même. Bien qu'elles soient dépendantes, les notions de modification et de réparation sont différentes.

⁸⁵⁰ Le Conseil d'État a affirmé dans la décision du 19 avril 2012 que : « les effets de ce dommage bouleversent l'équilibre des charges publiques et rompent le principe de solidarité et d'équité », Conseil d'État, arrêt du 19 avril 2012, req. 21515.

Il faut remarquer qu'il ne s'agit pas d'un aspect purement conceptuel, mais plutôt d'une distinction d'où découlent des effets juridiques extrêmement importants liés aux règles applicables dans chaque cas.

Si l'indemnisation donne lieu à modification du contrat, elle aurait des limites fixées par la loi et la jurisprudence pour la conclusion d'une convention modificative. Les limites de la modification seront abordées dans la deuxième partie de cette recherche, mais pour les objectifs de cette section, deux exemples suffisent.

En premier lieu, on trouve le seuil de 50% du prix initial du contrat en tant que plafond budgétaire qui détermine la légalité des modifications conventionnelles. L'indemnisation des dommages ne peut-elle que couvrir les dommages jusqu'au seuil de 50% du prix du contrat ? Si les parties ont déjà conclu des modifications prévoyant des travaux supplémentaires indispensables pour assurer la gestion continue du service public pour un montant équivalent au 40% du prix initial, la limite pour indemniser le cocontractant est le 10% restant ? Même dans les cas où les parties ont déjà atteint la limite des 50% de modifications conventionnelles, l'indemnisation accordée pour pallier les effets économiques d'une exécution plus onéreuse serait-elle invalide ?

Le bouleversement de l'équilibre financier du contrat qui conduit à une onérosité excessive, ne peut pas donner lieu à la modification du contrat, car les limites de la modification ne peuvent pas conditionner la protection du principe constitutionnel d'égalité reconnu au cocontractant. Il s'agit de notions distinctes, sinon l'application des règles de réparation s'avérerait incohérente.

La réponse aux questions posées est certainement négative.

Un deuxième exemple peut réaffirmer la distinction. La modification du contrat est soumise à une limite temporelle : le délai prévu pour l'exécution des prestations. Si l'indemnisation entraîne la modification du contrat, les parties seraient incapables de convenir des dédommagements après l'expiration du délai du contrat.

Tout au contraire, le droit colombien, reprenant la solution française⁸⁵¹, permet que l'indemnisation soit reconnue et payée après l'expiration du terme d'exécution.

Un dernier raisonnement s'impose à cet égard. Si l'on accepte que la réparation du cocontractant entraîne la modification du contrat, il serait admis que le juge puisse modifier le contrat lorsqu'il décide le versement de l'indemnisation.

Certainement, le pouvoir de modification judiciaire est interdit. En France, le juge « ne peut jamais modifier lui-même les clauses d'un contrat administratif ; il ne peut pas, comme l'on dit « refaire le contrat » : CE, 21 janvier 1944, *Sté d'entreprises*, p. 23 ("Il n'appartient pas au juge administratif de modifier les clauses d'un contrat librement acceptées par les parties") »⁸⁵².

En droit colombien l'article 141 de la loi 1437 de 2011 –nouveau Code de procédure administrative- (norme qui reprend les termes de l'article 87 de l'ancien Code découlant du décret 01 de 1984), interdit au juge administratif toute démarche modificative en matière de contrats. La loi ne permet au juge que la révision et la déclaration d'inexécution du contrat, mais jamais la modification.

Le juge administratif peut résoudre un litige portant sur le droit du cocontractant à une compensation des dommages causés par un bouleversement de l'équilibre économique du contrat, mais accepter que l'octroi ou le versement de celle-ci modifie le contrat reviendrait à admettre que le juge a également la faculté de le modifier.

En droit colombien la conclusion nous semble claire.

⁸⁵¹ En droit français, voir l'analyse des auteurs du traité des contrats administratifs, n° 1380 titré : « Demande d'indemnité postérieure à la fin du contrat », *op. cit.*

⁸⁵² Ainsi que cela est bien indiqué par la doctrine administrative française : « spécialement le juge du contrat de concession ne peut jamais... modifier lui-même le tarif de la concession, fixer de nouvelles redevances (CE, 26 mars 1926, *Anriot*, p. 342 ; 14 mars 1934, *Viette*, p. 341). C'est le concédant seul qui est qualifié pour décider s'il doit résoudre la situation extracontractuelle en acceptant un relèvement des tarifs », A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *op. cit.*, n° 1374.

Dans le cas des faits imprévisibles extérieurs aux parties ou d'inexécution des obligations de l'administration, qui entraînent un changement de la portée des prestations (par exemple, l'exécution des travaux supplémentaires), les parties sont amenées à conclure une addition, un contrat additionnel, un ajout ou l'instrument juridique pertinent, pour modifier de manière conventionnelle le contrat. Mais dans les cas d'imprévision, d'inexécution des obligations administratives et de faits du prince qui n'entraînent qu'une excessive onérosité sans altérer la portée des prestations convenues initialement, la modification contractuelle n'a pas lieu d'être.

Si dans ces cas les notions de réparation et de modification sont détachées, cela ne signifie pas que les parties ne puissent pas convenir du montant de l'indemnisation, pour éviter la pénible attente d'une décision judiciaire. La doctrine française a bien remarqué le besoin des accords destinés à régler les conséquences de la situation d'imprévision déjà réalisée (et d'ailleurs des autres causes de rupture tels que l'inaccomplissement de l'administration et les cas du fait du prince) : « il arrive que, lorsque la situation d'imprévision s'est réalisée, l'administration et le cocontractant s'entendent pour en régler les conséquences par une indemnité fixée à l'amiable ; ces règlements sont d'autant plus valables que lorsque l'imprévision est invoquée devant le juge, celui-ci, comme on le verra, invite d'abord les parties à rechercher un accord entre elles ; lorsqu'un règlement spontané s'est produit, le juge se contente donc de l'appliquer au cas où l'exécution de ce règlement donne lieu à contestation »⁸⁵³.

À titre d'exemple, on peut citer les cas de crise économique, d'inflation démesurée, de grèves qui obligent à remplacer le personnel, de pluies qui obligent à recruter plus de personnel de ce que qu'on avait prévu lors de la passation du contrat, à louer des machines supplémentaires ou à augmenter les matériaux, de protestations indigènes ou des actes de la guérilla qui ne permettent pas l'approvisionnement de matériels ou la mobilisation du personnel, de sabotage des machines par des groupes hors-la-loi, de dynamitage de pylônes électriques qui ne permet pas l'exécution des travaux, d'incendies et même les cas de sujétions imprévues qui en droit colombien, sont analysés sous la théorie de l'imprévision et l'inexécution du contrat.

⁸⁵³ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *op. cit.*, n° 1374.

Si les conditions sont réunies dans ces cas, l'allocation d'une indemnisation au cocontractant est possible et les parties peuvent convenir du montant de la compensation, aussi bien que les conditions du paiement.

Il nous semble que dans les cas d'inexécution ou de mauvaise exécution de l'administration qui conduit ou bien au paiement des intérêts moratoires⁸⁵⁴, ou bien à la prolongation du temps d'exécution des travaux⁸⁵⁵, les parties peuvent également convenir du versement de l'indemnisation.

Il n'est pas nécessaire d'élever un litige devant le juge si les conséquences d'un bouleversement de l'équation financière peuvent se résoudre à l'amiable. Pourtant il faut reconnaître qu'il s'agit d'une aide économique accordée au cocontractant et non d'une modification du contrat.

Si la nature de la convention qui rétablit l'équilibre financier est claire, cet instrument acquiert ses propres limites. On peut même affirmer qu'elles sont plus rigoureuses et plus exigeantes que celles prévues pour la modification du contrat.

C'est en raison des limites que la distinction est tellement importante en droit administratif colombien.

Cependant, la pratique révèle un traitement opposé.

En Colombie, n'importe quel évènement altérant l'économie du contrat, aussi insignifiant qu'il soit, donne lieu à la conclusion d'une modification conventionnelle pour décider l'augmentation du prix. L'administration oublie toujours d'exiger les

⁸⁵⁴ Comme il a été souligné auparavant, « si le prix du contrat est versé tardivement, le cocontractant aura le droit au paiement des intérêts constituant la rentabilité que la loi estime et à l'actualisation de la somme due qui répond au principe de paiement intégral de l'obligation », Conseil d'État, arrêt du 29 janvier 2004, req. 10779.

⁸⁵⁵ Selon le Conseil d'État, « l'inexécution des obligations de l'administration, tels que... ne pas mettre en disposition les terrains sur lesquels doit être construit l'ouvrage, ou ne pas fournir les plans et les matériels avec lesquels va s'exécuter les travaux, peuvent bouleverser l'équation financière du contrat car ils rendent difficile l'exécution des prestations du cocontractant et entraînent plus de dépenses et de taxes pour le celui-ci », Conseil d'État, arrêt du 31 août 2011, req. 18080.

conditions dégagées par la jurisprudence pour convenir du versement de l'indemnisation. Jamais le caractère imprévisible, ni le bouleversement anormal et grave de l'équilibre n'est analysé par les personnes publiques. Pourtant, les modifications conventionnelles qui compensent n'importe quelle variation des prix sont à l'ordre du jour.

Les conventions sont toujours fondées sur des raisons de continuité et d'adaptation des services publics aux nouvelles conditions économiques du contrat, mais on ne voit jamais que la gestion du service public soit conditionnée par le versement de l'indemnisation. Dans ces cas l'exécution des travaux est toujours possible, voire il est clair que l'événement est un des risques qui doit assumer le cocontractant. Pourtant la pratique révèle que tous les risques économiques sont assumés par l'administration. La personne publique contractante ne détermine jamais si les conditions de la théorie de l'imprévision, du l'inexécution de l'administration ou du fait du prince, sont réunies.

Comme on l'a vu, ce n'est que dans le cas d'un bouleversement grave, extrême, excessif, anormal et exceptionnel, une indemnisation peut intervenir. La variation insignifiante des conditions économiques est un des risques que le cocontractant doit assumer lors de l'exécution du contrat. Toutefois les compensations sont en réalité décidées autrement.

L'État colombien, par voie de modification, assume aujourd'hui tous les risques (normaux et anormaux) qu'entraîne la réalisation du contrat. Plus grave encore, il admet des compensations pour des faits qui ne sont vraiment pas indemnisables.

La Contraloría general (en France, l'Inspection générale des finances) a indiqué dans son rapport général de 2010 que, dans les contrats passés par les principales collectivités territoriales (les villes de Bogotá, Cali et Medellín parmi

d'autres), des surcoûts⁸⁵⁶ de 4.4 milliards de pesos (1.18% du PIB du pays et 3.41% du Budget de l'État) avaient été payés.

Elle a aussi rappelé que dans 80% des marchés de travaux publics, des modifications n'augmentant que le prix avaient été conclues.

En matière de concessions de travaux publics, cet organisme a trouvé que, dans les onze projets en cours d'exécution, la valeur des ouvrages avait augmenté de 805% par rapport au budget initial⁸⁵⁷.

Ces chiffres sont plus surprenants si nous prenons en compte que les modifications conventionnelles ont été fondées sur l'apparition des faits imprévisibles (dans la plupart des cas, la variation du prix des matières premières, pluies et sujétions imprévues par rapport à l'état des terrains), mais vraiment jamais l'administration ne s'est référé aux conditions d'anormalité d'exceptionnalité ou de gravité que le juge administratif exige.

Si aucun des bouleversements de l'équilibre financier du contrat n'a été prouvé, pourquoi alors en 2010 l'administration a-t-elle convenu du paiement de 3.41% du Budget de l'État en tant que valeurs supplémentaires aux prix initialement convenus ?

La réponse est certainement complexe car elle porte sur des raisons sociales, de corruption, etc., mais en ce qui concerne le plan juridique, il nous semble que la confusion entre les figures de l'indemnisation et la modification du contrat a produit un dommage grave aux finances publiques. Les limites pour décider une indemnisation qui rétablit le bouleversement de l'équation financière du contrat disparaissent lorsqu'elle est présentée comme une modification contractuelle.

⁸⁵⁶ La Procuraduría general de la nación (en France, le Ministère public), affirme qu'il y a de surcoûts dans un contrat administratif, « lors que l'État dans le cadre d'un contrat synallagmatique, verse au cocontractant un prix supérieur à celui qui entraîne la réalisation de l'ouvrage, la gestion du service ou l'achat du bien ». En définitive, elle se réfère à l'augmentation du prix contractuel versé. Avis du Procureur Délégué pour les contrats par l'État, 26 septembre 2005, req. 165 96323-2003.

L'indemnisation des dommages par voie des modifications au contrat dissimule l'obligation d'exiger un fait imprévisible et des conditions de gravité, d'anormalité, etc. qui permettent que l'événement soit susceptible de réparation.

Le juge administratif n'a pas contribué à la clarté conceptuelle car le contrôle de légalité sur les modifications conventionnelles n'a jamais porté sur la vérification de bouleversements réels qui justifient l'indemnisation de l'administration.

L'effort de cette analyse pour démontrer qu'il s'agit de notions différentes a pour objectif d'attirer l'attention sur les conditions et les limites de chacune des figures.

Même si l'indemnisation est décidée à travers un document conventionnel, l'administration doit avoir une idée claire sur les conditions de gravité, d'anormalité, etc. qui demande le dédommagement des préjudices.

On l'avoue, en droit administratif français cette distinction n'a peut-être aucun intérêt parce que la passation d'un avenant est acceptée pour régler les conséquences économiques des faits imprévisibles⁸⁵⁸. Pourtant l'avenant a des limites bien définies que les instruments de modification n'ont pas en Colombie.

À titre d'exemple, on peut citer la circulaire du 20 novembre 1974 relative à l'indemnisation des titulaires des marchés publics en cas d'accroissement imprévisible de leurs charges économiques⁸⁵⁹, qui, bien qu'ancienne, est une bonne référence.

⁸⁵⁷ Dans la concession Cartagena-Barranquilla, par exemple, il a atteint 805% ; dans la concession Bogotá-Villavicencio, 720% ; dans la concession Pereira-La Victoria, 602% ; en la concession Zipaquirá-Palenque, 493% et dans la concession Córdoba-Sucre, 300%.

⁸⁵⁸ Par exemple, le Code des marchés publics (édition 2006) dans l'article 20 (modifié par décret n° 2008-1355 du 19 décembre 2008 fait cette précision par rapport aux sujétions imprévues : « en cas de sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ou une décision de poursuivre peut intervenir quel que soit le montant de la modification en résultant ».

« L'octroi d'une indemnité d'imprévision donne lieu à la conclusion d'un avenant.

Ce document :

- fait référence au marché ;
- indique le montant de l'indemnité octroyée et, le cas échéant, celui des provisions sur indemnités déjà allouées ;
- reproduit les bases et les modalités du calcul qui a permis de l'établir ;
- précise qu'elle a été accordée en application de la théorie de l'imprévision ;
- contient une clause par laquelle le titulaire renonce, pour ce marché, à toute demande ultérieure fondée sur cette théorie⁸⁶⁰ ».

Les éléments constitutifs de l'imprévision sont bien définis par le numéro 2.2.1 de la circulaire⁸⁶¹ et souligne la description précise des obligations de chaque partie à propos de l'indemnisation sur des faits ou événements imprévisibles: « 4.1.1.2. C'est au titulaire du marché qu'il appartient de prouver que son contrat a été bouleversé et d'apporter les justifications de nature à établir le montant de la surcharge qu'il a supportée. L'administration, quant à elle, se doit de contrôler soigneusement toutes ses assertions. En examinant les justifications fournies à l'appui d'une demande d'indemnité, elle s'attachera notamment à vérifier :

- que les variations de prix d'achat alléguées sont conformes à la réglementation des prix ;

⁸⁵⁹ J.O. 30 novembre 1974, p. 11971.

⁸⁶⁰ Ainsi que cela est bien indiqué par la doctrine française, « la renonciation du cocontractant paraît valable pour la période antérieure à la conclusion de l'avenant (...). Mais, si surviennent des événements qu'il n'a pas prévus et qui bouleversent à nouveau l'économie du contrat, l'avenant ne peut empêcher le cocontractant de se prévaloir encore de la théorie de l'imprévision », A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *op. cit.*, n° 1368.

⁸⁶¹ « Ils sont au nombre de trois. Il faut que l'événement perturbateur :

- n'ait pu raisonnablement être prévu par le titulaire du marché ;
- qu'il ait été indépendant de la volonté du titulaire et se soit imposé à lui ;
- qu'il ait occasionné des charges supplémentaires, généralement qualifiées d'"extracontractuelles" parce que non prévues lors de la conclusion du contrat, entraînant le bouleversement de son économie ».

- que l'évolution des salaires n'apparaît pas anormale eu égard à celle des rémunérations payées à la fois dans la région et la branche professionnelle considérées ;
- que les hausses enregistrées sont compatibles avec celles qui sont traduites par les indices insérés dans le Bulletin officiel des services et des prix ou les indices et prix publiés par le Bulletin mensuel de statistique de l'INSEE, ou, à défaut, dans les publications professionnelles ;
- et enfin, que le niveau des prix, tel qu'il résulte de la demande du titulaire, peut être considéré comme normal par référence à celui pratiqué dans d'autres transactions de même nature ».

La circulaire parle même d'un seuil de bouleversement⁸⁶² : il doit y avoir des charges extracontractuelles supérieures à 1/15ème du montant initial du marché.

Il convient de remarquer que le seuil fixé par la circulaire ne revêt semble-t-il qu'un caractère facultatif, répondant ainsi à la jurisprudence qui n'a pas arrêté de seuil précis⁸⁶³. Malgré tout, l'effort des sources de droit français pour limiter l'accord de compensations administratives, est évident.

Malheureusement, le droit administratif colombien n'a aucune réglementation dans ce sens. C'est pour cela que la distinction entre la modification du contrat et la compensation administrative devient aussi importante, apportant des limites bien définies qui permettent de contrôler la légalité des conventions conclues par les parties.

⁸⁶² Seuil au-delà duquel on estime que l'économie du marché a été bouleversée.

⁸⁶³ CE, 5 juin 1985, *Ministre délégué au temps libre c. Société Baffrey Hennebique*, n° 60.732.

CONCLUSION DU TITRE II

À côté de la définition positive de la modification du contrat, on a également décidé d'aborder la notion de modification depuis une approche négative pour identifier les procédés juridiques voisins mais distincts de la modification du contrat administratif.

D'abord, on a abordé la figure de l'augmentation des quantités d'ouvrage des contrats de travaux publics payés par prix unitaires. Si les parties ont fait une estimation déficiente des unités (ou quantités) d'ouvrage à exécuter, il est clair que le budget prévu lors de la passation du contrat sera insuffisant. Dans ces cas, la disposition d'un montant plus grand d'argent s'impose pour assurer la réalisation de l'ensemble des travaux convenus.

Décider l'augmentation des quantités d'ouvrage permet d'accroître le budget qui soutient l'exécution des travaux initialement convenus. Le Conseil d'État colombien a toujours souligné que l'augmentation des quantités n'entraîne pas la modification du contrat, d'abord parce que la notion de celle-ci est réservée aux changements des prestations contractuelles et ensuite, car la valeur nominale qui correspond à la réalisation de l'objet reste la même. La mauvaise estimation des quantités lors de la conclusion du contrat ne fait pas que la valeur des travaux diminue ou augmente. La valeur de l'ouvrage, autrement dit le prix du contrat, n'est qu'un seul et ne connu qu'à la fin du contrat.

Ensuite, on a examiné les systèmes de variation des prix : la révision, l'actualisation et l'ajustement. Même si en droit colombien l'usage imprécis de ces termes est étendu, on a essayé de définir non seulement les limites de chaque notion, mais aussi de préciser le but de ces instruments : l'anticipation à de possibles bouleversements de l'équilibre financier du contrat.

En ce qui concerne ces notions, on a également conclu qu'elles n'ont pas une nature modificative du contrat.

À côté de ces instruments, on en a trouvé d'autres dont le caractère modificatif du contrat a suscité de grandes incertitudes.

Des événements de natures diverses sont susceptibles d'intervenir au cours de l'exécution d'un contrat administratif. Parfois ils peuvent changer la portée des obligations, d'autres fois ils ne font que rendre plus onéreuse l'exécution des prestations originelles et même ils peuvent empêcher définitivement la réalisation de l'objet.

On a pu déterminer que la modification du contrat n'est valable que lorsque l'évènement entraîne le changement de la portée des prestations que doit exécuter le cocontractant (par exemple, l'augmentation des travaux qui entraîne par conséquent, une augmentation du prix du contrat).

Pourtant, on a révélé la pratique de passer des modifications du contrat lorsque l'administration décide la compensation pour le bouleversement de l'équilibre financier, ce qui a produit la dilution (et même une disparition) du caractère exceptionnel, anormal et grave des risques susceptibles de réparation.

En Colombie, la pratique contractuelle révèle que l'altération de l'économie du contrat peut donner lieu ou bien à la passation d'un instrument qui accorde la réparation des dommages causés par le bouleversement de l'équilibre financier, ou bien à la conclusion d'une modification conventionnelle qui, sans aucune condition de gravité ou d'anormalité, augmente le prix du contrat.

Il semble que les parties sont libres d'en choisir.

Bien que la modification du contrat et l'indemnisation de dommages fassent référence à des notions différentes, les parties méconnaissent la distinction pour en choisir selon leur propre convenance, ou ce qui est pire, pour utiliser les deux instruments en même temps pour assurer une double compensation de l'évènement imprévisible.

Le choix de décider l'indemnisation par le biais d'un instrument de modification conventionnel conduit à ignorer l'obligation légale (arts. 4, 5 et 27 loi 80 de 1993) d'évaluer l'impact économique de l'événement, ce qui signifie que les parties sont libres d'établir un montant arbitraire.

Il nous semble que la solution n'est pas non plus d'interdire les accords conventionnels qui portent sur les conséquences économiques des faits imprévisibles. Le statut général des contrats administratifs se montre favorable à la solution directe des litiges, incluant ceux rattachés au bouleversement de l'équation économique du contrat.

La doctrine administrative colombienne réaffirme cette position : « sans crainte de nous tromper, nous pouvons indiquer que le statut dirige tous les efforts à ce que les contractants résolvent directement les conflits, de manière que l'intervention du juge ne soit nécessaire que pour les cas où une solution des parties a été impossible »⁸⁶⁴. Dans ce but, la loi 80 de 1993 prévoit plusieurs mécanismes d'accord direct entre les parties (art. 68) fondés sur le principe d'économie (art. 25.5). Par rapport au bouleversement qui rend l'exécution des prestations originelles plus onéreuse, la loi autorise concrètement la conclusion tous les accords nécessaires au rétablissement de l'équation altérée (art. 27.2).

Pourtant, l'accord direct ne peut pas signifier la méconnaissance des raisons qui donnent lieu à l'indemnisation. La théorie de l'imprévision, les faits d'inexécution ou de mauvaise exécution des obligations de l'administration, ainsi que le fait du prince, ont des conditions et des limites juridiques bien définies. Les conséquences économiques qui en découlent dans chacun des cas, sont aussi différentes.

Le droit administratif colombien pourrait se rapprocher au droit français qui prévoit des règles pour la conclusion de la convention qui accorde la réparation des faits imprévisibles. La circulaire du 20 novembre 1974 bien qu'ancienne, est un grand

⁸⁶⁴ L-G Davila-Vinueza, *op. cit.*, p. 511.

exemple de ce qui comporte le dédommagement des préjudices supportés par le cocontractant.

Mais alors qu'en Colombie il n'existe aucune réglementation dans ce sens, les limites de la modification du contrat et de l'allocation de l'indemnisation continueront à s'estomper, jusqu'à disparaître.

DEUXIÈME PARTIE :

LES LIMITES DE LA MODIFICATION

La limite est « une ligne... qui sépare deux domaines »⁸⁶⁵.

Pour G. Cabanellas-de-Torres, la limite est une division qui marque une séparation entre deux territoires⁸⁶⁶. Les limites sont les restrictions, les limitations et les barrières qu'en raison de leur nature prohibitive, il est interdit de dépasser. Les limites juridiques (ou d'autre catégorie, par exemple morales), sont considérées comme des barrières infranchissables.

T. González-Ballesteros fait référence, pour sa part, à une ligne qui détermine une étendue. Il parle également d'une chose ayant une portée spatiale déterminée, aussi bien sur le plan physique qu'abstrait⁸⁶⁷.

À notre avis, la limite désigne tout ce qui détermine un domaine ; tout ce qui sépare deux domaines. Bien qu'on parle de ligne, de bord ou de contour, ce qui est important est qu'ils ne peuvent pas être dépassés. Des synonymes sont fréquemment utilisés comme c'est le cas des termes « borne » et « frontière », qui indiquent précisément la limite qui détermine l'étendue d'un domaine ou d'un territoire.

E. Romero-Jouvín affirme que l'objectif principal du droit est d'établir des limites aux relations humaines, afin d'assurer une harmonie constante qui fonde les sociétés civilisées⁸⁶⁸.

⁸⁶⁵ Diccionario de la Real Academia Española [*Dictionnaire de l'Académie Royale Espagnole*], Espasa, 2001.

⁸⁶⁶ G. Cabanellas-de-Torres, *op. cit.*, « limite ».

⁸⁶⁷ T. González-Ballesteros, « Diccionario Jurídico » [*Dictionnaire juridique*], Dykinson, S.L., Madrid, 2011.

Délimiter quelque chose sur le plan physique n'est pas difficile car il existe toujours des bords tangibles, qui permettent de distinguer où commence le sujet et où il s'arrête. Bien évidemment Romero-Jouvín ne se réfère pas aux limites matérielles ou physiques, non plus qu'aux lignes de division visibles ou perceptibles d'une certaine façon. C'est pour cela que le sujet des limites acquiert une complexité inhabituelle.

À quoi les limites se réfèrent-elles lorsqu'on parle de la modification du contrat administratif ?

La réponse nous place sur le plan des idées. Les limites de la modification évoquent des lignes conceptuelles⁸⁶⁹. Elles indiquent les murs idéals qui délimitent et définissent la figure juridique de la modification du contrat.

L'étude de la notion de la modification du contrat nous a révélé qu'elle comprend des réalités diverses. Elle permet d'adapter le contrat aux nouvelles circonstances économiques, technologiques ou monétaires apparues lors de l'exécution des prestations, aussi bien que de prendre en compte les évolutions voulues par les parties et notamment par la personne publique⁸⁷⁰.

Elle permet également de rectifier les imperfections du contrat initial et peut même entraîner le changement des prestations initialement convenues. Cette idée est à la base de ce qui peut être appelé *les niveaux de la modification*.

Dans quelle mesure est-il possible de modifier un contrat administratif ? Quel est le niveau d'adaptation contractuelle admis en droit administratif colombien ?

⁸⁶⁸ Voir : E. Romero-Jouvín, « Los Límites del Derecho » [*Les Limites du Droit*], in *Revista Jurídica de la Universidad Católica*, ed. 10, 1993.

⁸⁶⁹ Diccionario de la Real Academia Española [*Dictionnaire de l'Académie Royale Espagnole*], Espasa, 2001.

⁸⁷⁰ Voir notamment : H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 5.

G. Cornu indique que l'adaptation est l'« opération modificative consistant pour des contractants... à réaménager les conditions de l'accord original ou de la situation en fonction de changements intervenus depuis lors »⁸⁷¹.

Quels sont les changements contractuels estimés valides par les sources de droit colombien ?

La réponse nous oblige à analyser les limites qui bornent la notion de la modification. Cela nous permettra en dernier ressort, de déterminer si un acte conventionnel ou unilatéral de l'administration est une modification valable du contrat ou s'il s'agit, par contre, d'un détournement des compétences interdit par l'ordre juridique.

L'étude des limites de la modification du contrat administratif sera abordée d'abord à partir du contenu de l'acte et ensuite, à partir de sa mise en œuvre.

Les limites relatives au contenu (**Titre 1**) vont nous permettre d'identifier ce qui peut être l'objet de la modification et ce qui ne le peut pas. La question se pose de déterminer dans quelle mesure on peut modifier un contrat administratif de manière valable.

Les limites à la mise en œuvre de la modification (**Titre 2**) vont nous conduire quant à elles, à l'analyse des formalités et des démarches qui permettent l'adoption d'un acte conventionnel ou unilatéral de l'administration.

⁸⁷¹ G. Cornu, *op. cit.*, p. 36.

TITRE I : LES LIMITES RELATIVES AU CONTENU DE LA MODIFICATION

La modification des contrats administratifs doit être comprise dans un sens très précis. L'étude de la notion nous a permis de conclure qu'elle se réfère à un changement partiel⁸⁷², voulu lors de l'exécution du contrat⁸⁷³.

Une modification peut avoir des objets très variés. Elle peut concerner la prestation à exécuter (par exemple les conditions techniques, le lieu de sa réalisation, son volume, sa quantité, etc.), ses conditions d'exécution (par exemple la durée d'exécution du contrat), ses stipulations financières, voire son objet⁸⁷⁴.

H. Hoepffner a bien souligné qu'en toute hypothèse, la modification ne peut que réaménager partiellement le contrat : « elle doit être mesurée afin d'être compatible avec le maintien du contrat initial »⁸⁷⁵. Ainsi, alors que les simples corrections visant à rectifier les erreurs formelles ou à combler les omissions non substantielles sont encouragées, les modifications importantes sont exposées au contentieux dès lors qu'elles provoquent la rupture du lien contractuel original.

Le dépassement de la ligne conceptuelle qui définit la notion de modification, a pour conséquence l'invalidité de l'acte de réaménagement du contrat. L'acte (unilatéral ou conventionnel) est invalide parce qu'il ne remplit pas les conditions requises pour produire ses effets⁸⁷⁶. Il est illégal car il est contraire aux dispositions de la loi.

⁸⁷² Voir : G. Cornu, *op. cit.*, « modification ».

⁸⁷³ Voir : S. Pons, *art. préc.*, n°71.

⁸⁷⁴ H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 5.

⁸⁷⁵ H. Hoepffner, *Ibidem*, p. 5.

⁸⁷⁶ Diccionario de la Real Academia Española [*Dictionnaire de l'Académie Royale Espagnole*], Espasa, 2001.

En ce qui concerne les limites matérielles, c'est-à-dire les bornes relatives au contenu de l'acte de modification, le dépassement a une conséquence additionnelle : l'obligation de conclure un nouveau contrat, qui doit, le cas échéant, être soumis à une nouvelle procédure de mise en concurrence.

La modification ne peut pas comporter la destruction du contrat.

Tout ce qui va au-delà des limites propres à la modification, entraîne l'obligation de passer un nouveau contrat : « lorsque la modification des obligations réciproques est importante, c'est-à-dire lorsque les prestations supplémentaires sont sensiblement différentes de celles initialement convenues, elle a un « effet novatoire » : une modification substantielle provoque la rupture du lien contractuel originaire et la conclusion d'un nouveau contrat, lequel nécessite, le cas échéant, la mise en œuvre d'une nouvelle procédure de dévolution concurrentielle »⁸⁷⁷.

C'est pour cela qu'il est si important de déterminer les limites de la modification et la ligne qui sépare cette notion de celle du nouveau contrat⁸⁷⁸.

Dans quels cas la modification ne conduit-elle pas à une simple adaptation du contrat, mais aboutit à la création d'un nouveau contrat ? Quelle est la ligne de division entre la modification du contrat administratif et la soumission à une nouvelle procédure de mise en concurrence ?

La distinction n'est pas, dans la pratique, facile à déterminer. Bien que l'appréciation ne puisse se faire qu'au cas par cas, il est possible de dégager des critères jurisprudentiels permettant d'identifier un nouveau contrat. Les premiers sont d'ordre qualitatif : ils s'attachent à l'objet en tant qu'élément modifié (**Chapitre 1**). Les seconds sont d'ordre quantitatif : ils s'attachent à l'ampleur de la modification en termes financiers (**Chapitre 2**).

⁸⁷⁷ H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 9.

⁸⁷⁸ M. Vélez, *art. préc.* : « si les conditions [de la modification] ne sont pas réunies et il est nécessaire d'exécuter le contrat distinctement à ce qu'on avait convenu, les parties ont l'obligation de résilier le contrat en vigueur afin de permettre l'adjudication d'un nouveau ».

CHAPITRE 1 : LA MODIFICATION DE L'OBJET DU CONTRAT

Selon l'article 13 de la loi 80 de 1993, « les contrats [passés par l'État]... sont régis par les normes commerciales et civiles correspondantes, sauf dans les matières particulièrement réglées par cette loi ».

Le statut général des contrats administratifs ne parle pas de l'objet des contrats, c'est pourquoi nous devons nous référer initialement au droit commun, afin d'aborder ce sujet.

L'article 1517 du Code civil colombien (qui reprend les mots de l'article 1126 du Code civil français) définit l'objet du contrat comme l'obligation de donner, de faire ou de ne pas faire. L'article 1518, relatif aux conditions de l'objet des obligations, affirme que « non seulement les choses qui existent peuvent être l'objet d'une déclaration de volonté, mais également les choses futures ; mais il est important que les unes et les autres soient de libre échange, ainsi que déterminées, au moins en ce qui concerne leur genre »⁸⁷⁹.

Citant G. Péquignot⁸⁸⁰, H. Hoepffner affirme que ces dispositions relatives à l'objet des contrats peuvent être transposées en droit administratif : « l'objet du contrat administratif doit être déterminé par les parties, du moins être déterminable, faute de quoi il n'y a pas de contrat »⁸⁸¹.

⁸⁷⁹ Dans le même sens, voir l'article 1129 du Code civil français : il faut que « l'obligation ait pour objet une chose au moins déterminée quant à son espèce. La quotité de la chose peut être incertaine, pourvu qu'elle puisse être déterminée ».

⁸⁸⁰ G. Pequignot, *op. cit.*, p. 231 : « la détermination de l'objet est si essentielle à l'accord des volontés contractantes, que formuler une règle à ce sujet paraît un simple truisme. Tous les effets du contrat doivent être déterminés par l'accord des parties. (...) Le contrat administratif déroge à cette règle : lors de sa conclusion, l'objet du contrat administratif peut être soigneusement déterminé (...) et cependant, l'Administration n'est pas rigoureusement tenue par l'obligation qu'elle a ainsi assumée. Elle peut modifier unilatéralement l'objet du contrat ».

⁸⁸¹ H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 149.

Toutefois, les solutions du droit civil et du droit administratif en ce qui concerne la modification de l'objet du contrat, semblent différentes.

En droit civil, « la modification a vocation à changer n'importe quel objet, corporel ou incorporel, prestation de service ou tout autre engagement de l'une des parties »⁸⁸². Un tel raisonnement n'est pas directement transposable en droit administratif en raison du rôle central des procédures de publicité et de la mise en concurrence réglant la passation des contrats⁸⁸³. Les parties ne peuvent pas librement changer l'objet de leur contrat.

Bien que la jurisprudence administrative colombienne ait déterminé les limites de la modification de l'objet du contrat administratif (**Section 1**), quelques décisions du juge semblent encourager les parties à franchir valablement ces limites (**Section 2**).

SECTION 1 : LES LIMITES DEGAGÉES PAR LA JURISPRUDENCE

Sur la base de la réglementation du droit public français (§1), la jurisprudence colombienne a timidement abordé le sujet des limites de la modification de l'objet des contrats administratifs (§2).

§1. LA RÉGLEMENTATION DU DROIT ADMINISTRATIF FRANÇAIS

En droit français, la modification de l'objet du contrat doit rester raisonnable (A). Si les parties, ou l'administration de manière unilatérale, peuvent adapter l'objet de leur contrat, elles ne peuvent pas en revanche, substituer un nouvel objet à l'objet

⁸⁸² A. Ghozi, *op. cit.*, n°241 et suiv.

⁸⁸³ H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 151.

initialement convenu (**B**). Il ne s'agirait alors plus d'une modification du contrat initial, mais de la conclusion d'un nouveau contrat.

A. L'aménagement raisonnable de l'objet

Comme la doctrine l'a bien remarqué, l'objet du contrat administratif n'est pas intangible, « au contraire, il doit pouvoir être adapté pour que le contrat vive, voire survive : la mutabilité de l'objet est un gage de la stabilité du contrat »⁸⁸⁴. En droit public français, l'affirmation du principe de la possibilité d'une modification de l'objet (**1**) a été suivie par la création de différentes notions qui ont permis de déterminer la limite de cette possibilité (**2**).

1. L'affirmation du principe

Depuis le début du XXème siècle, le juge administratif français a reconnu la possibilité de modifier les contrats passés par l'État, aussi bien unilatéralement, que par le biais d'un accord de volontés entre les parties.

Par rapport à la première forme de modification, les décisions du Conseil d'État du 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle de gaz de Deville-lès-Rouen* et du 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, ont déjà été abordées. Il n'y a pas lieu d'y revenir.

En ce qui concerne la modification conventionnelle, on peut citer l'arrêt du 22 novembre 1907, *Sieur Coste*, dans lequel le Conseil d'État a estimé qu'« aucune disposition de loi ou de règlement ne fait obstacle à ce que, au point de vue des rapports entre les parties contractantes, les clauses d'un marché, même passées par

⁸⁸⁴ H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 154. Voir également : L. Rapp, « Stabilité du contrat public et mutabilité de son objet », Cts MP 2008, étude n° 7 : « la stabilité du contrat ne s'oppose pas à la mutabilité de son objet. Bien au contraire. Mais elle l'encadre strictement », cité par H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 154.

voie d'adjudication, soient modifiées d'un commun accord, en cours d'exécution, sous réserve, le cas échéant, de l'approbation de l'autorité compétente »⁸⁸⁵.

Cependant, en ce qui concerne ses limites et ses conditions, la modification conventionnelle « n'a guère retenu l'attention de la doctrine avant la fin des années 1980 »⁸⁸⁶. Les limites de la modification des contrats administratifs ont été analysées durant plusieurs décennies uniquement sous l'angle du pouvoir unilatéral de l'administration, ce qui peut expliquer qu'actuellement le juge reconnaît aux parties un pouvoir relativement étendu par rapport à celui reconnu à l'administration agissant de manière unilatérale⁸⁸⁷. La modification unilatérale a, par rapport à l'objet du contrat, des limites plus contraignantes.

Le pouvoir de modification unilatérale ne doit ni dénaturer ni modifier les conditions essentielles du contrat⁸⁸⁸ et surtout pas son objet⁸⁸⁹ ; « l'Administration peut adapter, rectifier ou ajuster l'objet d'un contrat. Elle ne peut pas le changer, le modifier en lui en substituant un nouveau... ou le dénaturer en imposant des prestations exclues de l'objet du contrat initial »⁸⁹⁰.

Ainsi que cela est bien indiqué par A. de Laubadère, l'administration « ne peut pas utiliser son pouvoir de modification pour imposer au cocontractant des changements excessifs dépassant une mesure raisonnable »⁸⁹¹. Elle « peut affiner son projet initial, le rectifier au besoin, mais il lui est interdit de porter atteinte à ce qui constitue l'essentiel de la convention, en vertu de quoi les parties se sont déterminées à contracter »⁸⁹².

⁸⁸⁵ CE, 22 novembre 1907, *Sieur Coste*, Rec. 849.

⁸⁸⁶ H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 158.

⁸⁸⁷ Voir : H. Hoepffner, *Ibidem*, p. 160.

⁸⁸⁸ CAA Paris, 6 déc. 2005, *Sapim c. Cne de Trembay-en-France*, req. n° 02-03983. Cité par H. Hoepffner, *Ibidem*, p. 165.

⁸⁸⁹ CE 14 mars 1980, *CITEM*, D. 1980, jur. 495, note Théron. Cité par H. Hoepffner, *Ibidem*, p. 165.

⁸⁹⁰ H. Hoepffner, *Ibidem*, p. 165. Voir également : CE, 25 juin 1971, *Sté. des Établissements Marius Sériés*, Rec. 482 et CE, 17 fév. 1978, *Soc. Compagnie française d'entreprise*, Rec. 88.

⁸⁹¹ A. de Laubadère, « Du pouvoir de l'Administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs », *RDP*, 1954.36.

⁸⁹² F. Llorens, *op. cit.*, p. 263.

G. Pequignot est beaucoup plus catégorique : « sur le principe, tout le monde est d'accord. On conçoit, en effet, que lorsque le cocontractant a consenti sa collaboration à l'Administration, c'est en vue d'un objet déterminé, qu'il appartient à l'Administration d'augmenter et de modifier plus ou moins et non pas de changer complètement »⁸⁹³. Le pouvoir de modification de l'administration est étendu, certes, car il n'est qu'une manifestation de la puissance publique, mais la puissance publique ne peut agir arbitrairement. Si la décision administrative est prise à l'encontre de la nature, de la substance des engagements convenus, l'exercice du pouvoir unilatéral est remis en cause.

Mais, si le principe ne pose guère de doutes, sa mise en œuvre se révèle difficile. C'est pour cela que la jurisprudence a dégagé un certain nombre de notions pour déterminer la limite des modifications contractuelles.

2. Les notions de base pour déterminer la limite de la modification

D'abord, le juge administratif a parlé de l'atteinte à la *substance*, *essence* ou contenu du contrat⁸⁹⁴. L'administration ne peut pas imposer une modification qui entraînerait un changement de la substance ou essence du marché, tel que cela avait été initialement envisagé par les parties. Bien évidemment, c'est au juge qu'il appartient d'apprécier à quelles conditions il en est ainsi : « dans cette recherche, le juge ne s'en tient pas à la simple appréciation en valeur absolue de l'importance des changements imposés ; ce qu'il doit en réalité surtout rechercher, c'est si le

⁸⁹³ G. Pequignot, *op. cit.*, p. 232.

⁸⁹⁴ Voir : CE 1^{er} juillet 1914, *Monin*, Rec. 801 : l'administration est forcée à soutenir « la substance de son marché, telle qu'elle résultait des prévisions communes des parties lors de l'adjudication ». Voir également : CE, 27 février 1925, *Dolfini*, Rec. 219 : « les retards et modifications, en raison de leur faible importance, auraient constitué, non un changement de la substance du marché de nature à justifier la résiliation par application des dispositions de l'article 1148 du Code Civil, mais des sujétions dans l'exécution des travaux pouvant seulement donner droit éventuellement à une indemnité ». Finalement dans l'arrêt du 21 décembre 1938, *Belliard*, Rec. 967, le Conseil d'État parle des « difficultés qui ne sauraient être regardées, dans l'espèce, comme ayant modifié le marché dans son essence même ».

changement en question n'aboutit pas... à dénaturer le contrat par rapport à la conception faite par les parties au moment de sa conclusion »⁸⁹⁵.

Le Conseil d'État défend ce critère : « il appartient au juge du contrat d'apprécier si l'importance des modifications apportées par l'administration aux travaux excède ou non ce qui pouvait être envisagé lors de la passation du contrat, en égard à la nature de l'ouvrage à exécuter »⁸⁹⁶.

Pour effectuer cette appréciation, les notions d'ouvrages nouveaux et d'ouvrages imprévus, supplémentaires et complémentaires, ont été créées. La modification du contrat ne peut porter que sur des ouvrages imprévus, supplémentaires ou complémentaires car ils ont le caractère *raisonnable* exigé par la jurisprudence pour leur validité. Par contre, les modifications qui entraînent l'exécution des ouvrages nouveaux sont interdites.

L'ouvrage nouveau est « celui qui est étranger par son objet au travail prévu dans le contrat, sans rapport avec celui-ci, ou encore qui, quoique prévu en lui-même au contrat, serait exécuté dans des conditions entièrement nouvelles et différentes de celles prévues »⁸⁹⁷. Le Conseil d'État français emploie pour le qualifier, des expressions telles que « travail étranger à l'objet du contrat »⁸⁹⁸, « ne pouvant être regardé comme se rattachant à l'exécution du marché passé »⁸⁹⁹ et « ne ressemblant en rien à celui qui avait été prévu »⁹⁰⁰. Le juge a considéré qu'il y avait un ouvrage nouveau dans les cas des travaux d'une consistance différente de celle prévue et dans une localité distante de trois kilomètres⁹⁰¹ ; des travaux d'étanchéité alors que le marché portait sur des canalisations⁹⁰² ; dans l'adoption de nouveaux projets renversant complètement des proportions initiales⁹⁰³ ; dans la substitution d'emplacement constituant une « modification essentielle aux conditions du

⁸⁹⁵ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *op. cit.*, n° 1242, cite n° 7.

⁸⁹⁶ CE, 17 mars 1932, *Mourier*, Rec. 340.

⁸⁹⁷ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *op. cit.*, n° 1244.

⁸⁹⁸ CE, 25 juin 1971, *Sté des Ets Marius Séries*, Rec. 482

⁸⁹⁹ CE, 12 juillet 1950, *Viturat*, Rec. 433.

⁹⁰⁰ CE, 30 décembre 1887, *Jauffret*, Rec. 873.

⁹⁰¹ CE, 14 avril 1948, *Ministre des Armées*, Rec. 159

⁹⁰² CE, 12 juillet 1950, *Viturat*, Rec. 433.

⁹⁰³ CE, 30 décembre 1887, *Jauffret*, Rec. 873

marché »⁹⁰⁴ et des travaux de démolition prescrits dans un marché de démolition d'immeubles menaçant ruine mais pour d'autres causes⁹⁰⁵.

En droit administratif français, le juge a aussi parlé du travail « hors marché » qui ne peut être rattaché à l'exécution du contrat initial⁹⁰⁶ : « travaux hors marché qui ne rentrent pas dans l'objet du marché litigieux »⁹⁰⁷ ; « les travaux effectués ... ne peuvent être regardés comme se rattachant à l'exécution du marché »⁹⁰⁸

L'ouvrage imprévu, pour sa part, est un ouvrage qui ne figurait pas dans le marché initial, mais qui peut être prescrit par l'administration sous réserve d'une rémunération nouvelle⁹⁰⁹. Cet ouvrage ne peut pas être totalement étranger au contrat car il serait considéré comme un ouvrage nouveau⁹¹⁰.

Les travaux supplémentaires sont « ceux qui, bien que non mentionnés au « détail estimatif », ont un prix porté au bordereau (C.E. 23 décembre 1932, *Département de l'Aisne*, p. 1140 ; 30 janvier 1935, *Éts Brisset*, p. 132 ; 25 novembre 1936, *Éts Descours*, p. 1030; 20 janvier 1937, *Ville de Houilles*, p. 81, etc.). Ils sont indemnisés dans certaines conditions »⁹¹¹.

Finalement, les travaux complémentaires constituent un « parachèvement des ouvrages indiqués au devis »⁹¹².

⁹⁰⁴ CE, 30 juin 1905, *Baruel*, Rec. 602.

⁹⁰⁵ CE, 19 novembre 1930, *Ministre des régions libérées*, Rec. 955.

⁹⁰⁶ CE, 6 juillet 1938, *Ville de Reims*, Rec. 637 : cas d'une société chargée par une ville de travaux d'entretien des voies publiques qui n'entraient dans aucune des catégories visées par le cahier des charges.

⁹⁰⁷ TA Versailles 7 janvier 1957, *Sté Sutra c. Ville de Pontoise*, p. 13.

⁹⁰⁸ TA Nice, 28 mai 1958, *Cazautets*, p. 732.

⁹⁰⁹ Voir : A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *op. cit.*, n° 1245.

⁹¹⁰ À titre d'exemple, les auteurs du traité des contrats administratifs évoquent les travaux de reconstruction d'un aqueduc détruit par suite de l'éboulement d'un remblai au cours de la construction d'une voie de chemin de fer (CE 30 novembre 1910, *Département de la Seine Inférieure*, Rec. 855) ; les travaux nécessités par l'absorption de remblais dans un sol marécageux (CE, 23 décembre 1932, *Département de l'Aisne*, Rec. 1140) et la substitution d'un pont à cinq arches à un pont initialement prévu à une arche (CE 20 juillet 1877, *Barnay*, Rec. 727). Voir : A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *op. cit.*, n° 1245.

⁹¹¹ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Ibidem*, n° 1245.

⁹¹² CE, 8 décembre 1920, *Rossy*, Rec. 1043 ; 1^{er} février 1928, *Grégoire*, Rec. 158, cités par A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *op. cit.*, n° 1245.

Les auteurs du traité des contrats administratifs indiquent qu'il faut reconnaître que les différences entre ces divers concepts sont parfois assez floues et n'intéressent que le mode d'indemnisation ; « pratiquement la distinction est souvent très imprécise et la jurisprudence ne l'applique pas toujours avec rigueur »⁹¹³.

Si les limites au pouvoir de modification unilatérale de l'objet sont difficiles à tracer, cela est plus évident dans le cas de la modification conventionnelle où la démarche est beaucoup moins contraignante.

La doctrine rappelle qu'avant l'adoption du décret n° 92-1310 du 15 décembre 1992 encadrant les avenants aux marchés publics, la jurisprudence a été particulièrement souple, en se contentant de contrôler que l'avenant ait pour objet d'assurer la poursuite des prestations déjà réalisées : « le Conseil d'État a ainsi admis la légalité d'un avenant prévoyant la réalisation de travaux de démolition à la place de la construction d'un nouveau bâtiment [CE 9 févr. 1994, *Sté. Biterroise de plâtres et constructions*, RDP 1994.864]. Il a également admis la réalisation de prestations supplémentaires dans 14 lots sur 30 dans un marché public conclu après appel d'offres, en ne mentionnant ni le montant, ni la durée de l'avenant [CE 29 juill. 1994, *Communauté Urbaine de Lyon*, Rec. 1033] »⁹¹⁴.

La jurisprudence s'est ensuite progressivement durcie mais en se fondant sur le montant des prestations et non sur leur objet. Par exemple, dans un arrêt de 1996, le Conseil d'État a censuré un avenant à un marché de travaux conclu en vue de la construction d'un lotissement, non pas en raison de son objet, mais de l'augmentation du prix qu'il engendrait (autour de 43 %) ⁹¹⁵.

Plus récemment, deux décisions témoignent de la souplesse de la jurisprudence française par rapport à la modification conventionnelle de l'objet. D'abord, la Cour administrative d'appel de Bordeaux a admis la validité d'un avenant à un marché de maîtrise d'œuvre modifiant le projet architectural initial, en prévoyant la construction

⁹¹³ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Ibidem*, n° 1245

⁹¹⁴ H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 160.

d'un bâtiment neuf au lieu de la restructuration d'un bâtiment existant. La Cour a constaté simplement que l'architecture, l'organisation et les superficies des deux projets étaient comparables⁹¹⁶.

Ensuite, on peut citer l'arrêt du 11 juillet 2008 où le Conseil d'État a considéré que l'extension du service parisien de vélos sur le territoire d'une trentaine de communes limitrophes de Paris doit être « conçue comme un complément du réseau parisien » pouvant faire l'objet d'un simple avenant. Selon cet arrêt, il y a une « identité de nature entre la prestation prévue par le marché initial et la prestation supplémentaire ainsi proposée aux usagers du système parisien Vélib' » et ce complément a une « portée limitée », « dès lors qu'il ne s'agit que d'une extension réduite du service public parisien de vélos en libre-service sur une largeur de 1 500 mètres autour de la ville, afin d'améliorer un service rendu essentiellement aux usagers qui habitent à Paris ou qui s'y rendent et non de mettre en place un service distinct destiné aux déplacements dans les communes limitrophes »⁹¹⁷.

Il est intéressant de voir que la solution retenue par le Conseil d'État est contraire aux conclusions du commissaire du gouvernement Boulouis, qui a affirmé un changement de périmètre du contrat ainsi qu'un changement de financement : « c'est donc bien au total à un changement de nature que la Ville a procédé ».

Certes les limites entre l'adaptation raisonnable des prestations initiales du contrat et la modification substantielle de l'objet sont difficiles à tracer. Mais le droit administratif français n'a pas renoncé à réaffirmer l'interdiction de substituer un nouvel objet par le biais d'une modification contractuelle.

B. L'interdiction de substituer un nouvel objet à l'objet initial

⁹¹⁵ CE, 8 mars 1996, *Cne de Petit-Bourg*, RDI 1996.370.

⁹¹⁶ CAA Bordeaux, 7 mars 2006, n°02BX01468, *SCP d'architectes Dubosc et Landowski*, *Cts MP* 2006, comm. 168, cité par H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 160.

⁹¹⁷ CE, 11 juillet 2008, *Ville de Paris*, n° 312354.

Il faut reprendre ici la notion d'ouvrage nouveau définie comme celui qui est étranger par son objet au travail prévu lors de la passation du contrat, ou même comme celui qui, s'il a été prévu en lui-même au contrat, serait exécuté dans des conditions entièrement nouvelles de celles prévues⁹¹⁸.

Il est clair ainsi que ni l'administration à travers une modification unilatérale, ni les parties par le biais d'avenant, ne peuvent modifier le contrat afin d'exécuter un ouvrage nouveau⁹¹⁹.

H. Hoepffner rappelle que l'interdiction de substituer un ouvrage nouveau est apparue à la fin du XIX^{ème} siècle, dans les arrêts reconnaissant un pouvoir de modification unilatérale à l'administration, afin de protéger les cocontractants contre d'éventuels abus de ce droit⁹²⁰. Plus tard, cette interdiction a trouvé un nouvel essor dans la jurisprudence, tendant à limiter le pouvoir de modification conventionnelle, afin de protéger les tiers contre d'éventuelles atteintes au principe de mise en concurrence : « le raisonnement suivi par le juge administratif pour le pouvoir de modification unilatérale de l'Administration a été tout naturellement transposé au pouvoir de modification conventionnelle des parties. Désormais, d'une façon générale, l'instrument de mesure du nouveau contrat doit être recherché dans l'égalité de la concurrence »⁹²¹.

Un effort considérable des sources formelles pour limiter la portée des modifications de l'objet du contrat, a été l'adoption du décret n° 92-1310 du 15

⁹¹⁸ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *Ibidem*, n° 1244.

⁹¹⁹ Voir les considérations réalisées dans la section antérieure par rapport avec des ouvrages imprévus, supplémentaires et complémentaires.

⁹²⁰ Cette auteur fait ressortir les décisions suivantes : CE 30 juin 1887, *Jauffret*, Rec. 875 ; CE 8 févr. 1889, *Corre*, Rec. 181 ; CE 17 mai 1901, *Ville de Marseille c/ Sieur Brossier*, Rec. 474 ; CE 10 janv. 1902, *Cie nouvelle de gaz de Deville-les-Rouen*, Rec. 5 ; CE 23 nov. 1906, *Cie du gaz de Pamiers*, Rev. conc. 1907.211 ; CE 21 mars 1910, *Compagnie générale des tramways*, S. 1911.3.1, concl. L. BLUM. Voir : H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 167, cite n° 117.

⁹²¹ H. Hoepffner, *Ibidem*, p. 167. Voir également : CE, 8 nov. 2000, *Régie Immobilière de la Ville de Paris*, req. n° 193355 : « la commune intention des parties avait été de substituer le contrat du 22 juin 1984 précité au contrat du 5 février 1980 et à ses avenants successifs et qu'ainsi le second contrat avait nécessairement eu pour effet de mettre fin aux obligations qui pouvaient peser sur les parties en application de la première convention » ; cassation : le second contrat précisait qu'il « n'était en rien la suite où la conséquence du contrat du 5 février 1980 ni sur le plan juridique, ni sur le plan financier... [ce faisant, il] a dénaturé la commune intention des parties ».

décembre 1992, aujourd'hui l'article 20 du CMP : « sauf sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ou une décision de poursuivre ne peut bouleverser l'économie du marché ou de l'accord-cadre, ni en changer l'objet ».

Pour la doctrine, « ni un avenant, c'est-à-dire un acte conventionnel, ni une décision de poursuivre, c'est-à-dire un acte unilatéral, ne peuvent porter sur des prestations n'ayant pas pour finalité la poursuite de l'exécution du contrat initial »⁹²². Ces prestations qu'on peut appeler dissociables, constituent un nouveau marché soumis aux règles de passation des contrats établies par le code.

Il est important de noter que la solution du CMP n'est pas seulement applicable aux marchés publics, mais à l'ensemble des contrats dépendant d'une mise en concurrence⁹²³. À cet égard, l'effort du pouvoir réglementaire français est également perceptible.

L'article 16-1 du décret n° 2004-18 du 6 janvier 2004 (modifié par le décret 2004-732 du 26 juillet 2004), concernant les contrats de partenariat conclus pour les besoins de la justice, de la police nationale, de la gendarmerie, des armées ou des services du ministère de la défense, prescrit que « sauf sujétion technique imprévue, un avenant ne peut bouleverser l'économie de la convention de bail, ni en changer l'objet ».

Le principe a également été transposé aux délégations de service public par le juge, avec un large soutien de la doctrine : « comme en matière de marchés publics, la logique du principe de mise en concurrence milite incontestablement dans le sens d'un encadrement juridique des avenants aux délégations de service public (...) le juge devrait ainsi, en tout logique, transposer à la passation des avenants aux

⁹²² H. Hoepffner, *Ibidem*, p. 168.

⁹²³ J-M Peyrical, « Les avenants, source d'unification des contrats publics », *Contrats publics, Mél. M. Guibal*, t.I, p. 825. Pour P. Delvolvé, le droit commun des contrats administratifs peut suffire à autoriser la modification du contrat et fixer sa limite : l'interdiction de le modifier substantiellement ou d'en dénaturer l'objet. Voir : P. Delvolvé, chron. *BJCP* n°34/2004, p. 166 et n°37/2004, p. 434, commentant le décret du 26 juillet 2004.

délégations de service public les principes dégagés, sans texte, en matière de marchés publics »⁹²⁴.

Le Conseil d'État s'est prononcé dans ce sens par l'avis du 16 septembre 1999⁹²⁵ et ultérieurement par l'avis du 19 avril 2005, relatif aux délégations de service public de remontées mécaniques⁹²⁶. Dans cette dernière décision le juge a souligné qu'un avenant « ne saurait modifier l'objet » initial du contrat. Il affirme qu'un avenant ne saurait non plus « modifier substantiellement l'un des éléments essentiels de la délégation », tels que sa durée ou le volume des investissements à la charge du délégataire.

Il faut remarquer que, bien que cette solution ait été rendue à l'égard des instruments conventionnels, elle s'étend aux modifications unilatérales décidées par l'administration⁹²⁷. Elle ne s'applique pas seulement « aux décisions de poursuivre, qui sont une modalité particulière du pouvoir de modification unilatérale... [Mais aussi] aux modifications unilatérales « ordinaires » afin d'éviter que le pouvoir de modification unilatérale devienne une alternative au pouvoir de modification conventionnelle des parties, permettant de contourner la réglementation relative aux avenants »⁹²⁸.

N. Symchowicz souligne qu'il serait « choquant que le recours au procédé unilatéral durant l'exécution du contrat puisse permettre d'échapper aux contraintes particulières de formation du contrat ou de la formation des avenants »⁹²⁹.

Il convient de préciser finalement que cette interdiction de remplacer l'objet du contrat initial, ainsi que de modifier substantiellement l'un de ses éléments

⁹²⁴ N. Symchowicz, « La notion de délégation de service public », *AJDA*, 1998.195.

⁹²⁵ CE, avis 16 septembre 1999, n° 362908, *BJCP*, n° 10/2000, p. 199.

⁹²⁶ CE, avis 19 avril 2005, *EDCE*, n° 371234, p. 197.

⁹²⁷ Il convient de préciser, cependant, notamment en matière de travaux publics, qu'il n'appartient pas au juge administratif de prononcer l'annulation des mesures prises par l'administration, mais seulement de prononcer soit une condamnation à indemnité, soit la résiliation du marché à la demande du cocontractant. La sanction habituelle des limites du pouvoir de modification unilatérale se trouve ainsi dans le droit à résiliation.

⁹²⁸ H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 172.

essentiels, n'est pas propre au droit français. Elle a été reprise par le droit de l'Union européenne : « bien que les directives ne contiennent pas de dispositions explicites relatives à la modification, la jurisprudence, s'appuyant sur les objectifs du droit communautaire, a dégagé une obligation de transparence fondée sur le principe de non-discrimination et d'égalité de traitement, applicable au stade de l'exécution des contrats »⁹³⁰.

La Cour de Justice des Communautés Européennes (aujourd'hui Cour de justice de l'Union européenne) a eu l'opportunité de se prononcer à ce sujet, d'abord dans un arrêt du 27 octobre 2005, sanctionnant des avenants portant sur des prestations dissociables de celles prévues par le contrat initial au motif que « des modifications apportées aux dispositions d'un marché public constituent une nouvelle passation de marché lorsqu'elles présentent des caractéristiques substantiellement différentes de celles du marché initial »⁹³¹.

Par l'arrêt du 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, la Cour a également précisé qu'une modification du droit est considérée comme substantielle « lorsqu'elle introduit des conditions qui, si elles avaient figuré dans la procédure de passation initiale, auraient permis l'admission de soumissionnaires différents de ceux initialement admis ou auraient permis de retenir une offre autre que celle initialement retenue », ou « lorsqu'elle étend le marché, dans une mesure importante à des services non initialement prévus »⁹³².

Ce qui est derrière l'interdiction de modifier l'objet du contrat au cours de son exécution, c'est la nécessité de préserver la cause du contrat, ce qui en dernier ressort tourne à l'avantage des droits de la concurrence.

⁹²⁹ N. Symchowicz, « Les renonciations de la personne publique à l'application du contrat », *AJDA*, 1998.770, p. 777.

⁹³⁰ H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 172.

⁹³¹ CJCE, 27 octobre 2005, *Commission c/ République Italienne*, Aff. C-187/04 et C-188/04.

⁹³² CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, Aff. C-454/06.

Un changement radical de l'objet du contrat « aboutit à une modification de la cause subjective du contrat »⁹³³. La substitution d'un objet à un autre ou la modification substantielle de celui-ci provoque une modification de la cause du contrat, c'est-à-dire de la raison ayant déterminé les parties à conclure le contrat. C'est pourquoi on affirme que c'est conformément à la logique contractuelle que la modification de l'objet doit être limitée.

Si en droit français, il existe un consensus face à l'interdiction de remplacer l'objet lorsque l'administration de manière unilatérale ou les parties conventionnellement ont décidé une modification du contrat, en droit administratif colombien cette exigence est beaucoup moins claire.

§2. LA SOLUTION INCERTAINE DU DROIT COLOMBIEN

Bien que les premiers statuts généraux des contrats administratifs interdisent expressément la modification de l'objet du contrat, la jurisprudence administrative a nuancé cette solution en permettant la modification dans certains cas (**A**). La loi 80 de 1993 n'a pas repris cette interdiction, ce qui a permis à la jurisprudence de réaffirmer la possibilité de modifier l'objet, en soulignant certaines limitations (**B**).

A. La solution jurisprudentielle face à l'interdiction légale

L'interdiction légale de modifier l'objet du contrat prévue par les anciens statuts généraux des contrats administratifs (**1**) a poussé le Conseil d'État à interpréter la portée des normes, pour en conclure qu'une modification dans ce sens était valable (**2**).

1. L'interdiction légale

⁹³³ H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 159.

La norme qui s'est référée pour la première fois à la portée de la modification des contrats administratifs, a été l'article 45 du décret 150 de 1976, relatif aux *contrats additionnels* : « lorsqu'en raison des circonstances particulières, il est nécessaire de modifier le délai et la valeur convenus... un contrat additionnel sera conclu, ne pouvant pas excéder la moitié du montant initialement convenu ».

Cette disposition n'a prévu que la modification du prix et de la durée du contrat, ce qui a suscité quelques doutes sur la possibilité de convenir de modifications différentes de celles-ci, comme par exemple, de l'objet.

Pourtant le débat ne s'est posé que sur le plan théorique puisque dans la pratique, les personnes publiques ont convenu à maintes reprises, des modifications à l'objet des contrats.

L'interdiction de la loi n'a pas signifié l'impossibilité pour les parties de convenir de la modification de l'objet, mais l'interdiction de le faire à travers des « contrats additionnels » réservés aux changements du prix et du délai. L'administration a ainsi convenu du changement de l'objet du contrat par le biais de n'importe quel instrument conventionnel appelé autrement. C'est pour cela que les modifications de l'objet des contrats administratifs sans aucune limitation, ont été une pratique courante pendant cette période.

Ensuite, le gouvernement a édicté le décret 222 de 1983 qui, dans deux dispositions, a interdit la modification de l'objet des contrats passés par l'État.

La première d'entre elles, relative à la modification unilatérale du contrat, a indiqué que « lorsque l'intérêt public rend indispensable l'incorporation de modifications dans les contrats administratifs, les règles suivantes seront observées :

a. Le type et l'objet du contrat ne pourront être modifiés.

b. Les conditions techniques pour la réalisation du contrat doivent être conservées (...) » (article 20).

La deuxième norme, relative à la modification conventionnelle du contrat, a repris la disposition du décret 150 de 1976 citée ci-dessus, qui a prévu la passation des contrats additionnels pour la modification du prix et du délai de la convention initiale. L'alinéa final de l'article 58 du décret 222 de 1983 a précisé cependant qu'« en aucun cas, l'objet des contrats ne pourra être modifié, ni son délai prolongé s'il avait expiré ».

Ces dispositions ont clairement interdit la modification de l'objet des contrats administratifs ; le statut général n'a pas précisé dans quels cas se présentait la modification de l'objet, ni les exceptions que la prohibition admettait. L'ensemble des modifications contractuelles autres que celles relatives au prix et au délai du contrat, étaient-elles interdites ?

Une interdiction aussi radicale du décret 222 de 1983 peut s'expliquer par l'usage assez fréquent par les parties des instruments de modification pour convenir du changement de n'importe quel élément du contrat, voire de l'essence de l'objet. Pourtant, l'adoption de ces décrets a signifié la formalisation d'une prohibition incohérente qui n'a pas permis l'adaptation du contrat aux besoins du service public. C'est pourquoi, le juge administratif a décidé d'interpréter le décret pour permettre la modification de l'objet des contrats.

2. L'interprétation du Conseil d'État

La réglementation du décret 222 de 1983 allait à l'encontre du principe de mutabilité du contrat administratif, en plus d'ignorer les besoins d'adaptation du service public et l'obligation de l'État d'assurer la continuité de ces services.

C'est pour cela que par l'avis du 15 mars 1990, le Conseil d'État a décidé d'interpréter ce décret, pour permettre les modifications de l'objet : « de ces normes, on peut clairement en déduire que le législateur extraordinaire a appelé à tort « contrats additionnels » les modifications du délai et de la valeur des contrats administratifs...

Ce n'est que lorsqu'il est nécessaire de réformer l'objet du contrat qu'on est devant la passation de véritables contrats additionnels, car ceci entraîne une modification fondamentale de l'accord initial. Pour ces raisons, il faut comprendre que si la norme parle de la passation d'un contrat additionnel pour la modification du délai ou de la valeur, elle ne se réfère qu'à une simple rectification du contrat. Un contrat additionnel est conclu lorsque les parties contractantes conviennent d'une modification de l'objet, du délai et du prix du contrat. C'est le cas par exemple, d'un contrat d'ouvrage public, lorsque la construction d'un tronçon d'une route est convenue et après le début des travaux, les parties conviennent de l'allongement du tronçon. Ce changement justifie la modification du contrat, du délai et de la valeur du contrat principal, ce qui conduit nécessairement à la passation d'un contrat additionnel »⁹³⁴.

Ce critère a été réitéré par le Conseil d'État dans l'avis du 17 mai 1994⁹³⁵.

Malheureusement, le juge ne fait que réduire le problème de l'interdiction de la modification de l'objet à une question du nom de l'instrument : les normes du décret 222 de 1983 ont abordé la modification du prix et le délai du contrat, mais elles n'ont pas réglé vraiment la passation des contrats additionnels car ils sont réservés aux cas de modification de l'objet.

Pour le juge administratif, le décret 222 de 1983 interdit uniquement d'utiliser l'instrument de modification du prix et du délai pour modifier également l'objet du contrat, mais sans réellement empêcher ce dernier type de modification. Le Conseil d'État a alors considéré valable la modification de l'objet des contrats administratifs.

Il s'agissait vraiment d'un stade précoce du droit de la modification de l'objet, car les limites n'avaient pas encore été définies. Le juge n'a fait que préciser que, contrairement aux prévisions du deuxième statut des contrats administratifs, la

⁹³⁴ Conseil d'État, avis du 15 mars 1990, req. 350.

⁹³⁵ Conseil d'État, avis du 17 mai 1994, req. 601.

modification de l'objet était possible. La consolidation du principe de modification de l'objet des contrats a eu lieu plusieurs années après.

B. La consolidation du principe de modification de l'objet

La possibilité de modifier l'objet du contrat a été finalement admise en vertu de la théorie de la mutabilité raisonnable dégagée par la jurisprudence (1). La loi 80 de 1993 a éliminé l'interdiction de modifier l'objet prévue par le statut précédent, ce qui a signifié la réaffirmation de la solution jurisprudentielle (2).

1. Le critère de la mutabilité raisonnable dégagé par la jurisprudence

Dans une décision remarquable de 1991, le Conseil d'État a fixé les bases de la modification de l'objet du contrat. Il a répondu aux questions suivantes : le pouvoir de modification de l'administration publique est-il illimité ? L'administration peut-elle modifier de manière arbitraire un contrat administratif ?

Citant la doctrine argentine⁹³⁶, le Conseil d'État a indiqué que la mutabilité du contrat a de limites ; elle est toujours soumise au principe du changement raisonnable : « en premier lieu, toute modification décidée par l'administration publique lors de l'exécution d'un contrat administratif, doit surtout respecter l'essence du contrat conclu et celle de son objet, car une altération dépassant ces bornes signifierait, en réalité, la passation d'un autre contrat, non voulu par le cocontractant... Il y a de nombreux exemples qui peuvent être cités : a) l'accord sur la construction d'un bâtiment en bois que l'administration veut modifier pour imposer la construction d'un bâtiment en béton armé ; b) la fourniture d'éclairage au gaz lorsque la personne publique veut la mise en œuvre d'éclairage électrique ; c) la fourniture des fourrages pour les animaux d'un bataillon qu'après la mise en marche des véhicules motorisés, l'administration décide de modifier pour assurer la fourniture d'essence et d'autres combustibles liquides, etc.

(...)

Les modifications qui vont au-delà de la mutabilité raisonnable du contrat, permettent au cocontractant de demander sa résiliation, ainsi que l'indemnisation des dommages qu'il aurait pu subir. L'administration publique ne perd pas son pouvoir de modification du contrat... mais l'exercice de sa prérogative entraîne certainement des limites... »⁹³⁷.

Le Conseil d'État a ainsi dégagé la théorie de la mutabilité raisonnable pour déterminer la validité d'une modification du contrat, qui n'a été reprise que par une décision ultérieure⁹³⁸.

2. La solution légale

La loi 80 de 1993 s'éloigne de la solution des statuts précédents qui ont interdit la modification de l'objet du contrat. De fait, la loi ne prévoit aucune règle concernant l'aménagement de l'objet, ce qui a signifié la prévalence des critères dégagés par la jurisprudence.

La théorie de la mutabilité raisonnable a régi la passation de modifications conventionnelles durant plusieurs années, jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi 1150 de 2007 qui a introduit un nouveau critère pour déterminer la légalité de la modification des contrats : elle doit être directement liée à l'objet initial du contrat.

⁹³⁶ H-J Escola, *op. cit.*, pág. 391.

⁹³⁷ Conseil d'État, arrêt du 31 janvier 1991, req. 4739, 4642 et 5951.

⁹³⁸ Conseil d'État, arrêt du 31 août 2011, req. 18080 : le « pouvoir de modification de l'administration est limité, en raison du fait qu'elle doit respecter l'essence du contrat conclu et celle de son objet, car une altération dépassant ces extrêmes signifierait, en réalité, la passation d'un contrat différent, non voulu par le cocontractant ; de plus, dans tout contrat incorporant une modification, l'équilibre économique du contrat doit être conservé ; le cocontractant doit donc être indemnisé si la modification entraîne le bouleversement de cet équilibre ».

Selon l'article 28 de la loi 1150 de 2007, relatif à la prorogation des concessions d'ouvrages publics, « dans les contrats de concession d'ouvrage public, il pourra y avoir une prolongation ou une addition allant jusqu'à soixante pour cent (60%) de la durée initiale indépendamment du montant de l'investissement, à condition qu'il s'agisse d'ouvrages additionnels directement liés à l'objet de la concession, ou lorsque cela est nécessaire pour assurer la récupération des investissements... Dans les concessions routières, la convention devra porter sur le même couloir routier ».

Cette disposition fut l'objet d'un control de constitutionnalité, ce qui a permis à la Cour Constitutionnelle colombienne d'analyser les limites de la modification des contrats administratifs⁹³⁹.

La Cour a fait allusion au processus législatif de rédaction et d'approbation de l'article 28 cité, pour montrer que dans le premier projet de loi, aucune limite n'était prévue. À ce stade, le législateur a souligné la possibilité de modifier les contrats administratifs, sans plus d'observations⁹⁴⁰.

Après, le législateur a interdit entièrement la modification de l'objet⁹⁴¹ et, finalement, il a adopté une rédaction qui ne permet que la modification des prestations directement liées à l'objet initial du contrat.

L'avis du Ministre du transport, qui a été repris par la Chambre des Représentants du Congrès de la République, a été capital : « en premier lieu, aucun

⁹³⁹ Cour Constitutionnelle, arrêt C-300 du 25 avril 2012.

⁹⁴⁰ Texte approuvé lors de la session plénière du Sénat du Congrès de la République de la Colombie : « article 15. Les concessions soumises à la loi 80 de 1993, actuelles et futures, ne pourront être modifiées dans plus du montant de 60% de la valeur actualisée du contrat, correspondant à la somme des ressources prévues pour le paiement du contrat de concession », GC n° 90 du 28 avril 2006.

⁹⁴¹ Texte approuvé par la commission constitutionnelle primaire de la Chambre des Représentants du Congrès de la République de la Colombie : « article 15. De l'addition et la prolongation des contrats de concession d'ouvrage public. La valeur des contrats de concession d'ouvrage public pourra être additionnée de soixante pourcent (60%) au maximum, à condition qu'elle n'implique aucune modification de l'objet contractuel. Il n'y aura aucune prolongation automatique dans les Concessions », GC n° 96 du 27 mars 2007.

contrat ne peut changer l'objet, l'objet ne peut être modifié et le projet de loi prévoit cette interdiction.

En ce qui concerne les concessions routières, la modification ne peut pas porter sur le couloir routier. Ce qui est mis en concession est toujours le couloir routier ; celui-ci est l'objet du contrat. Le couloir routier ne peut changer dans aucun contrat, ni d'ouvrage public, ni de concession, ni d'aucune autre nature, car l'objet contractuel, on le répète, est le couloir routier »⁹⁴².

Bien que l'avis n'a porté que sur les concessions routières, la Cour Constitutionnelle a dégagé des conclusions qui nous semblent applicables à ensemble des contrats administratifs : « la Cour considère que... la modification de l'objet du contrat, en tant qu'élément de l'essence, ne peut avoir lieu que par le biais d'un nouveau contrat ; permettre le contraire conduirait à autoriser son remplacement sans respecter les formalités propres du contrat de l'État, en préjudice des principes que visent ces règles. Cela ne veut pas dire que l'objet ne peut pas être complété, à condition qu'il s'agisse de l'addition d'activités nécessaires pour la bonne exécution du contrat.

(...)

De plus, la modification du contrat est limitée par l'impossibilité de bouleverser ses éléments essentiels –comme l'objet- et de le dénaturer. Dans cette hypothèse, face à l'existence d'un nouveau contrat, une nouvelle procédure de mise en concurrence est requise, aussi bien que le respect des autres formalités prévues pour la conclusion des contrats d'État, dont la finalité est d'assurer le respect des principes de la fonction administrative »⁹⁴³.

La solution de la Cour Constitutionnelle s'éloigne du critère de la mutabilité raisonnable dégagé par le Conseil d'État. Elle parle, au contraire, de l'interdiction de *remplacer* l'objet initial du contrat administratif et de le *dénaturer*. Si la modification

⁹⁴² GC, n° 289 de 2007, « Acte de Session Plénière 49 du 15 mai 2007 ».

⁹⁴³ Cour Constitutionnelle, arrêt C-300 du 25 avril 2012.

conduit au remplacement ou la dénaturation de l'objet initial, l'administration a l'obligation de lancer un processus de dévolution concurrentielle et de passer un nouveau contrat avec une personne autre que celle qui a conclu le contrat précédent. Autrement, l'exécution de nouvelles activités devient illégale.

Le principe de modification de l'objet des contrats administratifs a été donc posé en droit colombien, bien que l'analyse des sources de droit soit beaucoup moins étendue par rapport au droit français.

Pourtant, il faudra souligner que les bases du principe ne sont données que par deux décisions de la jurisprudence, d'abord, l'arrêt du Conseil d'État de 1991 (rendu avant l'entrée en vigueur de l'actuel statut général des contrats administratifs) et ensuite l'arrêt de la Cour Constitutionnelle du 25 avril 2012.

À côté, on trouve beaucoup d'autres décisions qui vont à l'encontre des conclusions antérieures.

SECTION 2 : LE DÉPASSEMENT DES LIMITES ENCOURAGÉ PAR LA JURISPRUDENCE

La frontière entre la modification du contrat et la conclusion d'un nouveau contrat est difficile à tracer, mais le Conseil d'État semble parfois supprimer la limite qui existe (§1).

En outre, les raisons qui fondent la modification de l'objet ont été excessivement étendues, permettant ainsi d'admettre n'importe quel motif (§2).

§1. DES LIMITES DIFFUSES

Le Conseil d'État colombien est imprécis à l'heure de déterminer les conséquences juridiques qui découlent du remplacement de l'objet du contrat. En droit français, il ne fait aucun doute que cela conduise à la résiliation de l'accord originel. En Colombie, par contre, les effets manquent de clarté. La substitution d'un objet nouveau à l'objet initial semble entraîner la novation de l'accord et donc, la passation d'un nouveau contrat (**A**), mais le juge admet la conclusion du nouveau contrat entre les mêmes parties (**B**), sans aucune procédure de dévolution concurrentielle.

A. La novation et la passation d'un nouveau contrat

La limite entre la modification et la passation d'un nouveau contrat en raison du changement de l'objet, a été abordée par le juge administratif à partir de la notion civiliste de la novation (1). Cette notion a été transposée en droit public, avec quelques nuances (2).

1. Le droit commun de la novation

La novation a été abordée notamment par les règles de droit commun. Le terme novation vient du latin *novatio, novare*, signifiant renouveler, qui se réfère à l'action de substituer à une obligation que l'on éteint une obligation nouvelle différente. Elle est « la convention pour laquelle les parties décident d'éteindre une obligation ancienne pour la remplacer par une nouvelle »⁹⁴⁴.

La novation est-elle une espèce de modification du contrat ? Ou s'agit-il d'une autre figure ?

En droit civil, la novation est une forme de modification admis par les sources de droit en vertu du principe d'autonomie de la volonté et de la liberté contractuelle des parties : « la novation n'est qu'une espèce de modification, plus précisément la

limite ultime de cette technique contractuelle (...) [Elle] est plus qu'un réajustement de l'obligation initiale, c'est aussi le remplacement d'une dette par une autre »⁹⁴⁵.

Le Code civil colombien définit la novation comme « le remplacement d'une nouvelle obligation par une autre antérieure qui s'éteint » (art. 1687).

L'élément qui définit cette figure est le changement d'un élément essentiel du contrat qui, d'après l'article 1690 du Code civil, peut se faire de trois manières différentes :

1. En remplaçant une obligation par une autre, sans que n'intervienne un nouveau créancier ou débiteur.

2. En remplaçant un ancien créancier par un nouveau.

3. En remplaçant un ancien débiteur par un nouveau.

Les deux derniers cas sont considérés comme une « novation subjective » car le changement ne porte que sur les parties (créancier ou débiteur) ; l'obligation originelle convenue reste intacte.

Le premier des cas est, par contre, une novation objective car l'obligation change, en ce qui concerne soit le contenu de la prestation, soit sa cause.

Le changement relatif au contenu survient, par exemple, lorsqu'une obligation de donner de l'argent devient une obligation de faire quelque chose, ou lorsqu'une obligation de faire devient une obligation de donner⁹⁴⁶. Au contraire, lorsqu'un

⁹⁴⁴ J. François, *Les obligations*, t. 4, Régime général, Economica, n° 93.

⁹⁴⁵ S. Pons, *art. préc.*, n° 25.

⁹⁴⁶ J. Llambias, « Tratado de derecho civil. Parte general » [*Traité du droit civil. Partie générale*], t.I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, p. 164.

contrat d'achat et vente devient un contrat de location ou de bail, ou lorsqu'un dépôt devient un prêt, un changement relatif à la cause a eu lieu⁹⁴⁷.

Le lien entre la novation et la modification du contrat se dilue lorsqu'on fait référence aux effets juridiques de la démarche novatrice : elle est un mode d'extinction des obligations. L'article 1625 du Code civil colombien, relatif justement aux modes d'extinction des obligations, indique que les obligations s'éteignent, entre autres, « par la novation » (alinéa 2). L'article 1687 du Code fait référence également aux effets d'extinction du lien contractuel qui découlent de cette figure.

La novation survient ainsi lorsque l'obligation est modifiée, mais ce n'est pas n'importe quel type de modification : elle est tellement importante que l'obligation initiale s'éteint pour donner lieu à une prestation entièrement nouvelle.

Le Conseil d'État l'a ainsi précisé, en indiquant que « la novation se produit uniquement si sont introduits au lien contractuel, des changements substantiels révélant expressément et sans équivoque la volonté d'éteindre ce lien pour le remplacer par un autre complètement nouveau et différent de celui-ci, soit en raison des sujets, soit de l'objet, soit de la cause »⁹⁴⁸.

Cette approche est similaire à celle du droit français, où le Code civil donne une définition analogue. La novation est « une convention qui a pour objet de substituer à une obligation qu'elle éteint, une obligation différente qu'elle crée » (art 1265). Le régime prévoit également les différentes manières dont s'opère la novation. On retrouve ainsi, la novation par changement de débiteur, la novation par changement de créancier et la novation par changement d'objet. En outre, le Code civil insiste sur l'intention de nover. Il faut que la volonté d'éteindre l'obligation ancienne ne soit pas équivoque ; l'article 1273 précise que « la novation ne se présume point ; il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte ».

⁹⁴⁷ J. Llambias, *Ibidem*, p. 165.

⁹⁴⁸ Conseil d'État, arrêt du 29 novembre 2006, req. 24414, réitéré par l'arrêt du 27 juillet 2007, req. 14776.

2. La novation en droit administratif

Pour définir la novation, la doctrine a eu recours à la théorie des éléments des contrats : « la novation est l'exemple type d'une modification d'un élément essentiel du contrat en cours d'exécution »⁹⁴⁹.

En droit colombien, la jurisprudence administrative a fait référence à l'article 1501 du Code civil, qui distingue les stipulations qui sont de l'essence du contrat, celles qui sont de la nature du contrat et celles qui sont purement accidentels.

La disposition du Code civil reprend la distinction mise en évidence depuis le XVIII^{ème} siècle par Pothier qui distingue, dans le contenu du contrat, « trois choses différentes ». Les éléments de l'essence du contrat sont des choses sans lesquelles le contrat ne peut subsister. Faute de l'une ou de l'autre de ces choses, il n'y a pas du tout de contrat ou bien c'est une autre espèce de contrat. Il est de l'essence du contrat de vente, par exemple, qu'il y ait une chose à vendre et qu'il y ait un prix. Si quelqu'un vend une chose en sachant qu'elle a cessé d'exister, il n'y aura pas de contrat. Il ne peut pas y avoir de contrat de vente sans une chose qui ait été vendue. Si la cession d'un objet à un tiers se fait sans paiement, nous parlerons de cadeau ou de don, mais nullement pas de vente. Dans ces exemples, le défaut de l'une de ces choses qui sont de l'essence du contrat, empêche qu'il y ait un contrat d'un certain type.

Ensuite on trouve les éléments qui sont de la nature du contrat sans être de son essence. Ces choses font partie du contrat quoique les parties contractantes ne s'en soient expliquées. Elles diffèrent des éléments essentiels en ce que le contrat peut subsister sans elles et qu'elles peuvent, par conséquent, être exclues du contrat par la volonté des parties.

⁹⁴⁹ S. Pons, *art. préc.*, n° 25.

Enfin, on parle des éléments accidentels du contrat. Ces éléments, sans résulter de la nature du contrat, ni de son essence, y sont renfermés par des clauses particulières.

L'intérêt de cette distinction est que certains de ces éléments sont inhérents au contrat et ne peuvent en être séparés tandis que d'autres en sont facilement séparables ou modifiables par le jeu de la volonté des parties.

Même si cette distinction tire ses origines du droit privé, le Conseil d'État colombien estime que le classement est parfaitement applicable au droit administratif et, concrètement, aux contrats passés par l'État⁹⁵⁰.

Citant H-J Escola⁹⁵¹, le Conseil d'État indique que, dans les contrats conclus par l'administration, il est possible de distinguer :

1. Les éléments essentiels, indispensables afin qu'existe un contrat administratif, qui sont primordialement le consentement et l'objet.
2. Les éléments naturels, propres à un type particulier de contrat administratif, qui sont souvent prévus par la loi. C'est le cas, par exemple, des règles concernant les contrats d'ouvrage public.
3. Les éléments accidentels, qui peuvent apparaître ou pas dans le contrat administratif selon la volonté des parties, mais qui ne correspondent pas spécifiquement au type de contrat dont il s'agit.

Le délai, par exemple, est considéré en droit colombien comme un élément accidentel du contrat et c'est pour cela qu'il peut être modifié librement : cet élément « n'est pas un de ceux qui empêche de produire des effets juridiques, ou transforme la convention dans une autre espèce de contrat. Il n'est pas non plus un élément de la nature du contrat, car il n'appartient aux contrats que lorsque les parties ont convenu

⁹⁵⁰ Conseil d'État, arrêt du 9 février 2011, req. 17558.

⁹⁵¹ H-J Escola, *op. cit.*, p. 212.

une clause spéciale ; s'il n'y pas d'accord, il n'y a aucune norme légale qui l'établisse. Le délai est, par conséquent, un élément accidentel du contrat en raison du fait que, dans les termes du même article [1501 du Code civil], il n'appartient ni essentiellement ni naturellement au contrat. Il y est ajouté par le biais de clauses spéciales. Il n'est pas nécessaire à la formation de l'acte »⁹⁵².

Il en va de même pour le prix dans les contrats administratifs⁹⁵³, c'est pourquoi le juge administratif a manifesté que sa modification n'entraîne pas la novation du contrat⁹⁵⁴.

L'objet est ce qui détermine l'essence ou la base de l'accord de volontés conclu par les parties.

L'objet fait référence à « la prestation qui donne à un contrat son caractère, qui permet de le distinguer des autres et qui constitue le centre de gravité et la fonction socio-économique de l'opération contractuelle »⁹⁵⁵. Les éléments essentiels sont perçus pour leur part comme l'ensemble des composantes de l'objet qui donne son caractère au contrat assurant par là même l'efficacité de la convention. L'objet et l'essence sont indissolublement liés.

En droit français est « essentiel », ce qui est « de l'essence de », ce qui « se dit par opposition à naturel et à accidentel (ou contingent) des éléments du contrat sans lesquels celui-ci ne peut valablement exister »⁹⁵⁶. Pour S. Pons, « on doit en conséquence se référer aux éléments constitutifs nécessaires à sa formation (consentement, capacité, etc.) mais aussi aux éléments spécifiques qui déterminent le

⁹⁵² Conseil d'État, arrêt du 24 août 2005, req. 3171.

⁹⁵³ Conseil d'État, arrêt du 24 août 2005, req. 3171.

⁹⁵⁴ Pour le Conseil d'État, « la simple mutation ou le simple changement de certains points ne permet pas de comprendre qu'il y a eu novation tel que le prévoient les articles 1.707 à 1.709, tout comme le changement de lieu pour le paiement, la simple prolongation ou réduction du délai... », Conseil d'État, arrêt du 29 novembre 2006, req. 24414.

⁹⁵⁵ A. Sanogo, *L'obligation essentielle dans le contrat*, mémoire de maîtrise, Master II Recherche Droit des Marchés, des Affaires et de l'Economie, Dijon, Université de Bourgogne, 2005.

⁹⁵⁶ G. Cornu, *op. cit.*, « objet ».

type d'un contrat et sans lesquels l'accord ne peut avoir le caractère qu'on veut lui attribuer »⁹⁵⁷.

En reprenant les conclusions d'Alessandri-Rodríguez⁹⁵⁸, le Conseil d'État colombien considère que « dans l'achat et vente, par exemple, la chose et le prix sont des choses de son essence. S'il n'y a pas de prix, il n'y a pas de vente et si le prix est différent d'une somme d'argent, il y aura un autre contrat. De même, si dans le contrat de location il n'y a pas de prix, il pourra y avoir un commodat, mais en aucun cas une location »⁹⁵⁹.

L'élément essentiel des contrats visés par cette recherche est alors l'ouvrage.

Cependant, loin d'apporter une solution au problème de la portée de la modification, les considérants du juge administratif posent de grandes questions : l'ouvrage, en tant qu'élément essentiel, est-il immuable ? L'essence du contrat est-elle divisible en plusieurs éléments ? Lesquels des ces éléments sont-ils modifiables ? Dans quels cas la modification de l'ouvrage entraîne-t-elle la novation du contrat ?

En droit civil la novation est une espèce de modification, mais cette notion civiliste n'est pas entièrement transposable au droit public, où la notion de modification du contrat a des limites qui empêchent de considérer qu'elle puisse aller au-delà de l'adaptation des prestations.

En droit administratif, la novation n'appartient pas à la notion de modification du contrat, ou bien, elle est une espèce de modification invalide car elle dépasse les limites de celle-ci en remplaçant les prestations initiales. En somme, la novation du contrat administratif est proscrite.

En ce qui concerne la modification de l'objet du contrat, la doctrine française s'est référée aux modifications ayant « un effet novatoire », pour affirmer qu'elles

⁹⁵⁷ S. Pons, *art. préc.*, n° 71.

⁹⁵⁸ A. Alessandri-Rodríguez, « De los Contratos » [*Des contrats*], Temis-Jurídica de Chile, Bogotá-Santiago, 1944, p. 8.

⁹⁵⁹ Conseil d'État, arrêt du 9 février 2011, req. 17558.

sont interdites au sein d'un même contrat car « elle provoque la rupture du lien contractuel originaire »⁹⁶⁰. Sans aucun doute, le plus pertinent dans ce cas est « la conclusion d'un nouveau contrat qui doit être soumis à une nouvelle procédure de mise en concurrence »⁹⁶¹.

En droit colombien, il n'existe aucune référence de la doctrine ni du juge administratif sur le lien entre la novation et la modification de l'objet du contrat. Les considérants du juge administratif précités n'ont été utilisés que pour la solution de cas de novation subjective, c'est-à-dire de cession du cocontractant.

La raison de ce silence est, peut-être, que ni la novation ni l'étude des éléments du contrat (essentiels, naturels et accidentels) n'apporte aucune solution concrète au problème de la détermination de la substance du contrat ou des stipulations susceptibles d'être modifiés. Pourtant le silence absolu des sources du droit colombien soulève de grandes incertitudes.

Encore se pose la question de déterminer dans quelle mesure les obligations peuvent être modifiées : jusqu'où est-il possible de modifier les ouvrages, sans entraîner la novation ou l'altération de l'essence du contrat ?

La réponse doit être fournie dans chaque cas concret à partir des éléments théoriques abordés dans cette section. Il convient de reprendre à cet égard l'arrêt du Conseil d'État du 31 janvier 1991, qui propose le critère de la « mutabilité raisonnable » et dégage l'obligation des parties de respecter le contenu du contrat⁹⁶². L'arrêt de la Cour Constitutionnelle du 25 avril 2012 s'avère aussi important, car il interdit le remplacement de l'objet initial du contrat, tout comme sa dénaturation⁹⁶³.

⁹⁶⁰ H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 7.

⁹⁶¹ H. Hoepffner, *Ibidem*, p. 7.

⁹⁶² Conseil d'État, arrêt du 31 janvier 1991, req. 4739, 4642 et 5951.

⁹⁶³ Pour la Cour Constitutionnelle, « la modification du contrat ne peut pas modifier son essence ou le transformer en un autre type d'acte juridique, puisqu'il ne s'agirait alors plus de la modification du contrat, mais plutôt de la conclusion d'un nouveau contrat », Cour Constitutionnelle, arrêt C-300 du 25 avril 2012.

Concrètement, cette dernière décision souligne « l'obligation de l'administration de lancer une nouvelle procédure de mise en concurrence, ainsi que de passer un nouveau contrat avec une personne autre que celle qui a conclu le contrat précédent, afin de pouvoir exécuter les nouvelles activités »⁹⁶⁴. Le juge constitutionnel propose ainsi une solution similaire à celle posée par la doctrine française.

Cependant, le Conseil d'État colombien semble interpréter cette obligation de passer un nouveau contrat, pour permettre qu'il soit conclu entre les mêmes parties qui ont donné leur accord lors de la passation de la convention originelle.

B. La passation d'un nouveau contrat entre les mêmes parties sans mise en concurrence

Le juge administratif colombien s'est référé à maintes reprises à l'obligation de passer un nouveau contrat lorsqu'une modification bouleversant l'essence du contrat initial est conclue. Pourtant, le Conseil d'État remarque qu'il s'agit d'un contrat passé par les mêmes parties sans aucune mise en concurrence préalable (1), ce qui, à notre avis, porte atteinte aux principes qui régissent l'activité contractuelle de l'État (2).

1. Les parties du nouveau contrat

À propos de la différence entre l'addition et les contrats additionnels en tant qu'instruments de modification conventionnelle, le Conseil d'État a précisé par l'avis du 15 mars 1990 : « c'est uniquement lorsqu'il est nécessaire de changer l'objet du contrat, que l'on peut parler de la conclusion de vrais contrats additionnels, car cela entraîne une modification fondamentale de l'accord initial.

⁹⁶⁴ Cour Constitutionnelle, arrêt C-300 du 25 avril 2012.

De même, il faut comprendre que... un contrat additionnel est conclu lorsque les parties contractantes conviennent d'une modification de l'objet... comme c'est le cas, par exemple, d'un contrat d'ouvrage public qui prévoit un tronçon routier déterminé et en cours d'exécution les parties estiment que le tronçon doit être étendu. Ce changement aboutit évidemment à la modification de l'objet, du délai et de la valeur du contrat principal, ce qui conduit nécessairement à la passation d'un contrat additionnel »⁹⁶⁵.

Le Conseil d'État a repris ultérieurement cet avis pour affirmer que les modifications de l'objet « doivent être l'objet de nouveaux contrats ». Pourtant, il a ensuite indiqué qu'il s'agit d'un accord conclu par les mêmes parties, sous le nom de « contrat additionnel ». Pour le juge administratif, cet instrument signifie « un nouvel accord de volontés, différent du contrat originel »⁹⁶⁶.

Par l'avis du 26 août 1996, le Conseil d'État se réfère de nouveau aux contrats additionnels comme de *nouveaux contrats* : « il en résulte que le contrat additionnel est différent de l'addition à des contrats. Le premier est un nouveau contrat, alors que le deuxième fait référence à une modification d'un contrat en cours d'exécution »⁹⁶⁷.

Bien qu'on ait du mal à comprendre les termes de ces avis, les considérants du juge administratif cités auparavant semblent suggérer que le changement décidé par les parties peut avoir une double portée.

D'abord, nous avons la modification du contrat comprise comme une réforme simple des prestations convenues au début, voire, comme complément apporté aux obligations originelles. Il n'y a pas ici de changement de l'objet, ni de dénaturation ou d'altération de l'essence des prestations initiales, c'est pourquoi la loi semble accepter la passation des conventions dans ce sens. En Colombie l'instrument pertinent serait le contrat additionnel, comme l'avenant l'est en France. Dans ce cas, on est dans le domaine de la modification du contrat.

⁹⁶⁵ Conseil d'État, avis du 15 mars 1990, req. 350.

⁹⁶⁶ Conseil d'État, avis du 17 mai 1994, req. 601.

Deuxièmement, nous avons le remplacement de l'objet initial par un nouveau, qui doit être compris comme la dénaturation ou le bouleversement de l'essence du contrat. Dans ce cas, contrairement au premier, la résiliation du contrat initial s'avère obligatoire, ainsi que la passation d'un nouveau contrat à la suite d'une procédure de mise en concurrence.

Le Conseil d'État colombien ne semble pas distinguer clairement ces deux possibilités, car il se réfère souvent à la modification du contrat lorsqu'on a besoin de passer un nouveau contrat.

La confusion du juge peut s'expliquer par le fait que les contrats additionnels du droit colombien semblent être fondés sur les marchés complémentaires du droit public français. Le marché complémentaire, réglé par l'article 35 du Code des marchés publics, peut se définir comme un marché public conclu de gré à gré avec le titulaire d'un précédent marché et ayant pour objet de commander, auprès de ce dernier, des fournitures, des travaux ou des prestations de service supplémentaires. Il s'agit toujours de commander, auprès d'un cocontractant précédent, des prestations d'une nature similaire ou complémentaire à celles déjà réalisées par ledit cocontractant à l'occasion du marché initial.

L'objet des marchés complémentaires est par définition strictement encadré. Alors qu'un avenant peut porter sur n'importe quel objet pourvu qu'il ne modifie pas l'objet initial du marché et qu'il ne bouleverse pas l'économie générale du contrat initial, le marché complémentaire ne peut porter que sur l'ajout de prestations, lesquelles doivent au demeurant être en lien étroit avec le marché initial⁹⁶⁸.

⁹⁶⁷ Conseil d'État, avis du 26 août 1998, req. 1121.

⁹⁶⁸ Les marchés complémentaires de services ou de travaux quant à eux, ne peuvent porter que sur des prestations qui « ne figurent pas dans le marché initial » mais qui apparaissent « nécessaires à l'exécution du service ou à la réalisation de l'ouvrage tel qu'il est décrit dans le marché initial » (article 35 CMP 2006). En d'autres termes, le marché complémentaire de services ou de travaux doit simplement permettre le parachèvement du marché initial par l'ajout de prestations qui n'y ont pas été prévues au début.

Si l'avenant et le marché complémentaire supposent tous deux l'existence d'un marché précédent, le premier n'en est pas juridiquement détaché, au contraire du second qui constitue un nouveau marché à part entière. C'est bien de là que vient l'idée de la possibilité pour les parties au marché complémentaire d'en négocier entièrement les termes sans restriction par rapport au marché initial. En d'autres termes, « des lors que le recours à un tel marché complémentaire est justifié au regard des conditions restrictives de l'article 35-II du code des marchés publics, les modalités d'exécution des prestations complémentaires ainsi commandées peuvent parfaitement s'écarter même substantiellement de celles prévues au marché initial (qu'il s'agisse bien entendu du prix mais également du régime financier du marché, des délais d'exécution des pénalités applicables des garanties etc.) »⁹⁶⁹. En revanche, la capacité des parties de modifier le contrat initial à l'occasion d'un avenant est déterminée par le périmètre des prestations contractuelles et par les conditions d'exécution du marché initial.

Dans ce contexte, parler de la conclusion d'un marché, détaché du contrat initial, entre les mêmes parties est conforme à la logique des règles de cet instrument.

Pourtant, en droit colombien les contrats additionnels n'existent en dehors du contrat initial. Il s'agit toujours d'une modification du contrat originel à la manière de l'avenant en France. Nous reviendrons sur ce sujet, mais il faut souligner que la notion de marché complémentaire n'existe pas en Colombie. Il s'agit d'une mauvaise compréhension de l'instrument du droit public français. La notion de contrat additionnel est rattachée à l'avenant, c'est-à-dire, à l'idée de la modification contractuelle faisant partie du contrat initial. La solution française n'est pas, par conséquent, transposable au droit colombien.

La modification du contrat ne peut pas signifier la conclusion d'un nouveau contrat entre les mêmes parties détaché du contrat initial, mais il nous semble que telle est parfois la solution dégagée par le juge administratif.

⁹⁶⁹ F. Lepron, « Avenant et marché complémentaire », *Contrats publics*, déc. 2010, 105, p. 48.

2. Les risques de la solution jurisprudentielle

Il est possible que le juge administratif n'utilise pas de manière inappropriée les termes, mais plutôt qu'il veuille dire ce qui a été indiqué : la modification de l'objet du contrat administratif, soit dans les cas d'un réaménagement simple, soit lorsqu'il s'agit d'un changement ou d'une dénaturation de l'objet initial, entraîne la passation d'un nouveau contrat entre les mêmes parties, sans aucune procédure de publicité ni de mise en concurrence préalable.

Cette interprétation littérale nous semble risquée car elle porte atteinte aux principes de transparence, d'égalité et de concurrence prévus non seulement par le statut général des contrats administratifs en vigueur, mais aussi par la Constitution de 1991⁹⁷⁰. C'est pourquoi, nous voudrions croire qu'il s'agit plutôt d'un manque de clarté du juge par rapport aux conséquences de la novation, de la substitution d'objet et de l'altération de l'essence du contrat.

Pourtant, le Conseil d'État a récemment rendu deux décisions qui ont apporté encore plus de confusion en ce qui concerne les règles applicables dans ce domaine. La première, du 24 août 2005, indique que : « cette disposition [l'article 40 de la loi 80 relatif à la modification conventionnelle du prix] a clairement prévu que toute stipulation des parties contractantes ayant un lien direct avec l'objet du contrat de l'État, doit être faite à travers la conclusion d'un nouveau contrat ». Il faut souligner d'abord que cette disposition ne règle que les cas d'augmentation du prix, sans aucune référence à la modification de l'objet ni à l'obligation de passer un nouveau contrat. Ensuite, le Conseil d'État indique par rapport à l'objet du contrat, que « cet élément essentiel des contrats ne peut subir des changements que par le biais d'un contrat additionnel (...) ».

La modification de l'objet du contrat doit être convenue par le biais d'un contrat additionnel, car on est en présence d'un nouvel objet (l'objet qui a été modifié

⁹⁷⁰ L'article 209 de la Constitution de 1991 indique que « La fonction administrative est au service des intérêts généraux et se développe sur la base des principes d'égalités, de moralité, d'efficacité, d'économie, de célérité, d'impartialité et de publicité ».

par voie d'additions n'est pas certes le même). Il doit exister un nouvel accord de volontés qui détermine le nouveau contenu, en fixant, de plus, le prix qui sera versé par l'administration »⁹⁷¹.

La deuxième décision correspond à l'arrêt du 26 janvier 2006 : « aussi bien la jurisprudence que la doctrine considèrent que les notions de contrat additionnel et d'addition à un contrat ne correspondent pas à la même figure juridique. Ainsi, alors que la première fait référence au contrat qui entraîne une modification fondamentale de l'accord initial, le seconde se réfère à une simple réforme du contrat qui n'entraîne aucune modification de son objet »⁹⁷².

Il faut souligner le mot « contrat » utilisé par le juge administratif pour se référer à l'instrument de modification conventionnelle dénommé « contrat additionnel » qui permet la modification *fondamentale* des prestations convenues au début⁹⁷³. Il nous semble que lorsqu'il parle de la passation d'un nouveau contrat, il se réfère vraiment à la conclusion d'un nouveau contrat additionnel, c'est-à-dire, d'une modification fondamentale du contrat originel.

Dans le deuxième arrêt, le Conseil d'État apporte d'autres considérants qui alourdissent encore plus l'analyse de ce sujet. Il indique que « toute modification de l'objet du contrat entraîne la conclusion d'un nouveau contrat et non simplement la conclusion d'un contrat additionnel qui n'est valable que lorsque la modification porte sur la valeur et sur le délai du contrat originel »⁹⁷⁴.

Parfois, le Conseil d'État parle des contrats additionnels lorsqu'il se réfère à la passation d'un nouveau contrat. D'autres fois, il précise qu'un nouveau contrat est vraiment un nouvel accord de volontés découlant d'une procédure de publicité et de mise en concurrence.

⁹⁷¹ Conseil d'État, arrêt du 24 août 2005, req. 3171.

⁹⁷² Conseil d'État, arrêt du 26 janvier 2006, req. 3761.

⁹⁷³ Dans ce cas, il serait plus précis de parler d'une nouvelle *convention* ou d'un nouvel *accord* rattaché toujours au contrat initial, bien que les avis de la jurisprudence administratif se réfèrent explicitement au mot contrat.

⁹⁷⁴ Conseil d'État, arrêt du 26 janvier 2006, req. 3761.

Parfois, le Conseil d'État admet la modification de l'objet en estimant ainsi qu'il y a deux instruments de modification conventionnelle : le contrat additionnel pour régler le réaménagement des prestations essentielles et l'addition pour convenir de modifications du prix et du délai. D'autres fois, il estime que la modification de l'objet est illégale, c'est pourquoi, il n'y a qu'un instrument de modification conventionnelle : le contrat additionnel, qui permet le changement du prix et du délai ; l'addition n'existera plus et le réaménagement des prestations (substantielles ou non) serait proscrit dans tous les cas.

Des fois, le Conseil d'État admet la « modification de l'objet » sans plus de précisions, ce qui, à notre avis, permet l'application des principes dégagés par le juge qui interdisent le changement d'objet et la dénaturation du contrat initial. D'autres fois, il admet le changement de l'« élément essentiel »⁹⁷⁵, la modification contractuelle qui introduit « un nouvel objet »⁹⁷⁶, voire « la modification fondamentale de l'accord initial »⁹⁷⁷, ce qui, sans aucun doute, permet le remplacement de l'objet ainsi que la dénaturation du contrat originel.

Bien souvent, ces considérants contradictoires font partie de la même décision du juge, ce qui ne permet pas vraiment dégager une solution de la jurisprudence à l'égard du contenu de la modification du contrat.

Bien que, parfois, la solution de la jurisprudence est de ne permettre que la modification du prix et du délai convenu au préalable, il nous semble qu'en droit colombien la modification de l'objet du contrat est bien valable, certes, avec certaines limites.

Pourtant, un autre problème des décisions du Conseil d'État est l'absence de considérants par rapport aux limites de la modification du contenu du contrat. Si la modification de l'objet du contrat est acceptée, les règles pour décider de ce changement sont bien inconnues. Le juge administratif n'a rendu qu'un arrêt le 31

⁹⁷⁵ Conseil d'État, arrêt du 24 août 2005, req. 3171.

⁹⁷⁶ Conseil d'État, arrêt du 24 août 2005, req. 3171.

⁹⁷⁷ Conseil d'État, arrêt du 26 janvier 2006, req. 3761.

janvier 1991⁹⁷⁸, c'est-à-dire, avant l'entrée en vigueur de la loi 80 de 1993, en proposant le critère de la mutabilité raisonnable de l'objet qui n'a été repris que par une décision en 2011⁹⁷⁹. Les décisions ultérieures se sont référées à la possibilité de modifier l'objet des contrats sans aucun considérant à propos des limites. Il semble qu'il s'agisse d'un sujet aisé et naturel qui ne mérite pas de mention. Le silence du juge suggère, au contraire, l'absence de limites. Le Conseil d'État a tranché toujours les litiges sans reconnaître aucune limitation au pouvoir conventionnel de modification de l'objet.

Le remplacement de l'objet du contrat administratif est-elle donc, permis ?

En droit français, il est clair que la passation d'un nouveau contrat signifie qu'un cocontractant autre que celui qui a passé le contrat originel s'engagera à l'exécution de nouvelles activités. La jurisprudence française parle explicitement de la résiliation en tant qu'effet juridique de l'altération de l'essence ou de la dénaturation du contrat⁹⁸⁰.

Toutefois, la jurisprudence administrative colombienne ne s'est jamais référée à la résiliation, c'est pourquoi, se pose la question de savoir si le nouveau contrat peut être conclu avec le cocontractant initial sans une mise en concurrence préalable.

Le silence de la jurisprudence permet de se demander s'il existe une limite au-delà de laquelle la modification entraîne l'obligation de résilier le contrat initial. Encore une fois, le juge n'a jamais évoqué la résiliation comme un effet juridique de la modification de l'essence du contrat, ce qui a signifié le manque total de cas de résiliation des contrats administratifs en droit colombien.

⁹⁷⁸ Cet arrêt se réfère à la « mutabilité raisonnable » et à l'obligation de respecter le contenu du contrat. Voir : Conseil d'État, arrêt du 31 janvier 1991, req. 4739, 4642 et 5951.

⁹⁷⁹ Conseil d'État, arrêt du 31 août 2011, req. 18080 : le « pouvoir de modification de l'administration est limité, en raison du fait qu'elle doit respecter l'essence du contrat conclu et celle de son objet, car une altération dépassant ces extrêmes signifierait, en réalité, la passation d'un contrat différent, non voulu par le cocontractant ; de plus, dans tout contrat incorporant une modification, l'équilibre économique du contrat doit être conservé ; le cocontractant doit donc être indemnisé si la modification entraîne le bouleversement de cet équilibre ».

⁹⁸⁰ Ce qui n'empêche pas qu'après une procédure de mise en concurrence, la même personne ou entreprise puisse obtenir le nouveau contrat.

Il convient de rappeler que les considérants imprécis et contradictoires du juge administratif ne sont pas isolés, mais qu'ils sont typiques dans la plupart des décisions du Conseil d'État rendues notamment après l'entrée en vigueur du troisième statut général des contrats administratifs⁹⁸¹.

Après un avis rendu par le Conseil d'État en 2009 (voir plus bas), on peut même affirmer qu'il ne s'agit pas d'une incertitude mais d'une position claire de la jurisprudence administrative : les instruments de modification conventionnelle et unilatérale du contrat peuvent être utilisés valablement pour changer l'objet, même pour des raisons de opportunité.

§2. LE CHANGEMENT DE L'OBJET POUR DES RAISONS D'OPPORTUNITÉ

Par l'avis du 13 août 2009, le Conseil d'État a répondu à plusieurs questions soulevées par le ministre du transport concernant le contrat de concession conclu par l'administration publique nationale pour moderniser l'Aéroport International El Dorado à Bogotá.

La première question posée a été la suivante : « 1. Partant de l'hypothèse que dans un contrat de concession il existe des raisons d'opportunité qui permettent une amélioration de l'objet contractuel et une meilleure gestion du service public confié à la collectivité publique contractante, est-il possible... de modifier le contrat... ? »⁹⁸².

À cette question, le Conseil d'État a répondu positivement : certes « il est possible de modifier, de commun accord, un contrat de concession de service public,

⁹⁸¹ Parmi les plus importantes, nous pouvons citer les avis du Conseil d'État du 2 décembre 1982, req. 1812 ; du 30 juillet 1981, req. 1563 ; du 15 mars 1990, req. 350 ; du 17 mai 1994 req. 601 et du 18 juillet 2002, req. 1439. Entre les arrêts, on peut citer ceux du 6 août 1987, req. 3886 ; du 31 octobre 1995, req. 1438 et du 20 mai 2004, req. 3314.

⁹⁸² Conseil d'État, avis du 13 août 2009, req. 1952.

lorsqu'il existe des raisons d'opportunité qui permettent une amélioration de l'objet contractuel et une meilleure gestion du service public... »⁹⁸³.

L'étude de cet avis revêt une grande importance, car c'est la première fois que le juge admet une portée illimitée à la modification de l'objet des contrats administratifs (A), pour des motifs non attachés à la menace de paralysie ou à l'atteinte grave au service public concerné, mais à l'opportunité d'amélioration d'un service géré sans inconvénients (B).

A. La portée illimitée de la modification de l'objet

Pour comprendre la regrettable solution de l'avis du 13 août 2009, il est nécessaire de faire référence aux antécédents de la consultation (1) et ensuite aux considérants pris en compte par le Conseil d'État pour y répondre (2).

1. Les antécédents de la consultation

Le 24 novembre 2005, l'administration nationale, à travers l'unité administrative spéciale d'aéronautique civile –AEROCIVIL- (Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil) et sur la base du Plan Cadre 2001-2025 de l'Aéroport International El Dorado (élaboré par des consultants internationaux), a lancé une procédure de mise en concurrence, afin de choisir le concessionnaire qui serait chargé de l'exécution des ouvrages sur l'aéroport.

Le 12 septembre 2006, l'AEROCIVIL conclue un contrat avec la Société OPAIN S.A., dont l'objet est « la concession de l'administration, la gestion, l'exploitation commerciale, l'entretien, la modernisation et l'expansion de l'Aéroport International El Dorado de la ville de Bogotá D.C. ».

⁹⁸³ Conseil d'État, avis du 13 août 2009, req. 1952.

Selon les dispositions du contrat, la modernisation et l'expansion « comprennent les ouvrages de construction, de renouvellement, de réaménagement ou de toute autre espèce, décrites dans l'Annexe D du contrat ».

De son côté, l'Annexe D, relative aux spécificités techniques de la modernisation et de l'expansion, précise que le Terminal 1 qui occupe la plus grande partie de l'aéroport, ne serait que modifié : « Terminal 1 – Modifications ». La structure originelle serait conservée, bien que les travaux de modernisation du Terminal puissent conduire à l'agrandissement du bâtiment.

Le 14 mars 2008, au cours de l'exécution des ouvrages de modernisation et d'expansion du Terminal 1, les parties ont signé un « mémorandum d'accord » qui prévoyait la modification du contrat dans le sens de démolir et de remplacer le Terminal 1. Les raisons invoquées dans ce document ont été l'insuffisance du projet initial pour répondre aux besoins croissants du flux de passagers et de fret.

Le Procureur général (en France, le Ministère public) s'est fortement opposé à ce document, en manifestant que le contrat ne prévoyait pas la démolition du Terminal 1, mais seulement la possibilité de le modifier : les travaux de démolition « iraient à l'encontre du principe d'égalité des participants lors de la procédure de sélection, puisque cette possibilité n'a pas été prévue par les cahiers de charges »⁹⁸⁴. En plus, il a souligné que le Plan Cadre 2001-2025 de l'Aéroport International El Dorado qui a servi de base pour la conclusion du contrat, n'a jamais prévu la démolition du Terminal : « il n'a envisagé que la possibilité de modifier le Terminal 1... certaines des quais peuvent être démolis à partir de l'année 2020... c'est pourquoi, on ne comprend pas pourquoi l'aéronautique civile [AEROCIVIL] a accordé cette possibilité »⁹⁸⁵ de démolition de l'ensemble du terminal.

Le Procureur a aussi rappelé que le mémorandum d'accord a eu lieu lors de l'exécution des travaux de modernisation et d'expansion, ce qui signifie que la

⁹⁸⁴ Agence du Ministère public déléguée pour la surveillance préventive de la fonction publique, avis du 2 avril 2009.

⁹⁸⁵ Agence du Ministère public déléguée pour la surveillance préventive de la fonction publique, *Ibidem*.

démolition du Terminal entraîne la démolition des ouvrages déjà réalisés pendant plus de deux ans. La modification du contrat dans ce sens s'avère ainsi nuisible pour le patrimoine public.

Il a finalement indiqué que les conditions de volume et de flux de passagers et de fret qui fondent les travaux de démolition, n'ont pas changé depuis le début de la procédure de mise en concurrence ; les prévisions de flux sont encore les mêmes.

L'AEROCIVIL a répondu aux affirmations du Procureur, en soulignant que l'obligation d'assurer la gestion du service public n'a pas de limites. Il reprend les termes de l'article 3 de la loi 80 de 1993 pour affirmer que le contrat administratif est un des moyens pour assurer la « gestion continue des services publics », indépendamment de la portée des modifications contractuelles que cette gestion demande.

Cette controverse a pris une ampleur nationale, en raison de la forte opposition d'importants juristes et, notamment, de grandes entreprises nationales de construction qui ont été exclues par cette mesure : elles voulaient participer à une nouvelle procédure de mise en concurrence.

C'est pour cela que le ministre du transport a décidé de consulter le Conseil d'État sur la validité de la modification conventionnelle du contrat dans ces termes.

2. Les considérants du Conseil d'État

Les antécédents de l'affaire imposaient, d'abord, un avis sur la portée de la modification conventionnelle des contrats administratifs, mais le Conseil d'État a omis tout considérant à ce propos, en répondant simplement que la modification voulue était valable.

Si l'objet du contrat passé par l'administration nationale et la société OPAIN S.A. est l'exécution d'ouvrages spécifiques de modernisation et d'expansion, est-il

valable pour les parties de convenir d'une modification contractuelle pour remplacer l'objet initial et prévoir ainsi la démolition et la construction d'un nouveau terminal ?

Il convient de souligner que les conceptions et les spécifications techniques qui ont fait partie des cahiers de charges du contrat, seraient remplacées par d'autres totalement nouvelles prévoyant la construction du nouveau terminal qui, en plus, seraient élaborées par le cocontractant OPAIN S.A.

Le Procureur général⁹⁸⁶ s'est prononcé à maintes reprises sur la portée excessive de cette modification. Par l'avis du 29 mai 2009, il a indiqué, par exemple, que « la possibilité de DÉMOLIR n'est pas valable... car (i) cela ne figurait pas dans le Plan Cadre... (ii) l'Aéronautique a fermement REFUSÉ la possibilité de démolir [durant la procédure de mise en concurrence] ».

Pourtant, aucune de ces analyses n'a été prise en compte par le Conseil d'État.

Il nous semble qu'un contrat administratif qui ne prévoit que le réaménagement de l'aéroport et la modernisation du bâtiment actuel ne peut pas être modifié dans le sens de prévoir la démolition de l'immeuble pour construire un nouvel aéroport. La modification s'avère excessive. Elle semble dépasser les limites dégagées auparavant par le juge administratif. Si le changement de l'objet, la dénaturation du contrat initial et l'altération de son essence sont, à notre avis, au centre des discussions, le Conseil d'État a estimé qu'aucune analyse n'était nécessaire. Une modification d'une telle portée est toujours possible.

La solution, ou plutôt le silence, du Conseil d'État admet deux interprétations. D'abord, on peut penser que pour le juge administratif il s'agit d'une modification contractuelle qui ne dépasse aucune des limites légales ou jurisprudentielles. Elle ne remet pas en cause l'essence du contrat initial. Cela est tellement clair que l'affaire ne demande d'aucune analyse explicite. Pourtant, il nous semble que la portée de la modification devait être étudiée. On a vu que les limites de la modification de l'objet des contrats ne sont pas, en droit colombien, un sujet net. Les limites sont construites

⁹⁸⁶ En France, le Ministère public.

sur la base d'un avis rendu avant l'entrée en vigueur de la loi 80 de 1993, qui n'a été repris ultérieurement qu'une fois. Actuellement, on a des doutes considérables sur l'existence des limites à la modification de l'objet, c'est pourquoi, le silence du Conseil d'État à cet égard nous semble inapproprié.

Loin de renforcer l'idée que la modification de l'objet des contrats a des limites, la solution du Conseil d'État, consistant à admettre la démolition et la construction d'un nouveau terminal, semble réaffirmer qu'il n'y a aucune limitation.

La deuxième possibilité consiste à penser que le juge administratif veut effectivement éliminer les limites. Si les parties ont convenu d'une modification qui change l'objet initial et dénature le contrat administratif et que le Conseil d'État a considéré qu'une telle démarche était conforme au droit, la dénégation des limites résulte évidente.

Actuellement, on n'a pas de raisons pour considérer qu'il s'agit d'une solution écartée. Bien au contraire, les cas de conventions qui modifient de manière étendue l'essence du contrat initial, ainsi que l'absence de condamnation ou de sanction des juges administratifs, sont à l'ordre du jour.

On peut citer, à titre d'exemple, le cas d'un des plus importants contrats passés par l'État colombien ces dernières années : celui de la concession de la voie Briceno-Tunja-Sogamoso qui relie la ville de Bogota au centre agricole du pays.

Le 15 juillet 2002, l'Institut national de voies, INVIAS, et le concessionnaire ont conclu le contrat de concession 0377 pour « réaliser les travaux de construction, la réhabilitation, l'amélioration, la gestion et l'entretien des voies » déterminées par le projet. Sur la voie de 180 kms, le contrat a prévu la construction de 30 kms de double chaussée et la réhabilitation et l'entretien des 150 kms restants (route simple avec une voie dans chaque sens).

Le 7 août 2003, lors d'une visite médiatique du Président de la République au centre où se déroulaient les travaux, il a décidé d'annoncer le changement du projet ; désormais, l'ensemble des 180 kms de la voie auraient une double chaussée, mesure

qui a été demandé par les habitants de la région. La modification contractuelle a entraîné le bouleversement de l'économie du contrat (les 1,2 milliards initiaux sont devenus plus de 2 d'investissement de l'État, en plus de la prorogation du délai de l'exploitation des ouvrages), mais plus regrettable nous semble le changement de l'essence du contrat, en prévoyant le changement de l'objet initial.

Les effets sont maintenant visibles. Les parties ont convenu une durée de 6 ans pour les travaux de construction, mais en 2014 les ouvrages sont loin d'être achevés. L'augmentation des investissements prévus lors de la passation du contrat atteint plus du cent pour cent, sans compter que sont en litige d'autres demandes économiques du concessionnaire qui peuvent accroître largement ce montant.

Le contrat qui est en cours d'exécution n'a rien à voir avec celui que les parties avaient conclu. La réhabilitation et l'entretien de la plus grande partie du tracé ont été remplacés par la construction d'une double chaussée. Il est étonnant de voir que si l'affaire a suscité des discussions sur le plan économique (la modification est critiquée par les investissements excessifs qu'elle a entraînés pour l'administration), elle ne fut jamais vue sous l'optique des limites juridiques. Le juge administratif a eu l'opportunité de trancher plusieurs litiges liés à l'exécution des nouveaux travaux, mais son silence à l'égard de la portée de la modification nous semble peu propice.

Si les limites de la modification de l'objet ont été récemment remises en cause, l'avis du Conseil d'État du 13 août 2009 a aussi permis d'affirmer que de simples raisons d'opportunité sont admises pour se lancer dans une démarche modificatrice de l'objet du contrat.

B. Les motifs d'opportunité pour modifier l'objet des contrats

Le Conseil d'État s'est référé aux motifs qui sont de nature à justifier juridiquement la modification des contrats, en reconnaissant une place prépondérante à l'opportunité (1). La solution du juge administratif est cependant bien discutée, car

elle va à l'encontre des principes des contrats administratifs prévus par la Constitution de 1991 et par la loi 80 de 1993 (2).

1. L'opportunité par rapport aux motifs prévus par la loi

Le Conseil d'État s'est posé la question de savoir quels sont les motifs qui peuvent justifier une modification des contrats administratifs.

D'abord, le juge a repris le texte de l'article 16 de la loi 80 de 1993 cité à maintes reprises au cours de cette recherche : « si pendant l'exécution du contrat et pour éviter la paralysie ou une atteinte grave au service public concerné, il est nécessaire d'introduire des changements dans le contrat et que les parties ne parviennent pas à un accord à cet égard, l'entité... le modifiera en prescrivant la suppression ou l'ajout d'ouvrages, de travaux, de fournitures ou de services ».

Le juge administratif distingue les situations qui permettent la modification du contrat passé par l'État, des procédures pour le faire : « les situations sont la paralysie et l'atteinte grave du service public. Les procédures sont pour sa part, au nombre de deux : l'accord des parties et l'acte unilatéral si le premier n'est pas obtenu. Il convient de noter que, malgré sa clarté, cette norme est généralement interprétée et commentée sous l'optique exclusive du pouvoir exceptionnel... laissant de côté les analyses sur la possibilité de convenir les modifications »⁹⁸⁷. Les considérants relatifs à cette norme sont, par conséquent, valables aussi bien pour la modification unilatérale que pour celle d'origine conventionnelle.

Le Conseil d'État se réfère ensuite aux expressions de « paralysie » et d'« atteinte grave » : la première signifie qu'une activité, une exécution ou un processus s'arrêtent, tandis que la deuxième montre une continuité mais altérée, changée, amoindrie. Selon le Dictionnaire de l'Académie Royale Espagnole, *paralyser* signifie « arrêter, gêner, empêcher l'action et le mouvement de quelque chose ». L'*atteinte* est liée de son côté aux verbes *menacer* qui signifie « porter

⁹⁸⁷ Conseil d'État, avis du 13 août 2009, req. 1952.

atteinte » et *altérer* qui désigne l'action de « produire un changement ou une modification de quelque chose... Rendre autre, changer, modifier... Modifier en mal, détériorer, dénaturer, dégrader... ». Lors de la paralysie, le service est interrompu, tandis que lors de l'atteinte, le service est fourni mais d'une mauvaise manière, sans la qualité exigée, sans les conditions nécessaires pour satisfaire les besoins des usagers.

L'article 16 de la loi 80 de 1993 exige aussi que l'atteinte soit *grave*, c'est-à-dire qu'elle doit avoir des conséquences de fond sur la gestion du service public concerné. Le Conseil d'État affirme que la menace sur la gestion du service doit être vraiment importante. La modification doit avoir une incidence favorable sur la gestion du service public, en termes d'opportunité, d'efficacité, du coût, d'étendue, de technologie utilisée, etc. L'administration doit pondérer les effets de la modification afin de conserver autant que possible les conditions convenues au départ. Elle doit démontrer enfin que la modification est impérative pour éviter la paralysie ou l'atteinte grave au service public dans un futur plus ou moins proche⁹⁸⁸.

Suite à cette analyse, le Conseil d'État conclut que « s'il existe un besoin démontré de modifier le contrat de l'État en vue d'éviter l'atteinte grave au service... cela peut se faire dans le cadre de l'article 16 »⁹⁸⁹.

Jusqu'ici, les considérants du juge administratif sont incontestables.

Le problème survient lorsque le juge se réfère à l'amélioration du service public de transport aérien qui comporte la modification du contrat de concession de l'aéroport. Le Conseil d'État ne revient plus sur les conditions de paralysie ou d'atteinte grave prévues par l'article 16 de loi 80 de 1993, mais il se lance dans l'élaboration d'une théorie qui admet l'opportunité de cette amélioration en tant que fondement juridique pour décider la modification du contrat : « à ce jour, compte tenu de la théorie constitutionnelle qui donne une place prédominante à la gestion des

⁹⁸⁸ Conseil d'État, avis du 13 août 2009, req. 1952.

⁹⁸⁹ Conseil d'État, *Ibidem*.

services publics, la meilleure et la plus efficace gestion... est une raison suffisante pour sa modification »⁹⁹⁰.

Le Conseil d'État cite largement les professeurs espagnols E. García-Enterría et T. Fernández, qui affirment que « les limites à cet égard n'existent pas, elles ne peuvent pas exister, car les exigences de l'intérêt public et les besoins de la communauté ne peuvent être soumis à l'équivoque initial de l'Administration contractante, ou à l'apparition des circonstances qui n'ont pas été prévues lors de la passation du contrat. L'intérêt général doit prévaloir en tout état de cause... le *ius variandi* [le pouvoir de modification] de l'Administration contractante est illimité dans son étendue et sa portée, car l'intérêt public prime sur toute autre considération »⁹⁹¹.

Il faut insister sur le fait que cet avis n'a pas reconnu la menace de paralysie ou l'attente grave du service public de transport aérien, mais le besoin d'améliorer les flux des passagers et de fret de l'aéroport, qu'un jour les parties ont estimé insuffisants pour l'avenir.

Bien que l'avis ne fasse pas référence au mot « opportunité », il est clair que les motifs pour convenir de la modification du contrat administratif ne sont liés qu'aux bénéfices que comporte pour l'avenir la construction d'un nouvel aéroport. Il ne s'agit pas non plus d'une adaptation du service public aux nouveaux besoins du service de transport aérien, puisque le contrat initial, c'est-à-dire, les travaux de modernisation et d'expansion, ont été le résultat des prévisions du Plan Cadre 2001-2025 élaboré par des consultants internationaux et approuvé par le gouvernement. Les besoins du service public n'ont pas changé hors des prévisions des flux prises en compte lors de la conclusion du contrat.

⁹⁹⁰ Conseil d'État, *Ibidem*.

⁹⁹¹ E. García-Enterría, *op. cit.*, p. 745, cité par le Conseil d'État, avis du 13 août 2009, req. 1952.

L'opportunité a été souvent abordée par rapport à l'édition, la modification et l'extinction des actes administratifs. La doctrine a ainsi parlé des « motifs l'opportunité »⁹⁹² de l'administration publique pour adopter une décision unilatérale.

En vertu du principe de légalité, les personnes publiques agissent sur le fondement du droit et en conformité avec celui-ci. Lorsque l'administration adopte une décision, le principe de légalité dicte qu'elle doit le faire sur le fondement d'une règle supérieure⁹⁹³. L'adoption d'un acte devra être motivée par des raisons de légalité car l'action des personnes publiques doit être prévue par une norme juridique. Pourtant, le moment précis pour prendre la décision n'est pas souvent fixé par les normes. Par exemple, la décision de lancer un processus de mise en concurrence est soumise à l'analyse d'opportunité de l'administration qui peut s'engager quand bon lui semble. La loi ne prévoit que les conditions préalables pour en agir, mais le moment précis pour adopter la décision ne concerne que l'administration. C'est pour cela qu'on parle des motifs l'opportunité et de possibilité qui fondent l'édition, la modification ou l'extinction des actes : « l'analyse d'opportunité ... fait partie de la cause de l'acte administratif... on peut affirmer également qu'elle détermine la correcte motivation de l'acte »⁹⁹⁴.

L'importance de l'opportunité est plus claire par rapport à la modification des actes. Lorsque de nouvelles circonstances de fait font leur apparition, l'administration a l'obligation de déterminer si la décision initiale continue à satisfaire les besoins de l'intérêt public. Celui-ci fait l'objet d'une analyse d'opportunité⁹⁹⁵. Que ce soit pour modifier l'acte originel ou bien, pour adopter une nouvelle décision, l'administration devra déterminer :

1. Le changement ou la disparition des conditions prévues par la loi,

⁹⁹² A. Gordillo, « Tratado de derecho administrativo » [*Traité du droit administratif*], t. IV, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1973, p. 375.

⁹⁹³ Voir : P. Weil et D. Pouyaud, *Droit administratif « Qui sais-je ? »*, PUF coll, 2013, p. 127.

⁹⁹⁴ J-A Barraguirre, « Derecho administrativo : visión jurisprudencial » [*Droit administratif : vision jurisprudentielle*], ed. Juris, Rosario (Argentine), 1993, p. 41.

⁹⁹⁵ A. Gordillo, *op. cit.*, t.III, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, p. 168.

2. Le changement des besoins de l'intérêt public produit par les nouvelles circonstances de fait, et,

3. Le changement ou la disparition des conséquences juridiques attribuables aux faits qui ont donné lieu à la décision originelle.

La doctrine a toujours admis les motifs d'opportunité des personnes publiques pour prendre des actes administratifs⁹⁹⁶, bien qu'il n'existe aucune prévision légale expresse à cet égard⁹⁹⁷.

En revenant sur l'avis du Conseil d'État, il faut rappeler qu'il s'agit d'un contrat administratif, ce qui signifie que la décision de modification du contrat concerne non seulement le cocontractant, mais aussi les candidats qui ont participé au processus de mise en concurrence. Les conditions de la mise en concurrence doivent être conservées pour assurer le respect du principe d'égalité et de transparence lors de l'exécution du contrat.

Encore plus important, il convient de souligner que l'article 16 de la loi 80 de 1993 prévoit explicitement les conditions qui permettent la modification des contrats, c'est-à-dire, les motifs de légalité qui une fois remplies, s'ajoutent aux motifs d'opportunité pour décider la modification. Comme on l'a vu, l'opportunité prise isolément, est insuffisante pour adopter une décision administrative ou convenir un changement des obligations des parties. Pourtant, le Conseil d'État n'a rendu son avis que sur la base de l'opportunité qui découle de la construction d'un nouvel aéroport pour la gestion du service public de transport aérien. L'analyse de la menace de paralysie ou de l'atteinte grave au service public a été oubliée par le juge administratif.

⁹⁹⁶ J-C Cassagne, « Curso de Derecho Administrativo » [*Cours de droit administratif*], 10^{ème} éd., La Ley, Buenos Aires, 2011, p. 793.

⁹⁹⁷ V. Bonpland, « La revocación del acto por razones de oportunidad » [*L'abrogation de l'acte pour des raisons d'opportunité*], *Revista Iberoamericana de Derecho Administrativo y Regulación Económica*, IJ-LXVI-955, décembre 2012, p. 46.

À notre avis, le changement était d'une telle ampleur qu'il devait conduire à la résiliation du contrat initial et à la passation d'un nouveau contrat. Pourtant, une solution pareille signifiait faire face à une perte de temps (des années) et des ressources déjà engagées dans le projet. De plus, cela mettait en danger la réalisation d'autres projets d'investissement économique international qui dépendaient de l'achèvement des ouvrages de l'aéroport. C'est pour cela que le Conseil d'État a admis le changement voulu par les parties.

Le juge administratif a finalement admis la modification du contrat, mais sur la base des raisons certainement dangereuses. Désormais, il semble que les motifs d'opportunité suffisent pour décider la modification de l'objet du contrat car, citant de nouveau l'avis, « l'intérêt général doit prévaloir en tout état de cause... le ius variandi de l'Administration contractante est illimité dans son étendue et sa portée, car l'intérêt public prime sur toute autre considération ».

Clairement la solution du Conseil d'État porte atteinte aux règles de la mise en concurrence.

2. La solution du Conseil d'État par rapport à la mise en concurrence

On peut de demander encore une fois, si la modification de l'objet des contrats administratifs n'a aucune limite.

Si l'opportunité est certainement insuffisante pour fonder la modification de l'objet du contrat, la solution du juge d'admettre une modification d'une portée illimitée nous semble également regrettable. La mise en concurrence est remise en cause.

En droit français, le lien entre le changement d'objet et le respect des règles de la mise en concurrence est indiscutable. En témoignent les conclusions du commissaire du gouvernement C. Bergeal sur l'arrêt du 22 juin 1998, *Préfet du Puy-de-Dôme* : « si l'avenant a en réalité pour objet des travaux dissociables de ceux qui

étaient l'objet du marché, le recours à un nouveau marché s'impose dans le respect, à nouveau, des règles de mise en concurrence ».

Si le droit de la concurrence est applicable au stade de la détermination du contenu du contrat et de sa passation, il limite également la liberté de modifier le contrat au stade de son exécution : « faire jouer la concurrence ne consiste pas seulement à mettre les entreprises en concurrence ; ceci suppose aussi que les résultats obtenus par le jeu de la concurrence soient préservés une fois le contrat signé »⁹⁹⁸.

Les procédures formelles de dévolution des contrats ont ainsi des effets sur le régime de leur exécution. La modification en est l'un des exemples. Comme l'indique de manière remarquable H. Hoepffner, « la modification ne doit être un moyen ni de remédier abusivement aux insuffisances de l'analyse préalable des besoins de la collectivité publique, ni de régulariser d'éventuelles sous-estimations du contrat initial permettant de rester en-deçà des seuils fixés par les textes. Elle ne doit pas non plus permettre de définir un objet auparavant indéterminé ou de le modifier substantiellement. L'objet étant un élément essentiel du contrat donc de sa mise en concurrence, il ne saurait être remplacé au cours de l'exécution »⁹⁹⁹.

L'auteur rappelle que si les conditions de la mise en concurrence pouvaient être modifiées au cours de l'exécution du contrat, les efforts mis en œuvre pour faire jouer la concurrence seraient vains¹⁰⁰⁰.

Il ne faut ni que le respect de la concurrence devienne un obstacle à la mutabilité des contrats, ni qu'il conduise à soumettre l'administration à des exigences disproportionnées et coûteuses en matière d'études préalables¹⁰⁰¹.

⁹⁹⁸ A. Laguerre, *Concurrence dans les marchés publics*, Berger Levrault, coll. L'Administration nouvelle, 1989, p. 117.

⁹⁹⁹ H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 174

¹⁰⁰⁰ Voir : H. Hoepffner, *Ibidem*, p. 175.

¹⁰⁰¹ Pour G. Ariño-Ortiz, « l'administration ne peut pas renoncer à ses pouvoirs, ni enlever sa volonté dans la gestion de l'intérêt général. Si l'administration est responsable de l'intérêt général, elle ne peut pas être conditionnée par la conclusion des contrats. C'est pour cela qu'elle a le pouvoir d'introduire des modifications même à l'objet du contrat, pour assurer une meilleure réalisation et une meilleure adaptation à ses objectifs ». G. Ariño-Ortiz, *op. cit.*, p. 225.

Cela ne veut pas dire, cependant, que le pouvoir d'adaptation des services publics est plus important que le principe de concurrence. Il faut rappeler que celui-ci n'est pas une fin en soi, mais plutôt une action qui favorise l'amélioration du rapport qualité-prix¹⁰⁰², qui, par conséquent, assure la prévalence de l'intérêt général.

La Cour de Justice des Communautés Européennes (aujourd'hui Cour de justice de l'Union européenne) affirme également les limites de la modification du contrat, qui découlent de l'obligation de mise en concurrence : si le contrat doit pouvoir évoluer afin de s'adapter au changement de son environnement économique ou technologique ainsi qu'aux exigences de l'intérêt général, toute « modification substantielle » du contrat doit être assimilée à la conclusion d'un nouveau contrat¹⁰⁰³.

En droit colombien, la jurisprudence constitutionnelle qui confère une place prépondérante aux exigences de la mise en concurrence, est sans aucun doute abondante.

Par l'arrêt du 25 avril 2012, la Cour Constitutionnelle a souligné que la modification des contrats administratifs (en l'espèce il s'agissait d'un contrat de concession) devait être exceptionnelle. La décision de modifier doit toujours être fondée sur des raisons autorisées par la loi et ne doit pas correspondre à de nouveaux objets ; accepter le contraire comporterait le risque d'inciter les parties à tirer profit non seulement de la complexité et de la spécificité des investissements que demandent les projets d'infrastructure, mais aussi du fait que le lien contractuel se trouve déjà formé, pour agir de manière opportuniste¹⁰⁰⁴. D'après le juge

¹⁰⁰² Ch. Bettinger, *L'évolution de la concession, notion de droit administratif français*, thèse Paris II, 1975, p. 58.

¹⁰⁰³ JOCE 2000/C, 121/02 du 29 avril 2000.

¹⁰⁰⁴ Par rapport aux conduites opportunistes dans le cadre de la modification des contrats de concession, voir : J-L Guash, « Concesiones en infraestructura. Cómo hacerlo bien » [*Concessions dans l'infrastructure, Comment bien le faire*], Banco Mundial, Washington, 2005. Cet auteur explique : « les gouvernements ne sont pas les seuls qui peuvent arriver à agir de façon opportuniste. Une fois qu'une entreprise privée a reçu une concession dans le secteur de l'infrastructure, elle peut décider d'agir pour « faire pression » sur le gouvernement (par exemple, en insistant sur la modification du contrat pour obtenir des conditions plus favorables). Les avantages qui découlent de l'obtention de la concession (par rapport aux entreprises qui n'ont aucun lien contractuel avec

constitutionnel, la modification ne peut pas porter atteinte aux principes de transparence, d'égalité, de concurrence et de sélection objective, parmi d'autres, qui règlent la passation et l'exécution des contrats passés par l'État.

Par l'arrêt du 2 août 2001, la Cour a précisé que la libre concurrence est directement liée non seulement au principe d'égalité prévu par l'article 13 de la Constitution de 1991, mais aussi à la liberté économique reconnue par l'article 333 et aux principes de la fonction administrative traités par l'article 209 (transparence, égalité, moralité et efficacité, parmi d'autres).

La concurrence garantit la possibilité, pour tous ceux qui réunissent les conditions pour passer un contrat administratif, de pouvoir faire partie du processus sur des bases identiques¹⁰⁰⁵.

Ultérieurement, la Cour Constitutionnelle a remarqué que « la libre concurrence permet la participation des toutes les personnes qui ont la possibilité de fournir ce dont l'administration a besoin »¹⁰⁰⁶.

Ce principe a servi de base au juge constitutionnel pour admettre la conformité des normes relatives à la modification des contrats à la Constitution.

Tel est le cas de l'article 10 de la loi 182 de 1995 qui a interdit la prolongation illimitée des contrats de concession d'espaces de télévision publique. La Cour a déclaré que la norme est conforme aux principes de la Constitution puisqu'elle évite

l'administration) peuvent devenir un instrument important pour assurer la modification du contrat en accordant des conditions plus favorables aux intérêts du particulier ».

¹⁰⁰⁵ Pour la Cour Constitutionnelle, la concurrence « garantit la faculté de participer au processus de sélection à tous les éventuels offrants qui ont vraiment la possibilité d'en fournir ce que demande l'administration. Cependant, la liberté à la concurrence admet des exceptions fondées sur le besoin d'assurer la capacité légale et les qualités techniques, professionnelles, économiques et financières du cocontractant. Ces limites doivent être fixées par le législateur, en respectant les critères de rationalité et de proportionnalité », Cour Constitutionnelle, arrêt C-815 du 2 août 2001.

¹⁰⁰⁶ Cour Constitutionnelle, arrêt C-713 du 26 mars 2009.

les avantages injustifiés des concessionnaires, ainsi que la restriction disproportionnée à la participation d'autres entreprises¹⁰⁰⁷.

Dans le même sens a été rendu l'arrêt du 5 septembre 2001 qui a déclaré inconstitutionnelle la prorogation *automatique* des contrats de concession de télécommunications prévue par l'article 36 de la loi 80 de 1993. La Cour a souligné que la possibilité de prolonger les contrats administratifs n'est pas inconstitutionnelle en soi, mais plutôt la prorogation automatique, c'est-à-dire celle décidée par l'administration sans l'examen préalable qui permet déterminer qu'il s'agit de l'option la plus favorable aux intérêts publics. La Cour n'a trouvé « aucune justification objective et raisonnable pour restreindre, par ce biais, le droit à la libre concurrence des autres offrants qui remplissent les conditions techniques et financières nécessaires pour exécuter l'objet contractuel »¹⁰⁰⁸.

Il convient de se référer, finalement, à l'arrêt du 10 février 2009, qui a déclaré inconstitutionnel l'article 8 de la loi n° 1 de 1991, qui permettait la prorogation pour une durée illimitée des contrats de concession portuaire. La Cour a estimé que la prorogation illimitée méconnaît l'égalité et la libre concurrence économique, « puisqu'elle octroie des avantages disproportionnés au concessionnaire... elle ne permet pas à tous ceux qui n'ont pas participé ou n'ont pas été choisis lors de l'adjudication, l'exercice de leurs droits de concurrence. Cela signifie l'exclusion de nouveaux offrants qui réunissent les conditions techniques et financières exigées pour participer de la réalisation de l'objet contractuel de la concession portuaire »¹⁰⁰⁹.

N'en va-t-il pas de même lorsque les parties conviennent de la modification substantielle de l'objet du contrat administratif ?

¹⁰⁰⁷ Pour la Cour Constitutionnelle « un système qui prévoit des prolongations comme celle décrite... sans permettre la libre concurrence pour obtenir les espaces dans le cadre d'une nouvelle adjudication, entraîne une restriction invalide. Les mesures de prolongation illimitée ignorent nécessairement les opportunités d'accès de ceux qui n'ont pas fait partie du processus concurrentiel ou qui n'ont pas reçu une concession, ce qui porte atteinte aux prévisions de l'article 75 de la Constitution », Cour Constitutionnelle, arrêt C-350 du 29 juillet 1997.

¹⁰⁰⁸ Cour Constitutionnelle, arrêt C-949 du 5 septembre 2001.

¹⁰⁰⁹ Cour Constitutionnelle, arrêt C-068 du 10 février 2009.

Il est clair que la dénaturation de l'objet va à l'encontre de la libre concurrence, de l'égalité et du principe de transparence prévu par le statut des contrats administratifs. Si la Cour Constitutionnelle souligne à maintes reprises la prévalence des droits de la concurrence, le Conseil d'État semble adopter une solution différente.

Bien qu'il soit difficile d'ignorer presque l'ensemble des décisions du Conseil d'État, il nous semble qu'en tout état de cause, les modifications ne peuvent porter atteinte à l'essence de la convention originelle. La dénaturation et le changement de l'objet dépassent, à notre avis, les limites de la modification.

Même si la jurisprudence administrative est réticente à aborder le sujet des limites, la solution mentionnée nous semble fondée sur les conclusions du juge constitutionnel et encore plus, sur les dispositions de la loi 80 de 1993 et la Constitution de 1991 qui font référence aux principes du droit des contrats administratifs en Colombie.

A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé avouent que l'application des principes soulève des questions délicates lorsque l'administration entend réaliser une modernisation du service public par l'emploi de techniques nouvelles mieux adaptées aux besoins sociaux et au progrès technologique¹⁰¹⁰. Toutefois, cette difficulté ne peut pas délégitimer la solution de fond : « l'administration ne peut imposer dans l'organisation du service des modifications qui entraîneraient une véritable transformation de la nature ou de l'objet du contrat »¹⁰¹¹.

En guise de conclusion, on notera que la modification des contrats administratifs est limitée par un élément qualitatif. Lorsque la modification entraîne

¹⁰¹⁰ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *op. cit.*, n° 1208.

¹⁰¹¹ Pour les auteurs du traité des contrats administratifs, « si, par exemple, l'intérêt général paraît commander une transformation du mode de gestion du service tel qu'une substitution à la concession d'une gestion en régie, elle ne peut le faire que par des procédés tels que le rachat, mais non par des modifications profondes imposées au concessionnaire (cf. l'arrêt du 18 juillet 1930, précité). De même, si l'administration peut imposer des extensions du service, elle ne peut prétendre prescrire au concessionnaire la gestion d'un service différent du service concédé, d'un véritable service nouveau ou encore d'un service dépassant manifestement les possibilités du concessionnaire (C.E. 3 avril 1925, Ville de Mascara, p. 382) », A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *op. cit.*, n° 1208.

la substitution d'un objet nouveau, dissociable de la prestation initialement convenue, elle devient un nouveau contrat qui doit être, le cas échéant, soumis à une nouvelle procédure de dévolution concurrentielle¹⁰¹².

On l'appelle qualitatif, car l'on compare la nature de la prestation initiale et celle de la prestation suite à la modification.

Pourtant, ce critère reste insuffisant lorsque la modification dépasse un certain seuil caractérisant un bouleversement de l'économie du contrat¹⁰¹³ ; « la modification rencontre alors une deuxième limite, basée sur un critère essentiellement quantitatif »¹⁰¹⁴.

L'analyse des limites de la modification des contrats administratifs sera ainsi abordée par leurs conséquences financières.

¹⁰¹² La modification ne peut pas dénaturer l'objet de leur contrat, c'est-à-dire, substituer purement et simplement un nouvel objet à l'objet initialement convenu. Il ne s'agirait alors plus d'une modification du contrat initial mais de la conclusion d'un nouveau contrat.

¹⁰¹³ H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 166.

¹⁰¹⁴ H. Hoepffner, *Ibidem*, p. 182.

CHAPITRE 2 : LES LIMITES FINANCIÈRES DE LA MODIFICATION

La question se pose de déterminer dans quelle mesure l'élément financier, déterminant l'équilibre économique du contrat, peut être modifié au cours de l'exécution des prestations.

Si en droit civil le prix, librement fixé par les parties, est ouvertement modifiable, en droit administratif cette liberté n'a pas la même portée.

D'abord, l'administration ne peut pas décider une modification du prix unilatéralement. Ainsi que le rappellent les auteurs du traité des contrats administratifs : « le contrat administratif ne comporte précisément pas, pour toutes ses dispositions, une intangibilité analogue à celle qui caractérise les contrats de droit privé ; dans certaines conditions, l'Administration contractante peut intervenir à l'égard d'un contrat administratif déjà conclu pour apporter des changements à certaines de ses dispositions. Mais nous verrons que précisément échappent à ce pouvoir de modification les dispositions contractuelles concernant les avantages de tous ordres financiers ou matériels, consentis au cocontractant dans le contrat. La rémunération fait partie de ces dispositions ; elle ne peut être modifiée unilatéralement par l'Administration ; en cela consiste le principe de son intangibilité »¹⁰¹⁵.

Il convient de préciser, cependant, que ce principe n'a pas une portée aussi large que celle qui a pu lui être donnée. Il s'agit plutôt d'une considération de bon sens¹⁰¹⁶ : l'administration n'a pas d'intérêt à modifier directement le prix (sauf dans l'hypothèse où cette modification a pour objet d'opérer une nouvelle répartition des charges entre les parties) dans la mesure où toute modification se traduit

¹⁰¹⁵ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *op. cit.*, n° 1012 et 1013.

¹⁰¹⁶ Voir : H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 183 et 184.

nécessairement par une indemnisation équivalente au préjudice subi. L'administration est, toutefois, amenée à modifier indirectement les dispositions financières à l'occasion d'une modification portant sur les prestations initialement convenues.

Les clauses financières peuvent aussi être modifiées par l'accord des parties : « le prix de base, irrévocable, n'est pas pour autant nécessairement immuable. Il peut d'abord, c'est l'évidence, faire l'objet d'un avenant »¹⁰¹⁷. Cependant, comme on l'a vu, la modification de la rémunération du cocontractant doit résulter d'une modification des prestations. La modification des prestations du contrat rejoint ainsi celle de son prix.

Quelles sont les limites de la modification du prix, ou plus généralement, des conditions financières du contrat ?

En droit administratif français, on parle de l'interdiction de la modification entraînant un bouleversement de l'économie du contrat. Pour la doctrine « la modification, quel que soit *l'instrumentum* utilisé pour la concrétiser, ne doit pas, par son montant, aboutir à bouleverser l'économie générale du marché public initialement conclu »¹⁰¹⁸.

En France, la notion de bouleversement de l'économie du contrat a été utilisée d'abord par la jurisprudence pour déterminer la limite des modifications unilatérales¹⁰¹⁹ : l'administration ne saurait prétendre imposer une modification qui entraînerait « un changement ou un bouleversement de l'économie générale du projet »¹⁰²⁰, « un changement de la substance », de « l'essence »¹⁰²¹ du contrat tel qu'il avait été initialement envisagé ou « une modification essentielle aux conditions du marché »¹⁰²².

¹⁰¹⁷ D. Chabanol, J-P, Jouguelet et F Bourrachot, *Le régime juridique des marchés publics, Droits et obligations des signataires des marchés de travaux*, coll. Analyse juridique, Ed. Le Moniteur, 5^{ème} éd., 2007, n° 31.

¹⁰¹⁸ H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 200 et 201.

¹⁰¹⁹ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *op. cit.*, n° 1242.

¹⁰²⁰ CE, arrêts du 5 juin 1918, *Daux*, Rec. 536 et du 23 juin 1920, *Briançon*, Rec. 697.

¹⁰²¹ CE, arrêts du 1^{er} juillet 1914, *Monin*, Rec. 801 et du 27 fév. 1925, *Dolfini*, Rec. 219.

Cette notion a été reprise à l'égard des avenants en 1972 par la doctrine administrative¹⁰²³, dans les années 1980 par la jurisprudence administrative¹⁰²⁴, introduite par le décret du 15 décembre 1992 et enfin codifiée aux articles 45 bis et 255 bis de l'ancien Code des marchés publics, reprise aux articles 19 des Codes de 2001 et 2004 et à l'article 20 du Code de 2006.

Comme l'a bien remarqué J-M Peyrical, c'est la définition même de la modification qui est en jeu¹⁰²⁵, c'est pourquoi cette notion a été progressivement transposée à l'ensemble des contrats soumis à une procédure de mise en concurrence¹⁰²⁶.

Pour l'analyse de ce sujet, il convient de distinguer la notion de bouleversement de l'économie du contrat de la notion de bouleversement de l'équilibre économique convenu par les parties lors de la passation de convention originelle.

Cette dernière a été abordée à propos de la notion négative de la modification. Elle se réfère à l'obligation de conserver la commutativité des prestations tout au long de la période d'exécution du contrat.

Suivant les conclusions dégagées par le Conseil d'État français, l'article 27 de la loi 80 de 1993 a prévu l'obligation pour l'administration de préserver l'égalité et l'équivalence entre les droits et les obligations des parties au cours de l'exécution du

¹⁰²² CE, 17 fév. 1978, *Sté. Cie française d'entreprise*, Rec. 88.

¹⁰²³ Lettre collective n° 144, min. Éco et finances, 31 oct. 1972, mod. sur les avenants dans les marchés publics.

¹⁰²⁴ TA Rennes, 8 oct. 1987, *Préfet d'Ille-et-Vilaine c. Syndicat intercom d'électrification de Rennes sud-est*, n° 236, p. 15 ; TA Orléans, 5 mai 1989, *Préfet de l'Eure-et-Loir*, n° 245, p. 17 et TA Rennes 2 déc. 1992, *Préfet du Morbihan*, n° 27, p. 32, parmi d'autres.

¹⁰²⁵ Selon J-M Peyrical, « L'économie du contrat est relative à l'ensemble de ses dispositions qui en représentent le fondement et donc l'équilibre », voir : J-M Peyrical, *Les avenants aux contrats publics*, Le Moniteur, 3^{ème} éd., 2005, p. 99.

¹⁰²⁶ J-M Peyrical, « Les avenants, source d'unification des contrats publics », *Mélanges M. Guibal*, PU Montpellier, 2005, t.I, p. 825.

contrat¹⁰²⁷. Par conséquent un changement dans les prestations originelles qui rend celles-ci plus onéreuses pour le cocontractant, amène nécessairement à modifier le prix du contrat.

Dans ce cas, parler du fait que la modification ne peut pas bouleverser l'équilibre financier des parties signifie que le changement des prestations devra être accompagnée, le cas échéant, d'une indemnisation qui compense les effets économiques que la modification a entraînés pour le cocontractant.

La notion de bouleversement de l'économie générale du contrat est différente, car elle ne vise pas l'obligation de rétablissement de l'équilibre issu de la conclusion du contrat, mais plutôt, la limite qui doit être prise en compte lorsque les parties de façon conventionnelle, ou l'administration de manière unilatérale, décident de modifier les prestations initiales.

Si le cocontractant a conclu le contrat en considération de certaines conditions, notamment de ses possibilités techniques et financières, l'administration ne peut prétendre imposer des modifications qui aboutiraient par leur importance à un bouleversement du contrat et de son économie générale¹⁰²⁸.

Dans ce cas, parler du fait que la modification ne peut pas bouleverser l'économie générale du contrat signifie que le changement des prestations a une limite économique. La modification ne peut pas dépasser des seuils financiers, car cela entraînerait le bouleversement interdit par la loi. Au-delà de ces seuils, la modification « doit être requalifiée en nouveau contrat soumis... à une procédure de mise en concurrence »¹⁰²⁹.

Cette limite économique est liée au principe d'égalité des candidats dans une procédure de mise en concurrence : la notion de bouleversement de l'économie

¹⁰²⁷ Pour le Conseil d'État colombien, « le phénomène de la commutativité du contrat de l'État repose sur la base de l'équilibre, de l'égalité ou de l'équivalence proportionnelle et objective des conditions économiques », Conseil d'État, arrêt du 10 mai 2012, req. 18836.

¹⁰²⁸ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *op. cit.*, n° 1177.

¹⁰²⁹ H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 201.

générale du contrat « interdit que les conditions initiales de la compétition puissent être bouleversées en cours d'exécution du contrat (...). Il est alors à noter que si le bouleversement de l'économie joue encore le rôle d'une limite, ce n'est plus dans l'intérêt du cocontractant, mais dans l'intérêt du tiers au contrat et pour le respect de la loi »¹⁰³⁰. Pour d'autres publicistes « elle vise à assurer une bonne gestion des ressources publiques et participe au renforcement des principes de concurrence et de transparence »¹⁰³¹. C'est pourquoi on parle souvent des seuils de mise en concurrence.

Le critère qualificatif est considéré insuffisant car on a également besoin d'une limite économique pour assurer que la modification des prestations n'entraîne pas un changement excessif qui aille à l'encontre des principes d'égalité, de mise en concurrence et, plus généralement, de transparence.

Pris isolément, le critère de l'objet de la modification est inopérant : « il doit être combiné avec un critère quantitatif, prenant en considération l'importance de la modification »¹⁰³². C'est d'ailleurs dans cette perspective qu'a été adopté [en France] le décret du 15 décembre 1992 posant le principe selon lequel «sauf sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ou une décision de poursuivre ne peut bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet». Le pouvoir réglementaire a ainsi pris le risque de bloquer toute modification du contrat en déniaut à l'Administration le pouvoir de conclure un avenant bouleversant l'économie contractuelle avec l'agrément du titulaire du contrat »¹⁰³³.

La limite quantitative consiste à ne pas dépasser certains seuils économiques lors de la démarche modificative.

Jusqu'où peut-t-on modifier un contrat administratif en termes économiques ?
Quels sont les seuils financiers qui limitent la décision de modifier un contrat ?

¹⁰³⁰ J-F Sestier, « Gestion contractuelle des services publics et bouleversement de l'économie des contrats », *BJCP*, n°7, novembre 1999.

¹⁰³¹ H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 186.

¹⁰³² En témoignent les conclusions du commissaire du gouvernement C. Bergeal sur l'arrêt du 22 juin 1998, *Préfet du Puy-de-Dôme* : « un avenant est qualifié de nouveau marché dans deux cas : lorsqu'il porte sur d'autres travaux que ceux du marché initial ou lorsque son montant dépasse une certaine importance ».

La réponse nous amène à l'étude du bouleversement de l'économie générale des contrats d'ouvrage [marchés publics en droit français] (**Section 1**) et des contrats de concession (**Section 2**), qui a fondé en Colombie la détermination de certains seuils financiers par voie légale.

SECTION 1 : LE BOULEVERSEMENT DE L'ÉCONOMIE DES CONTRATS D'OUVRAGE PUBLIC

Il convient de reprendre ici les conclusions du Conseil d'État qui indiquent que l'article 16 de la loi 80 de 1993¹⁰³⁴ règle non seulement la modification décidée unilatéralement par l'administration, mais aussi, celle convenue par les parties¹⁰³⁵. Le juge souligne également que : « les situations qui permettent la modification du contrat... sont [dans le deux cas] la paralysie et l'atteinte grave au fonctionnement du service public concerné »¹⁰³⁶.

On pourrait penser qu'en ayant la même base légale, les limites des instruments conventionnels et unilatéraux sont aussi les mêmes, mais la solution adoptée dans chaque cas est différente. La loi a prévu un plafond financier pour la modification conventionnelle des contrats (§1), tandis que la modification unilatérale n'a qu'un seuil qui permet au cocontractant, dans certains cas, de renoncer à l'exécution du contrat (§2).

¹⁰³³ H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 14.

¹⁰³⁴ Selon le statut général des contrats administratifs, « si pendant l'exécution du contrat et pour éviter la paralysie ou une atteinte grave au service public concerné, il est nécessaire d'introduire des changements dans le contrat et que les parties précédemment ne parviennent pas à un accord à cet égard, l'entité par voie d'acte administratif dûment motivé, le modifiera en prescrivant la suppression ou l'ajout d'ouvrages, de travaux, de fournitures ou de services » (art. 16, loi 80 de 1993).

¹⁰³⁵ Conseil d'État, avis du 13 août 2009, req. 1952.

¹⁰³⁶ Conseil d'État, avis du 13 août 2009, req. 1952.

§1. LA MODIFICATION CONVENTIONNELLE DES ELEMENTS FINANCIERS

Quoique la loi colombienne semble à première vue incorporer les solutions dégagées par le juge administratif français, l'étude des deux systèmes juridiques nous révèle que l'analyse étendue des sources de droit français en ce qui concerne les limites qualitatives (A), est bien éloignée de l'approche simpliste du droit colombien (B).

A. La limite financière des avenants en France

En France, le bouleversement de l'économie du contrat résulte d'une modification du montant global du contrat ou des prestations. Plusieurs normes ont apporté des critères pour définir ce bouleversement (1), mais conformément à la jurisprudence administrative, l'analyse doit toujours être faite *in concreto* (2).

1. L'approche normative

Aux termes de l'article 20 du Code des marchés publics, un avenant ne doit pas aboutir à « bouleverser l'économie générale du marché » en prévoyant une augmentation trop importante du montant du marché initial. Mais aucun texte réglementaire ou législatif ne fixe cependant de pourcentages précis.

En l'absence de toute disposition législative ou réglementaire fixant un seuil au-delà duquel l'augmentation du prix entraîne un tel bouleversement, l'application de ce principe s'avère très difficile. En pratique, certains seuils sont parfois avancés, mais aucun ne constitue une référence certaine, « tout au plus constituent-ils des sources d'inspiration permettant d'anticiper l'éventuelle illégalité d'une modification »¹⁰³⁷.

¹⁰³⁷ H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 201.

D'abord on peut parler de l'article 8 de la loi n° 95-127 du 8 février 1995, relative aux marchés publics et délégations de service public, qui indique : « tout projet d'avenant à un marché de travaux, de fournitures ou de services entraînant une augmentation du montant global supérieure à 5 % est soumis pour avis à la commission d'appel d'offres ». Cette norme a été considérée, cependant, comme une simple règle de procédure¹⁰³⁸.

Ensuite, on peut se référer au chapitre II relatif au Prix et règlement des comptes des Cahier des Clauses Administratives Générales applicables aux marchés publics de travaux¹⁰³⁹. L'article 15, relatif à l'augmentation du montant des travaux indique que « le titulaire n'est tenu d'exécuter des travaux qui correspondent à des changements dans les besoins ou les conditions d'utilisation auxquels les ouvrages faisant l'objet du marché doivent satisfaire que si le montant des travaux de cette espèce n'excède pas le dixième du montant contractuel des travaux¹⁰⁴⁰ ». Cela vaut dire que au-delà du seuil du 10% l'entrepreneur n'est plus tenu d'exécuter les travaux supplémentaires imposés par l'administration.

L'article 15 du CCAG Travaux souligne aussi les seuils de 5 % et de 25 % au-delà desquels l'entrepreneur peut obtenir réparation de l'éventuel préjudice qu'il a subi en cas d'augmentation de la masse des travaux¹⁰⁴¹ supérieure à 10 %. Cependant, ces seuils « ne sont pas davantage des références probantes permettant d'apprécier la

¹⁰³⁸ H. Hoepffner, *Ibidem*, p. 201 et s.

¹⁰³⁹ CCAG-travaux 2009 issu de l'arrêté du 8 septembre 2009 portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux. NOR : ECEM0916617A publié au JO du 1^{er} octobre 2009.

¹⁰⁴⁰ L'article 15 du CCAG définit le « montant des travaux » comme celui évalué au moment de la décision d'augmentation ou de diminution du montant des travaux, à partir des prix initiaux du marché. Le « montant contractuel des travaux » est pour sa part, le montant des travaux résultant des prévisions du marché, c'est-à-dire du marché initial éventuellement modifié par les avenants intervenus.

¹⁰⁴¹ Article 15, CCAG Travaux 2009 : « 15.3. Si l'augmentation du montant des travaux, par rapport au montant contractuel, est supérieure à l'augmentation limite définie à l'alinéa suivant, le titulaire a droit à être indemnisé en fin de compte du préjudice qu'il a éventuellement subi du fait de cette augmentation au-delà de l'augmentation limite.

L'augmentation limite est fixée :

- pour un marché à prix forfaitaires, à 5 % du montant contractuel ;
- pour un marché sur prix unitaires, à 25 % du montant contractuel... ».

légalité d'un avenant ou d'une décision de poursuivre au regard de l'article 20 du Code des marchés publics »¹⁰⁴².

Enfin, l'article 35 du Code des marchés publics, indique que « le montant cumulé des marchés complémentaires ne doit pas dépasser 50 % du montant du marché principal », mais la doctrine remarque que ce seuil ne préjuge pas non plus de la légalité d'un avenant ou d'une décision de poursuivre permettant la réalisation de prestations complémentaires.

2. L'analyse in concreto du juge administratif

La Commission centrale des marchés estime que « sous réserve de l'appréciation souveraine des tribunaux, il semble raisonnable d'admettre qu'une augmentation du montant d'un marché par un ou plusieurs avenants successifs, inférieur à 15 % du montant initial de ce marché, ne présente pas, en règle générale, de caractère abusif »¹⁰⁴³.

La doctrine suggère, pour sa part, un seuil fixé « aux alentours » de 15-20 % au-delà duquel la légalité de la modification pourrait être contestée, mais elle avoue qu'« en réalité, il est impossible de fixer un pourcentage maximum au-delà duquel une modification remettrait systématiquement en cause les conditions initiales de la mise en concurrence »¹⁰⁴⁴.

Comme le reconnaît la mission interministérielle d'enquête sur les marchés publics, « toute la difficulté est alors de savoir à partir de quand l'économie d'un marché est bouleversée »¹⁰⁴⁵.

Le juge administratif n'a jamais déterminé un seuil précis, peut-être pour se ménager, au cas par cas, une marge d'appréciation suffisante.

¹⁰⁴² H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 201.

¹⁰⁴³ CCM, M.P. 1990, n° 247, p. 8. H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 201, cite 350.

¹⁰⁴⁴ H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 201

¹⁰⁴⁵ Rapport d'activité - année 1998, p. 34.

L'appréciation est faite in concreto par le juge et varie en fonction des circonstances de chaque affaire ainsi que de la continuité entre les travaux initiaux et ceux faisant l'objet de l'avenant. Il n'existe pas de limite au-delà de laquelle un avenant bouleverse automatiquement l'économie d'un marché, mais il semble que la modification ne puisse entraîner le dépassement d'un seuil de 20%. En témoignent les décisions ayant jugé illégales les modifications entraînant une augmentation de 97 % du montant du marché¹⁰⁴⁶, de 57%¹⁰⁴⁷ ou de 43%¹⁰⁴⁸ du montant d'un marché de travaux et de 63% du coût de la maîtrise d'œuvre¹⁰⁴⁹.

Selon la circulaire du 7 janvier 2004 portant manuel d'application du code des marchés publics (abrogée par la circulaire du 3 août 2006), il y a lieu de considérer qu'une augmentation par avenant de 15 % à 20 % ou plus du prix d'un marché est susceptible d'être regardée par le juge administratif comme bouleversant l'économie du contrat.

L'augmentation quantitative se double, le plus généralement, d'une modification qualitative¹⁰⁵⁰. C'est alors au regard de ces deux critères que le juge est amené à se prononcer : « il n'est ainsi pas surprenant qu'une augmentation de 33 % du montant du marché, accompagnée d'une modification substantielle de la nature des travaux¹⁰⁵¹ soit jugée illégale »¹⁰⁵².

¹⁰⁴⁶ TA Marseille, 9 juin 1998, *Préfet des Bouches-du-Rhône*, req. n° 96MA2934.

¹⁰⁴⁷ TA Cergy-Pontoise, 12 févr. 2002, *Préfet de la Seine-Saint-Denis*, req. n° 99-14236/3, *BJCP* n°23/2002, p. 322.

¹⁰⁴⁸ CE, 8 mars 1996, *Cne de Petit-Bourg*, req. 165.075 : « Considérant, d'autre part, qu'en portant le montant du lot n° 1 de 1 596 375 F à 2 291 953,75 F, soit un accroissement supérieur à 43 % du prix fixé par le marché initial, l'avenant litigieux a eu pour effet de bouleverser l'économie de ce marché ».

¹⁰⁴⁹ CAA Douai, 17 mai 2000, *Cne de Lens*, req. n° 98-1231 : « ces avenants qui prévoient la réalisation de prestations qui n'étaient pas prévues dans les marchés initiaux et portaient le montant du marché de contrôle technique de 558 400 F HT à 872 400 F HT et le montant du marché de maîtrise d'œuvre de 6 162 925 F HT à 10 010 000 F HT, bouleversaient l'économie des marchés et constituaient des nouveaux marchés dont la passation devait être effectuée après mise en concurrence préalable dans les conditions prévues par le Code des marchés publics ».

¹⁰⁵⁰ Le bouleversement de l'économie d'un contrat peut résulter aussi d'autres éléments qui ne sont pas d'ordre quantitatif, mais en modifient néanmoins l'équilibre. Un avenant qui porte sur la prolongation de la durée d'un contrat initial (CAA Bordeaux, 9 mars 2006, req. n° 02BX02454) ou sur mise en place de nouvelles contraintes, peut également remettre en cause l'économie du contrat.

¹⁰⁵¹ TA Paris, 4 avr. 2000, *Préfet de Paris*, req. n° 99-153086,

¹⁰⁵² H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 202.

Sur cette base ont été rendus plusieurs arrêts de la jurisprudence administrative. L'augmentation de 17 et 22% du montant d'un marché de création et d'impression de brochures est estimée valide car les avenants concernés « ne constituaient pas de nouveaux marchés dont la passation aurait dû être effectuée après mise en concurrence préalable dans les conditions prévues par le Code des marchés publics »¹⁰⁵³.

Dans le même sens le Tribunal administratif de Cergy-Pontoise a estimé qu'un avenant à un marché d'entretien de portes automatiques ne bouleversait pas l'économie du marché initial dès lors qu'il n'augmentait que de 12,5 % son montant¹⁰⁵⁴.

Il en va d'ailleurs de même avec le juge communautaire, qui conclut souvent le franchissement des limites qualitatives et quantitatives lorsqu'il se prononce sur la légalité d'un acte de modification. Par exemple, en 2008, la Cour de justice des communautés européennes (aujourd'hui Cour de justice de l'Union européenne) a jugé que, lorsque les modifications bouleversent l'économie générale du contrat, l'administration doit conclure un nouveau contrat et ne peut se contenter de modifier celui existant¹⁰⁵⁵.

Cette approche spécifique est radicalement différente de la solution colombienne qui prévoit un plafond financier précis à la modification des marchés de l'État, bien que ce plafond semble se fonder sur les règles de droit français.

B. La limite financière des additions en droit colombien

La législation colombienne prévoit une limite maximale applicable l'ensemble des conventions des modifications décidées par les parties (1), qui malheureusement

¹⁰⁵³ CE, 13 juin 1997, *Commune d'Aulnay-sous-Bois*, req. n° 150 681.

¹⁰⁵⁴ TA Cergy-Pontoise, 23 janvier 2001, *Préfet de la Seine-Saint-Denis*, req. n° 99-997713.

¹⁰⁵⁵ CJCE, 19 juin 2008, *Pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, Aff. C-454/06.

est devenue un droit du cocontractant pour obtenir toujours l'augmentation du prix jusqu'à cette limite (2).

1. Le plafond légal

Depuis le premier statut général des contrats de l'État, une limite économique à la modification conventionnelle a été fixée. L'article 45 du décret 150 de 1976 a indiqué que « lorsqu'existe, pour des circonstances spéciales, le besoin de modifier le délai ou la valeur convenus, sans qu'il ne s'agisse du réajustement des prix prévu par ce statut, l'entité contractante passera un contrat additionnel qui ne pourra pas excéder la moitié de la somme originellement convenue ».

Le deuxième statut général qui découle du décret 222 de 1983, a repris dans leur intégralité ces termes¹⁰⁵⁶.

L'article 40 de la loi 80 de 1993 a finalement modifié la rédaction de la norme originelle, bien que conservant la limite. La disposition du troisième statut général a ainsi prévu que : « les contrats ne pourront faire l'objet d'une addition dépassant cinquante pour cent (50%) de leur valeur initiale exprimée en termes de salaires mensuels minimums ».

En droit colombien il existe ainsi un seuil définitif, applicable à l'ensemble des modifications conventionnelles convenues par les parties.

Ce pourcentage (50%) est sans aucun doute une transposition de la limite prévue par le Code des marchés publics français pour les marchés complémentaires (article 35 du CMP 2006), mais il nous semble que le législateur a ignoré de manière regrettable la notion française du marché complémentaire qui n'a pas de correspondant en droit colombien.

¹⁰⁵⁶ Selon l'article 58 du décret 222 de 1983: « lorsqu'il existe, pour des circonstances spéciales, le besoin de modifier le délai ou la valeur convenus, sans qu'il ne s'agisse du réajustement des prix prévu par ce statut, les parties devront passer un contrat additionnel, qui ne pourra pas excéder la moitié du montant originel... ».

Comme on l'a vu, en droit public français, le marché complémentaire est différent de l'avenant (ou de la modification conventionnelle du contrat), car il s'agit d'un nouveau marché conclu selon une procédure négociée avec l'actuel cocontractant de l'administration, pour l'exécution de prestations qui complètent celles ayant précédemment fait l'objet d'un premier marché¹⁰⁵⁷. Les marchés complémentaires de travaux portent sur des prestations qui ne figurent pas dans le marché initial mais qui sont devenues nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à la réalisation de l'ouvrage.

L'article 35 du Code des marchés publics y met certaines conditions qui déterminent la légalité de la convention conclue :

1. Les travaux complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénient majeur pour l'administration ;
2. Ces travaux, quoiqu'ils soient séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son parfait achèvement.

Le marché complémentaire doit également résulter d'une circonstance imprévue. En plus, de la nature de cet instrument découlent plusieurs obligations pour l'administration : d'abord celle de négocier le marché avant sa conclusion (l'absence de négociation entraînerait la nullité du marché). En outre, l'obligation de réunir la Commission d'appel d'offres aux termes des négociations et l'obligation de notifier le marché avant tout commencement d'exécution (article 79 du Code des marchés publics).

Cela contraste fortement avec la notion d'avenant, qu'on appelle *addition* en droit colombien et qui comprend également les *contrats additionnels*.

¹⁰⁵⁷ Les marchés complémentaires sont visés par l'article 35-II [4° et 5°] du Code des marchés publics (édition 2006).

Pourtant le législateur colombien a décidé d'appliquer la limite quantitative de cinquante pour cent à l'ensemble des modifications conventionnelles, indépendamment de l'instrument utilisé. Par conséquent, l'addition, les contrats additionnels, les ajouts et n'importe quelle convention visant à la modification du contrat, est soumise au plafond financier fixé par l'article 40 de la loi 80 de 1993.

La décision de prévoir un seuil précis pour l'ensemble de conventions de modification nous semble juste car elle apporte de la clarté. L'administration contractante, le cocontractant, voire le juge administratif, peuvent déterminer à l'avance la limite maximale des modifications en termes quantitatifs, ce qui permet de faire une simple opération mathématique lorsqu'on veut déterminer la validité d'un acte.

Pourtant, la solution colombienne a entraîné de sérieux inconvénients.

2. Les inconvénients de la solution colombienne

D'abord, on peut remarquer que le droit administratif colombien ne prévoit aucune des conditions indiquées par l'article 35 du Code des marchés publics français. Les travaux complémentaires peuvent être techniquement séparés du marché principal, voire, ils peuvent ne pas être nécessaires à son parfait achèvement. Le législateur colombien n'a transposé que le seuil de 50% sans aucune autre considération, ce qui permet l'exécution des travaux détachés du contrat initial à condition de respecter le plafond financier. La transposition des règles du droit public français a été insuffisante.

En plus, la pratique contractuelle en Colombie révèle que le seuil est devenu une autorisation légale pour augmenter toujours le prix jusqu'à 50%. Le seuil n'est plus une limite, mais plutôt une habilitation pour convenir de n'importe quelle modification des clauses financières.

La doctrine reconnaît, à juste titre, que l'augmentation du prix lors de l'exécution du contrat « est maintenant considérée comme un droit des cocontractants, même s'il n'y pas de circonstances ou de faits nouveaux qui fondent la conclusion d'une modification au contrat »¹⁰⁵⁸.

Autrement dit, le prix des contrats administratifs en droit colombien n'est pas le 100% convenu auparavant, mais toujours le 150%. Presque l'ensemble des contrats des travaux publics font l'objet de contrats additionnels, c'est-à-dire, modifiés par l'accord de volontés des parties qui conviennent de l'augmentation du prix pour n'importe quelle raison.

Lors de l'étude de la notion négative de la modification, on s'est posé la question de savoir pourquoi en 2010 l'administration locale a versé aux cocontractants plus de 4.4 milliards de pesos (1.18% du PIB du pays et 3.41% du Budget de l'État) additionnels au prix convenu initialement. On a aussi rappelé que dans le 80% des marchés de travaux publics des modifications, n'augmentant que le prix, avaient été conclues¹⁰⁵⁹.

Il nous semble que la raison principale est le manque de clarté par rapport aux conditions qui donnent lieu à la modification du contrat. Si la loi 80 de 1993 avait prévu explicitement que l'augmentation du prix implique l'existence d'une circonstance imprévue, ou exigé la modification des prestations initiales ou l'exécution de travaux complémentaires rattachés techniquement au marché principal, l'augmentation du prix ne serait pas convenue aussi facilement.

Le seuil n'est pas perçu comme une limite à la modification du contrat, mais comme une limite à la modification du prix, ce qu'à notre avis, apporte une solution différente. Si le seuil est vu comme une limite financière d'une modification qui porte sur le contenu des prestations convenues initialement, il remplit la mission voulue par

¹⁰⁵⁸ L. Jaramillo, « Riesgos de corrupción en materia de contratos » [*Risques de corruption en matière de contrats*] in *Aproximación teórica y práctica al estudio e identificación de riesgos de corrupción*, Departamento administrativo de la Función Pública - Banco Mundial, Bogotá, 2000, p. 139 y s.

¹⁰⁵⁹ Voir le rapport général de 2010 du Contrôleur général de la République (En France, l'Inspection générale des finances)

la loi. Cette interprétation est la plus naturelle. Pourtant, si le seuil est vu comme une limite à l'augmentation du prix, cette décision sera détachée d'une modification du contenu du contrat et des conditions d'exécution originelles.

Le statut des contrats administratifs a prévu un plafond financier, sans aucune autre précision, ce qui a été interprété comme une permission du législateur pour convenir librement de l'augmentation du prix. Bien évidemment, l'application du seuil a besoin d'un travail d'interprétation systématique des normes qui à la fin permettra de dégager les conditions de fond de la modification. Toutefois, ni l'administration ni a fortiori les cocontractants ne se sont engagés dans ce travail.

L. Jaramillo note avec préoccupation qu'« à travers ce mécanisme [l'addition du prix], des bénéfices économiques illicites sont obtenus par les cocontractants et par les agents publics qui, sans aucun scrupule, autorisent les additions sur la base d'une norme juridique... l'administration se montre toujours indifférente à ce risque de corruption »¹⁰⁶⁰.

La détermination d'un plafond général a également incité les cocontractants à présenter des offres avec des « prix artificiellement bas ». Cette pratique a été définie par le Conseil d'État comme le prix « qui est inexact, faux, fictif, très réduit ou diminué, puis qu'il n'a aucun fondement dans le commerce »¹⁰⁶¹.

Ce prix trop bas n'est proposé par le cocontractant que pour obtenir l'adjudication du contrat. Le seuil prévu par le statut des contrats administratif devient, ainsi, une espèce d'espoir que le contrat sera modifié lors de l'exécution des prestations, pour assurer le maintien de l'équilibre économique du contrat. Après la passation du contrat, le cocontractant pourra faire pression sur l'administration pour exiger l'augmentation du prix conformément aux prix réels des matières premières¹⁰⁶². Le prix trop bas ne permet pas la réalisation de l'objet contractuel,

¹⁰⁶⁰ L. Jaramillo, *art. préc.*, p. 144.

¹⁰⁶¹ Pour le Conseil d'État, « le prix indiqué par l'offrant doit rester proportionné à la valeur de l'objet du projet... Le prix ne peut pas être dérisoire ou déraisonnable, car cela signifie un non-respect des règles de la concurrence qui peut entraîner d'ailleurs d'éventuels litiges lors de l'exécution du contrat », Conseil d'État, arrêt du 4 juin 2008, req. 17783.

¹⁰⁶² Cour Constitutionnelle, arrêt C-300 du 25 avril 2012.

c'est pourquoi, l'administration est tenue de convenir toujours de l'augmentation du prix, non seulement pour assurer l'exécution du contrat, mais aussi pour cacher l'erreur d'avoir choisi une offre trompeuse.

La doctrine reconnaît que le seuil de cinquante pour cent de la loi 80 de 1993 a permis aux parties « se moquer des procédures et des principes des contrats administratifs, en laissant la porte ouverte à d'éventuels cocontractants qui n'ont pas la capacité technique, économique et financière »¹⁰⁶³.

Le seuil a dénaturé le caractère exceptionnel de la modification des contrats administratifs. Il est devenu un droit du cocontractant qui « dès la présentation de l'offre, est ainsi assuré de l'augmentation »¹⁰⁶⁴.

La solution colombienne a eu d'autres inconvénients. Il faut d'abord souligner la portée trop étendue qui, à notre avis, a le seuil prévu par la loi 80 de 1993. Si en France le juge administratif a proposé pour les avenants une limite économique de 20%, le statut des contrats administratifs a reconnu un plafond qui atteint la moitié de la valeur convenue auparavant. La réduction du seuil nous semble opportune.

Un autre cas qui mérite d'être remarqué est celui de la détermination du seuil de 50% fixé par la loi. Il convient de rappeler que l'article 40 de la loi 80 de 1993 précise que : « les contrats ne pourront faire l'objet d'une addition dépassant cinquante pour cent (50%) de leur valeur initiale exprimée en termes de salaires mensuels minimums ». Il ne s'agit pas d'une limite absolue, mais d'une limite relative car le calcul doit se faire sur la base du salaire mensuel minimum. Cette disposition apparemment claire a donné lieu à une des interprétations les plus étonnantes en ce qui concerne les limites de la modification des contrats.

En 1997, le maire de la ville de Pereira conclut un contrat d'ouvrage public pour la construction du palais municipal. Le prix initial convenu a été de CO\$1.749.815.633, équivalant à 10.172 salaires mensuels minimums de l'année

¹⁰⁶³ L. Jaramillo, *art. préc.*, p. 145.

¹⁰⁶⁴ L. Jaramillo, *Ibidem.*, p. 146.

1997¹⁰⁶⁵. Suivant le seuil fixé par la loi 80 de 1993, il est clair que les modifications contractuelles ultérieures ne peuvent pas dépasser le montant de 5.086 salaires minimums, c'est-à-dire, le 50% de salaires qui correspondaient au prix initial.

Trois modifications conventionnelles ont été convenues lors de l'exécution du contrat. En 1998, le plafond financier pour modifier le contrat, compte tenu de la valeur du salaire minimum cette année-là¹⁰⁶⁶, était d'un montant de CO\$1.036.659.036. Les deux premières modifications décidées par les parties ont atteint cette limite. La possibilité de convenir de nouvelles modifications ayant une incidence sur les conditions financières était exclue par la loi. Un litige devant le Ministère public est survenue lorsqu'une nouvelle modification augmentant le prix initial du contrat est conclue en 1999, c'est-à-dire, une année après.

Le Ministère public a considéré que la dernière modification était valable car l'estimation du nombre de salaires minimums qui correspondent au montant de la modification, ne tient pas compte de la date de la passation de l'instrument modificatif. Cela veut dire que l'estimation du 50% du prix initial du contrat change au cours du temps indépendamment de la conclusion des conventions qui ont déjà atteint le plafond l'année antérieure. Dans ce cas le procureur a estimé que la limite financière était de CO\$874.907.816 en 1996, de CO\$1.036.659.036 en 1998, de CO\$1.223.264.376 en 1999 et ainsi de suite, infiniment.

Avant que cette solution ait été proposée, les parties aussi bien que les juges, avaient considéré que si une modification était conclue au cours d'une année déterminée, la valeur du salaire minimum prise en compte était celle de l'année en question. Cette interprétation nous semble naturelle. Pourtant la solution du Ministère public se révélait plus favorable aux contractants car elle signifiait la disparition des limites financières. Lorsque le seuil de cinquante pour cent prévu par la loi 80 de 1993 est épuisé, de nouvelles modifications ayant une incidence sur le prix sont possibles si les parties attendent l'augmentation du salaire minimum. Cela a entraîné la suspension du délai des contrats jusqu'à la fin de l'année, pour en profiter

¹⁰⁶⁵ Le décret 2334 du 24 décembre 1996 a précisé que le salaire mensuel minimum pour l'année 1997 était de CO\$172.005.

pleinement d'un nouveau seuil financier. Une nouvelle fois, les limites de la modification sont remises en cause.

Il est clair que l'explication de ces mauvaises pratiques ne réside pas vraiment dans le texte des règles. Le législateur n'a fait que prévoir un seuil financier pour l'ensemble des instruments conventionnels de modification des contrats. L'explication se trouve dans la mauvaise interprétation de l'administration et de ses cocontractants.

La loi est peut-être trop permissive en tant qu'elle ne subordonne à aucune condition la possibilité de convenir d'une augmentation du prix du contrat ; c'est pourquoi la détermination explicite des conditions pour modifier les clauses financières s'avère, à notre avis, nécessaire.

Si la prévision d'un seuil général a entraîné autant d'inconvénients pour la mise en œuvre de la modification conventionnelle, la modification unilatérale révèle, pour sa part, un problème bien plus grave : la loi n'a prescrit aucune limite économique.

§2. LA MODIFICATION UNILATÉRALE DES ÉLÉMENTS FINANCIERS

Le droit administratif colombien, s'éloignant de la solution française (**A**), n'a prévu qu'une limite au-delà de laquelle le cocontractant peut renoncer à exécuter le contrat. Actuellement, il n'y a pas de plafond économique à l'égard de la modification unilatérale du contrat (**B**).

A. La limite financière de la modification unilatérale en France

¹⁰⁶⁶ Valeur du salaire minimum en 1998 : CO\$203.826.

De manière générale, on peut affirmer que les limites quantitatives prévues pour les avenants en droit français, sont les mêmes que celles prévues pour la modification unilatérale.

De fait, ces limites ont été créées à propos du pouvoir unilatéral de l'administration et ensuite ont été transposées à la modification de source conventionnelle, ce qui confirme la similitude entre les deux systèmes de règles.

Suivant les décisions du Conseil d'État français, l'administration ne saurait prétendre imposer une modification qui entraînerait un « changement ou bouleversement de l'économie générale du projet »¹⁰⁶⁷, ou encore un changement de la « substance » ou « essence » du marché tel qu'il avait été initialement envisagé par les parties¹⁰⁶⁸.

Dans l'arrêt *Monin* du 1^{er} juillet 1914, le Conseil d'État a considéré que « le sieur M. est fondé à soutenir que la substance de son marché, telle qu'elle résultait des prévisions communes des parties lors de l'adjudication, était différente de celle de l'entreprise de travaux que l'administration a prétendu lui imposer... Il y a lieu en conséquence de prononcer la résiliation ».

Dans l'arrêt *Dolfini* du 27 février 1925, le juge administratif a estimé que « les retards et modifications, en raison de leur faible importance, auraient constitué, non un changement de la substance du marché de nature à justifier la résiliation par application des dispositions de l'article 1148 du Code Civil, mais des sujétions dans l'exécution des travaux pouvant seulement donner droit éventuellement à une indemnité ».

De même, dans l'arrêt *Belliard* du 21 décembre 1938, le Conseil d'État a parlé de « difficultés qui ne sauraient être regardées, dans l'espèce, comme ayant modifié le marché dans son essence même ».

¹⁰⁶⁷ CE, arrêts du 5 juin 1918, *Daux*, Rec. 536 et du 23 juin 1920, *Briançon*, Rec. 626.

Enfin, dans l'arrêt *Mourier* du 17 mars 1932, le juge du contrat a estimé qu'« il appartient au juge du contrat d'apprécier si l'importance des modifications apportées par l'administration aux travaux excède ou non ce qui pouvait être envisagé lors de la passation du contrat, eu égard à la nature de l'ouvrage à exécuter »¹⁰⁶⁹. En l'espèce, a été jugée excessive une réduction ramenant les travaux prévus au devis de près de 600.000 francs à moins de 400.000. Ainsi que les auteurs du traité des contrats administratifs l'ont souligné, « lorsqu'il s'agit de modifications quantitatives il est naturellement rare que l'entrepreneur proteste contre une extension du travail commandé, laquelle est normalement une aubaine pour lui ; c'est donc plutôt sous la forme inverse de la suppression d'ouvrage que peut se révéler l'atteinte à la substance du contrat »¹⁰⁷⁰.

Plus récemment, le Conseil d'État a jugé illégale une décision unilatérale de l'administration entraînant une « modification essentielle aux conditions du marché »¹⁰⁷¹.

Il faut remarquer que l'approche de la jurisprudence administrative française a fait abstraction des seuils.

La limite quantitative de la modification unilatérale est soumise à la notion de bouleversement de l'économie générale du contrat et c'est au juge qu'il appartient d'apprécier s'il est ainsi ; « le juge ne s'en tient pas à une simple appréciation en valeur absolue de l'importance des changements imposés ; ce qu'il doit en réalité surtout rechercher, c'est si le changement en question n'aboutit pas à bouleverser ou à dénaturer¹⁰⁷² le contrat par rapport à la conception que s'en étaient faite les parties au moment de sa conclusion »¹⁰⁷³.

¹⁰⁶⁸ CE, arrêts du 1^{er} juillet 1914, *Monin*, Rec. 801 ; du 27 février 1925, *Dolfini*, Rec. 219 et du 21 décembre 1938, *Belliard*, Rec. 967.

¹⁰⁶⁹ CE, 17 mars 1932, *Mourier*, Rec. 340.

¹⁰⁷⁰ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *op. cit.*, n° 1242, cite n° 8.

¹⁰⁷¹ CE, 17 février 1978, *Sté Compagnie française d'entreprise*, Rec. 88.

¹⁰⁷² Voir à ce propos, Concl. Valabrègue sur l'arrêt *Corre*, CE, 8 février 1880, Rec. 180 : « un marché de travaux publics pourrait être résilié si le maître de l'ouvrage avait, par des changements, opéré une transformation complète du projet, si l'une des conditions essentielles, principales en vue desquelles il était intervenu, avait été modifiée (28 mars 1866, *Synd. de Varades*, p. 300), si, par suite du fait de

En somme, le juge administratif français contrôle de la même manière les modifications conventionnelles et unilatérales¹⁰⁷⁴ ; il serait logique de considérer que les décisions de l'administration traduisant un bouleversement de l'économie initiale du contrat sont illégales. Entre l'avenant et la décision unilatérale n'existe pas véritablement une différence de procédé ; « ne pas encadrer les renonciations unilatérales, sur les mêmes bases que les avenants, reviendrait à inciter les collectivités à renoncer unilatéralement au lieu de renoncer contractuellement, ce qui traduirait un détournement de procédure ou une fraude à la loi »¹⁰⁷⁵.

En droit administratif colombien, la solution n'est pas la même.

B. La limite financière de la modification unilatérale en droit colombien

La loi colombienne n'a jamais prévu un plafond financier à la modification unilatérale du contrat (1), lacune qui n'a pas été comblée par le juge administratif. Le silence des sources de droit a ainsi conduit à des modifications illimitées (2) qui atteignent parfois cent pourcent du prix initial du contrat.

1. L'absence de limites financières

Le premier statut général des contrats administratifs qui découle du décret 150 de 1976, n'a fait aucune référence à la modification unilatérale du contrat.

l'administration, une notable aggravation des charges imposées avait entraîné l'inaccomplissement de l'une des principales clauses du contrat... ». En l'espèce la modification prescrite (ouvrages complémentaires) justifiait une allocation supplémentaire mais il n'en résultait pas « que le projet en ait été dénaturé, que les conditions de l'entreprise en aient été modifiées au point d'entraîner la résiliation du marché.

¹⁰⁷³ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *op. cit.*, n° 1242.

¹⁰⁷⁴ H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 204 et s.

¹⁰⁷⁵ N. Symchowicz, *op. cit.*, p. 778.

Le décret 222 de 1983 a, par contre, adopté une vaste réglementation sur l'exercice de ce pouvoir de l'administration. L'article 20 a indiqué que « lorsque l'intérêt public rend indispensable la conclusion de modifications aux contrats administratifs, les règles suivantes s'appliquent :

- a. Le type et l'objet du contrat ne pourront pas être modifiés.
- b. Les conditions techniques de l'exécution du contrat doivent être conservées.
- c. Les avantages économiques accordés au cocontractant doivent être respectés.
- d. L'équilibre financier du contrat doit être conservé pour chacune des parties.
- e. Les nouveaux coûts provenant de la modification unilatérale doivent être reconnus au cocontractant ».

Les deux premières conditions portent sur le contenu de la modification, tandis que les trois dernières fixent une limite économique à cette démarche : la personne publique doit respecter l'équilibre financier du contrat. La norme ne prescrit aucune limite quantitative à l'exercice du pouvoir de la modification unilatérale, mais elle indique que l'administration est tenue de conserver l'équilibre convenu lors de l'exécution du contrat. Par conséquent, si l'administration décide une modification qui a une incidence sur les conditions économiques, elle est obligée, le cas échéant, de compenser les effets financiers de la modification pour le cocontractant.

L'article 20 du décret 222 de 1983 fait référence pour la première fois à une limite précise : « l'acte administratif de modification unilatérale ne pourra être édicté sans consultation préalable du Conseil des Ministres. Lorsque le montant de la modification est ou excède cent millions de pesos (100.000.000), l'avis des Conseils du gouvernement ou des Conseils d'Administration est une condition indispensable ».

En plus de l'inconvénient de fixer un chiffre concret (soumis au phénomène de la dépréciation au fil du temps), il est clair que la norme n'impose pas un plafond

économique au pouvoir de modification de l'administration, mais l'obligation d'obtenir un avis préalable lorsque la valeur citée est dépassée.

L'article 22 de ce décret indique, pour sa part, que « si de l'offre ou l'acte administratif de modification unilatérale du contrat, il résulte que la valeur de celui-ci augmente ou diminue plus de vingt pour cent (20%) du prix initialement convenu, le cocontractant pourra renoncer au contrat dans un délai de dix (10) jours après l'entrée en vigueur ». Cette norme n'a pas fixé non plus un plafond, mais crée un seuil financier au-delà duquel le cocontractant peut renoncer à l'exécution du contrat.

L'alinéa 2 de l'article 16 de la loi 80 de 1993 reprend ce seuil, indiquant que « si les modifications réforment la valeur du contrat de vingt pour cent (20%) ou plus de la valeur initiale, le cocontractant pourra renoncer à la continuation de l'exécution des prestations ». L'entrepreneur peut donc demander la résiliation du contrat si la portée de la modification dépasse le seuil contractuel.

Dans le statut des contrats administratifs en vigueur, il n'y pas plus de dispositions concernant la modification unilatérale du contrat. Les limites quantitatives n'existent pas.

Encore plus grave, la jurisprudence administrative n'a jamais fait référence à l'existence d'un seuil économique au-delà duquel la modification du contrat deviendrait invalide.

La notion française de « bouleversement de l'économie générale du contrat »¹⁰⁷⁶ n'existe pas en droit colombien. Le législateur n'a prévu qu'un plafond financier à l'égard de la modification conventionnelle, qui n'existe pas face au pouvoir unilatéral de l'administration. Les notions de « substance » ou « essence » du marché¹⁰⁷⁷ n'ont pas été abordées par le juge colombien.

¹⁰⁷⁶ CE, arrêts du 5 juin 1918, *Daux*, Rec. 536 et du 23 juin 1920, *Briançon*, Rec. 626.

¹⁰⁷⁷ CE, arrêts du 1er juillet 1914, *Monin*, Rec. 801 ; du 27 février 1925, *Dolfini*, Rec. 219 et du 21 décembre 1938, *Belliard*, Rec. 967.

La « dénaturation » du contrat¹⁰⁷⁸ par le changement de ses éléments financiers n'a pas davantage été traitée.

Le juge administratif n'a fait que réitérer l'article 14 de la loi 80 de 1993, qui indique l'obligation de l'administration d'indemniser le cocontractant lorsque l'exercice des pouvoirs unilatéraux mènent au déséquilibre économique entre les parties : « ce pouvoir de modification de l'administration est limité... en cas de modification de la réalité contractuelle, l'équilibre économique doit être conservé dans tout contrat. L'administration est ainsi tenue d'indemniser le cocontractant lorsque les modifications entraînent la rupture de cet équilibre, ou les réajustements pertinents pour éviter qu'il obtienne des bénéfices excessifs »¹⁰⁷⁹.

2. Les effets de l'absence de limites financières

À l'heure actuelle, si le cocontractant ne renonce pas à l'exécution du contrat, l'administration peut valablement décider une modification bouleversant l'économie du contrat augmentant, par exemple, de deux cent pour cent le prix initial.

Il n'y a ni limite financière ni seuil économique au-delà duquel la modification devient invalide.

Même le seuil du vingt pour cent qui permet au cocontractant de renoncer à l'exécution du contrat, n'a fait l'objet d'aucune analyse de la part de la jurisprudence. Plusieurs questions comme celles liées à la portée qualitative du droit au désistement n'ont pas davantage de réponse : si le cocontractant peut renoncer à l'exécution du contrat lorsque la modification unilatérale dépasse 20% du prix initial, il n'en va pas

¹⁰⁷⁸ Voir à ce propos, Concl. Valabrègue sur l'arrêt *Corre*, CE, 8 février 1880, Rec. 180.

¹⁰⁷⁹ Conseil d'État, arrêt du 31 août 2011, req. 18080. Voir également : Conseil d'État, arrêt du 6 septembre 1995, req. 7625 : « l'exercice du *ius variandi* fait naître, en faveur du cocontractant-partenaire de l'administration, le droit à la conservation de l'équation financière du contrat, ce qui signifie qu'elle doit toujours payer l'augmentation de la masse des travaux. Cela s'explique non seulement par l'obligation tirée des prévisions légales, mais également par les principes du droit administratif qui sont à la base de l'action des personnes publiques... ».

de même pour la décision administrative qui porte sur des conditions techniques substantiellement différentes.

L'administration peut-elle obliger les cocontractants à exécuter une modification qui porte sur une spécialité inconnue par celui-ci ?

Bien que dans ce cas la loi ne reconnaisse pas au cocontractant le droit à la résiliation du contrat, il nous semble qu'une analyse étendue du juge administratif est nécessaire pour que la réponse ait des bases solides.

L'absence d'un plafond financier est devenue, en outre, une espèce de « gilet de sauvetage » lorsque les parties ont atteint la limite de 50% prévue pour les modifications conventionnelles.

L'article 16 de la loi 80 de 1993 indique que s'« il est nécessaire d'introduire des changements dans le contrat et que les parties précédemment ne parviennent pas à un accord à cet égard, l'entité... le modifiera en prescrivant la suppression ou l'ajout d'ouvrages, de travaux, de fournitures ou de services ». Si les parties ont déjà stipulé des modifications qui atteignent 50% du prix initial, elles peuvent toujours convenir (secrètement) que le cocontractant sera en désaccord avec la modification voulue afin que, par le biais d'une décision unilatérale, de nouveaux ouvrages puissent être ajoutés sans aucune limite quantitative.

Plus qu'une simple possibilité qui résulte des règles relatives à la modification unilatérale, cela est actuellement une pratique constante des parties.

On peut citer, par exemple, le contrat conclu par l'Institut de Développement Urbain, IDU, pour construire une voie urbaine à l'ouest de la ville de Bogotá. Les parties avaient déjà convenu d'additions [modifications conventionnelles] pour un montant de 35% de la valeur initiale. Pourtant, l'administration locale avait besoin de construire un pont piétonnier connexe à cette voie, qui représentait une augmentation d'environ 30% de la valeur initiale du contrat. Les parties n'ont conclu aucun instrument de modification conventionnelle, mais l'administration a édicté un acte administratif pour obliger le cocontractant à construire le pont piétonnier.

Dans ce cas, les limites quantitatives ont été respectées. Les conventions destinées à augmenter la valeur n'ont pas atteint cinquante pour cent du prix initial du contrat et la modification unilatérale, n'ayant pas de limite, a été édictée conformément aux dispositions légales.

Bien que la solution soit claire, on peut se demander si les principes prévus par la Constitution de 1991 et par le statut général des contrats administratifs, ne permettent pas de dégager un plafond financier au pouvoir de modification unilatérale de l'administration.

Une limite économique nous semble indispensable pour des raisons d'égalité, de mise en concurrence et de transparence.

La Cour Constitutionnelle a souligné que « le droit à l'égalité... est une conséquence du droit à la libre concurrence, en vertu duquel l'État garantit la faculté de participer... à tous les intéressés éventuels qui ont la possibilité réelle d'offrir ce que demande l'administration »¹⁰⁸⁰. Plus récemment, la Cour a indiqué que « le droit à la concurrence, implique, alors, la non-discrimination dans le processus de sélection, tout en permettant la concurrence entre les personnes intéressées »¹⁰⁸¹. Dans cette dernière décision, la Cour a indiqué qu'empêcher la concurrence porte également atteinte aux intérêts économiques de la personne publique contractante, du fait qu'on ne permet pas l'obtention d'avantages économiques qui découlent de la libre concurrence¹⁰⁸².

Si la loi 80 de 1993 n'a indiqué aucun plafond financier au pouvoir de modification unilatérale, cela ne peut pas être interprété comme une liberté qui n'a pas de limites. L'article 209 de la Constitution de 1991 prescrit que « la fonction administrative [et, en conséquence, les actions relatives à l'exécution et à la modification des contrats] est au service des intérêts généraux et se déroule sur la base des principes d'égalité, de moralité, d'efficacité, d'économie, de célérité,

¹⁰⁸⁰ Cour Constitutionnelle, arrêt C-815 du 2 août 2001.

¹⁰⁸¹ Cour Constitutionnelle, arrêt C-713 du 26 mars 2009.

d'impartialité et de publicité ». À notre avis, les principes de la Constitution priment sur l'article 16 de la loi 80 de 1993, c'est pourquoi, une limite financière s'impose.

On peut même affirmer que la loi 80 de 1993 apporte un critère quantitatif à la modification unilatérale des contrats. L'article 40 qui prévoit une limite de 50% du prix initial du contrat aux modifications conventionnelles, peut être transposé aux décisions unilatérales de l'administration.

Pourtant un travail d'analyse et de définition explicite du juge administratif s'avère essentiel. Il peut prévoir une limite précise comme celle proposée pour les modifications conventionnelles. Le plafond financier de cinquante pour cent du prix initial du contrat peut servir de référence pour la définition d'une limite au pouvoir de modification de l'administration, ou bien, il peut déterminer un plafond autour de vingt pour cent à la manière du droit français, si la moitié du prix initial est considérée comme un seuil trop élevé.

Le juge administratif peut également s'abstenir de fixer une limite précise. La solution française peut être utile à cet égard. La jurisprudence peut transposer les notions de « bouleversement de l'économie générale du contrat »¹⁰⁸³, ou de changement de la « substance » ou de l'« essence » du marché¹⁰⁸⁴ en termes économiques. Si le juge veut conserver une marge de manœuvre étendue lors du contrôle de légalité de l'acte administratif, il peut dégager des critères théoriques pour déterminer la conformité de la modification aux principes constitutionnels et légaux.

En tout état de cause, l'intervention du juge s'avère nécessaire.

Il est surprenant de voir que face aux modifications unilatérales *démesurées*, le juge administratif colombien a toujours gardé le silence. Même la pratique de décider

¹⁰⁸² Cour Constitutionnelle, arrêt C-713 du 26 mars 2009.

¹⁰⁸³ CE, arrêts du 5 juin 1918, *Daux*, Rec. 536 et du 23 juin 1920, *Briançon*, Rec. 626.

¹⁰⁸⁴ CE, arrêts du 1^{er} juillet 1914, *Monin*, Rec. 801 ; du 27 février 1925, *Dolfini*, Rec. 219 et du 21 décembre 1938, *Belliard*, Rec. 967.

une modification unilatérale lorsque les instruments conventionnels ont atteint les limites économiques n'a pas suscité l'intérêt de la jurisprudence. Ou bien le juge n'est pas très conscient de l'incidence que comporte l'absence de limite financière, ou bien il en a constaté les effets pour estimer que malgré les dommages causés aux droits de la concurrence, le pouvoir de modification unilatérale doit conserver une portée économique illimitée. Nous voudrions croire qu'il s'agit plutôt d'un manque de clarté à l'égard des effets de l'absence de limites.

En attendant les réponses du législateur ou de la jurisprudence, on peut bien conclure qu'en droit administratif colombien il n'existe, à l'heure actuelle, aucune limite quantitative au pouvoir de modification unilatérale.

SECTION 2 : LE BOULEVERSEMENT DE L'ÉCONOMIE DES CONCESSIONS

Les solutions du droit français et du droit colombien sont similaires à cet égard : les règles concernant les marchés publics (contrat d'ouvrage public en Colombie) sont aussi applicables à la modification des concessions.

Pour la doctrine administrative française, face au vide juridique de la loi n°93-122 du 29 janvier 1993 (loi Sapin) à propos des limites quantitatives de la modification des délégations de service public, « la jurisprudence, appuyée par la doctrine, a eu tendance à transposer les solutions dégagées en droit des marchés publics aux délégations de service public »¹⁰⁸⁵.

H. Hoepffner, par exemple, fait référence à plusieurs décisions de tribunaux administratifs qui, sur la base du bouleversement de l'économie générale du contrat,

¹⁰⁸⁵ H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 210.

ont conclu à l'existence de nouveaux contrats qui par voie de conséquence devaient faire l'objet de nouvelles procédures de publicité et de mise en concurrence¹⁰⁸⁶.

Le tribunal administratif de Lille a ainsi considéré qu'un avenant à une convention de délégation de service public de transport urbain ayant augmenté la contribution financière de l'autorité organisatrice de 24%, devait être qualifié de nouveau contrat en raison du bouleversement de l'économie du contrat initial provoqué par la modification¹⁰⁸⁷.

La cour administrative d'appel de Marseille a également considéré qu'un avenant ayant pour effet de substituer à un parking souterrain de 160 places d'un coût estimé à plus de 17 millions de francs pour une durée de 30 ans, deux parkings de surface (l'un de 140 places et l'autre de 39 places), pour un coût estimé à 4,3 millions de francs et pour une durée de 15 ans, avait pour effet de modifier substantiellement le contrat initial « dans son objet et dans son montant » et qu'il devait être regardé comme un nouveau contrat¹⁰⁸⁸.

Enfin, sans retenir de pourcentage chiffré, ni de montant exact, le tribunal administratif de Toulouse a censuré un avenant réduisant de 25% les dimensions, donc les capacités d'accueil, d'un palais des congrès en raison de la « modification substantielle » des conditions financières du contrat¹⁰⁸⁹.

Cependant, l'avis du 19 avril 2005 semble avoir infléchi ce raisonnement : « l'avis se détache de la position adoptée au contentieux, qui se fondait sur les règles applicables en droit des marchés publics et qui, de ce fait, retenait une approche essentiellement quantitative, centrée sur le montant de l'augmentation du prix. Par cet avis, le Conseil d'État semble au contraire privilégier une approche qualitative »¹⁰⁹⁰. Désormais la modification ne saurait « modifier substantiellement l'un des éléments essentiels de la délégation »¹⁰⁹¹, tel le volume des investissements mis à la charge du

¹⁰⁸⁶ H. Hoepffner, *Ibidem*, p. 211.

¹⁰⁸⁷ TA Lille, 2 juillet 1998, *Préfet du Nord*, *BJCP* n°1/1998, p. 72.

¹⁰⁸⁸ CAA Marseille, 22 janv. 2001, *Préfet du Sud*, req. n° 98MAOO196.

¹⁰⁸⁹ TA Toulouse, 13 avr. 2000, *Jacques Levy c. Cne de Toulouse*, *BJCP* n°12/2000.

¹⁰⁹⁰ H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 213.

¹⁰⁹¹ CE, 19 avril 2005, n°37 1234, *EDCE* p. 197, *BJCP* n°45/2006, p. 107.

délégataire. La modification entraîne le maintien du contrat originel. Elle suppose la préservation des éléments essentiels du contrat initial, tels que son prix, sa durée, la nature des prestations et le montant des tarifs applicables aux usagers.

Cette position a été confirmée par l'arrêt de la cour administrative d'appel de Paris du 17 avril 2007, qui a considéré que la légalité d'une modification à une délégation de service public doit s'apprécier uniquement au regard de l'absence de modification d'un élément substantiel de la délégation et non du bouleversement de son économie¹⁰⁹².

Le droit colombien apporte la même solution de principe. La loi 80 de 1993 a d'abord indiqué que les concessions sont soumises à la limite générale prévue par le statut des contrats administratifs (§1), mais les réformes ultérieures de cette loi ont prévu des limites particulières dans certains domaines (§2).

§1. LES LIMITES FINANCIÈRES PRÉVUES PAR LA LOI

La modification des contrats de concession est soumise à la limite financière générale fixée pour l'ensemble des contrats administratifs (A), sauf dans le cas des concessions concernant l'infrastructure routière (B).

A. La limite prévue par la loi 80 de 1993

¹⁰⁹² CAA 17 avril 2007, n°06-02278, *Sté. Keolis, Ctts MP* juin 2007, Comm. n° 194. En l'espèce, le juge administratif considéré que « les modifications apportées à la convention initiale, notamment à la faveur de la mise en place du nouveau mécanisme d'indexation des coûts, des compensations tarifaires nouvelles et de la diminution des hypothèses de fréquentation ont pour conséquence d'augmenter notamment le taux moyen des courses ; qu'elles affectent la répartition initiale des charges entre le délégant et le délégataire et réduisent ainsi de manière importante le risque d'exploitation encouru par la société Keolis (...) que dans les circonstances de l'espèce, ledit avenant doit être regardé comme modifiant substantiellement le risque d'exploitation du délégataire, lequel est un des éléments essentiels de la délégation (...) que par suite l'avenant constitue un nouveau contrat ».

Contrairement au droit français, l'application du plafond financier ne découle pas d'une transposition des règles des marchés publics aux délégations de service public, mais directement d'une norme légale.

Il convient de rappeler que selon l'article 32 de la loi 80 de 1993, le « contrat d'ouvrage » (en droit administratif français, marché public de travaux), aussi bien que « la concession », ne sont que des espèces –ou des types– du genre « contrat administratif »¹⁰⁹³.

L'article 40 de la loi 80 de 1993 a prévu que : « les contrats ne pourront faire l'objet d'une addition dépassant cinquante pour cent (50%) de leur valeur initiale exprimée en termes de salaires mensuels minimums ». La modification conventionnelle des concessions ne pourra pas donc entraîner l'augmentation de plus de la moitié des investissements convenus lors de la passation du contrat.

L'article 16 de cette loi indique, pour sa part, que s'« il est nécessaire d'introduire des changements dans le contrat et que les parties précédemment ne parviennent pas à un accord à cet égard, l'entité... le modifiera en prescrivant la suppression ou l'ajout d'ouvrages, de travaux, de fournitures ou de services ». La modification unilatérale des concessions suit les conclusions dégagées pour les contrats d'ouvrages traités auparavant. On peut affirmer, ainsi, que la décision administrative de modification du contrat n'est soumise à aucune limite financière.

Le seuil du vingt pour cent qui permet au concessionnaire de renoncer à l'exécution du contrat¹⁰⁹⁴, est également applicable à la modification unilatérale des concessions.

¹⁰⁹³ Selon l'article 32 de la loi 80 de 1993, les contrats administratifs « sont tous les actes générateurs d'obligations juridiques passés par les personnes référées par ce statut, prévus par le droit privé... ou découlant de l'exercice de l'autonomie de la volonté aussi bien que ceux qui au titre énonciatif sont définis par la suite : 1. Contrat d'ouvrage... 4. Contrat de concession ».

¹⁰⁹⁴ L'alinéa 2 de l'article 16 de la loi 80 de 1993 souligne que « si les modifications réforment la valeur du contrat de vingt pour cent (20%) ou plus de la valeur initiale, le cocontractant pourra renoncer à la continuation de l'exécution des prestations ».

L'application des règles générales aux concessions a été rappelée par l'avis du 2 août 2013 du Conseil d'État. Le juge administratif a remarqué que la loi 80 de 1993 n'a prévu aucune norme spéciale en matière de modification des contrats de concession, c'est pourquoi, les normes générales sont dans ce cas applicables¹⁰⁹⁵.

En ce qui concerne les concessions d'infrastructure routière, il existe cependant une exception.

B. L'exception en matière de concessions d'infrastructure routière

Les concessions qui ont pour objet la construction d'ouvrages d'infrastructure routière, sont soumises aux règles prévues par la loi 105 de 1993, portant « statut national des transports ».

L'article 33 de ce statut, relatif au montant minimum de recettes, indique qu'« en ce qui concerne les ouvrages d'infrastructure de transport, exécutés par le système de concession, l'autorité concédante pourra garantir un montant minimum de recettes en recourant aux ressources économiques du budget public. De même, les parties pourront convenir que lorsque les sommes dépassent une limite, les revenus supplémentaires pourront être transférés à la personne publique concédante au fur et à mesure qu'ils sont générés ; ils pourront être utilisés aussi pour réduire le délai de la concession, ou pour appuyer et financer l'exécution des travaux complémentaires dans les limites du même système routier ».

L'exception aux règles générales de la modification ne concerne que les travaux complémentaires financés par les revenus supplémentaires perçus par la concession. Par l'avis du 12 décembre 1997, le Conseil d'État a considéré qu'à l'égard des contrats d'infrastructure routière, l'article 33 de la loi 150 de 1993 est d'application préférentielle aux dispositions du statut général des contrats administratifs. Pour le juge administratif, si des travaux complémentaires sont financés exclusivement par les revenus supplémentaires produits par l'exploitation de

¹⁰⁹⁵ Conseil d'État, avis du 2 août 2013, req. 2149.

la concession, le montant de ces revenus sera la limite économique de la modification contractuelle qui porte sur l'exécution de nouveaux travaux.

Par contre, si les travaux complémentaires sont financés totalement ou partiellement, par des fonds publics qui ne sont pas liés à l'exploitation de la concession, la modification contractuelle sera limitée par le seuil de cinquante pour cent de la valeur initiale du contrat indiqué par l'article 40 de la loi 80 de 1993.

Le Conseil d'État a ainsi indiqué que « l'hypothèse que prévoit la norme [il s'agit de l'article 33 de la loi 105 de 1993] se réfère spécifiquement à l'utilisation des revenus qui dépassent un montant convenu dans la concession, c'est-à-dire qu'il s'agit de revenus supplémentaires... utilisés pour la construction d'ouvrages complémentaires dans les limites du même système routier. Si, au contraire, les ouvrages sont financés par d'autres ressources économiques (le budget national, l'impôt de valorisation, la cession de nouveaux péages, la prolongation du délai de gestion de la route, etc.), l'hypothèse de la norme n'existerait plus, c'est pourquoi, la modification du contrat serait soumise à la norme générale de l'article 40 de la loi 80 de 1993. L'exécution des travaux complémentaires serait limitée par le seuil de cinquante pour cent (50%) de la valeur initiale du contrat (...).

Autrement dit, si les revenus supplémentaires provenant de la concession sont utilisés, le contrat peut être modifié pour assurer la réalisation d'ouvrages complémentaires, sans la limite de 50%, alors que s'ils sont financés par des fonds autres que ceux liés à l'exploitation de la concession, la limite de 50% serait applicable.

(...)

En somme, dans les cas des revenus supplémentaires, la limite de la modification du contrat en vue de l'exécution d'ouvrages additionnels, serait le montant de ceux-ci, puisque l'article 33 de la loi 105 de 1993 ne prévoit aucun plafond »¹⁰⁹⁶.

¹⁰⁹⁶ Conseil d'État, avis du 12 décembre 1997, req. 1050.

Cette solution a été reprise ultérieurement par l'avis du 14 avril 2005, dans lequel le Conseil d'État a donné une précision importante : si les parties ont convenu que la concession arrive à terme lorsque le concessionnaire, grâce à l'exploitation de l'ouvrage, parvient à récupérer l'investissement réalisé ainsi que le bénéfice prévu, il n'est pas possible de convenir de la réalisation d'ouvrages additionnels ou complémentaires financés par les revenus extraordinaires que l'exploitation de l'ouvrage peut générer. Cela, puisque la concession ne peut pas produire des revenus supplémentaires. Le lien contractuel finit lorsque les revenus atteignent le montant de l'investissement réalisé par le concessionnaire¹⁰⁹⁷.

En guise de conclusion, on dira que depuis l'entrée en vigueur de la loi 80 de 1993, la modification conventionnelle des concessions a les limites quantitatives prévues par l'article 40. Toutefois, une exception à cette règle provient de l'article 33 de la loi 105 de 1993. La modification conventionnelle des concessions d'infrastructure routière financée par les revenus supplémentaires perçus par l'exploitant de la concession, sera limitée au montant de ces revenus, même si cela entraîne le franchissement du seuil de 50% des investissements initiaux.

La modification unilatérale des concessions, par contre, ne connaît pas de limites.

Les réformes de la loi 80 de 1993 ont cependant introduit des limites spéciales à la modification conventionnelle des certaines concessions.

§2. LES LIMITES SPÉCIALES DÉCOULANT DES RÉFORMES DE LA LOI 80

Le législateur colombien a réformé à plusieurs reprises la loi 80 de 1993. À l'égard des limites quantitatives de la modification conventionnelle des contrats de concession, les réformes introduites par la loi 1150 de 2007 (**A**) et, ensuite, par la loi 1508 de 2012 (**B**), s'avèrent importantes.

¹⁰⁹⁷ Conseil d'État, avis du 14 avril 2005, req. 1636.

A. Les limites découlant de la loi 1150 de 2007

L'article 28 de la loi 1150 de 2007, relatif à « la prolongation ou addition des concessions d'ouvrage public », a indiqué que les parties pourront stipuler « une prolongation ou une addition [de la concession] allant jusqu'à soixante pour cent (60%) de la durée initiale indépendamment du montant de l'investissement, à condition qu'il s'agisse d'ouvrages additionnels directement liés à l'objet de la concession, ou lorsque cela est nécessaire pour assurer la récupération des investissements... Dans les concessions routières, la convention devra porter sur le même couloir routier ».

La loi 1150 a ainsi prévu une limite d'application préférentielle (1), dont la portée a été précisée ultérieurement par le juge administratif (2)

1. La limite spéciale d'application préférentielle

L'article 28 de la loi 1150 de 2007 a fixé une nouvelle limite financière à la modification des concessions d'ouvrage public que n'avait pas prévue la loi 80 de 1993. Évidemment, elle est devenue une règle spéciale qui prévaut la solution générale de l'article 40 du statut des contrats administratifs.

Le dernier alinéa de l'article 28 a fait référence explicite à une des espèces de concession d'ouvrage public : celle qui porte sur l'infrastructure routière. Il convient de rappeler que la loi 105 de 1993 (statut national des transports) règle l'exécution des contrats de construction, d'entretien et de gestion de l'infrastructure routière, c'est pourquoi, se pose la question de déterminer le rapport entre ce statut et la réforme à la loi générale des contrats.

On a vu que l'article 33 de la loi 105 de 1993 fixe une limite spéciale à la modification des concessions routières, lorsqu'elle n'est financée que par les revenus supplémentaires qui résultent de l'exploitation de la concession. À notre avis, la réforme de la loi 1150 de 2007 ne vise pas à modifier la règle du statut national des

transports, mais plutôt à introduire une nouvelle condition liée à l'objet de la modification : « elle devra porter sur même couloir routier ».

Cette condition a donné lieu à l'avis du 12 de décembre 1997, où le Conseil d'État a précisé que la modification ne peut porter que sur « les ouvrages qui ont un rapport direct avec le système routier visé par la concession, sans avoir nécessairement un lien spatial avec le projet initial, mais une connexion avec couloir envisagé. Il peut s'agir donc, de la construction d'une voie accessoire, ou de l'élargissement de la voie originelle... »¹⁰⁹⁸.

Ultérieurement, par l'arrêt du 25 avril 2012, la Cour Constitutionnelle a remarqué que la condition de l'article 28 de la loi 1150 de 2007 est rattachée à l'obligation de respecter « l'objet initial de la concession, qui... n'est pas la construction d'une voie précise, mais plutôt d'un couloir routier qui relie deux, ou plusieurs, points géographiques »¹⁰⁹⁹.

Il convient de remarquer cependant que la nouvelle législation n'a pas abrogé la limite prévue par le statut national des transports, mais qu'elle l'a complétée en fixant une nouvelle limite qualitative à la modification des concessions.

2. La portée de la limite prévue par la réforme

La loi 1150 de 2007 a indiqué que les parties peuvent convenir de modifications allant jusqu'à soixante pour cent de la durée initiale de la concession, indépendamment du montant de l'investissement. Il convient de préciser la portée de la limite fixée par cette norme.

L'expression « indépendamment du montant de l'investissement » a été l'objet d'un contrôle de constitutionnalité. Le requérant a considéré que cette phrase

¹⁰⁹⁸ Conseil d'État, avis du 12 décembre 1997, req. 1050.

¹⁰⁹⁹ Cour Constitutionnelle, arrêt C-300 du 25 avril 2012.

permettait de modifier les concessions « pour n'importe quel montant » ce qui, selon lui, n'est pas conforme aux principes du droit des contrats administratifs.

La Cour Constitutionnelle a considéré que cette interprétation est erronée, car l'expression en question indique seulement que la modification peut opérer indépendamment du prix du contrat initial : « les phrases “*allant jusqu'à soixante pour cent (60%) de la durée initiale*” et “*à condition qu'il s'agisse d'ouvrages additionnels directement liés à l'objet de la concession*” suggèrent l'introduction de limites à une règle générale, [alors que] la phrase “*indépendamment du montant de l'investissement*” ne suggère pas une telle limitation. C'est pour cela qu'on doit conclure que cette dernière phrase qualifie l'expression “*allant jusqu'à soixante pour cent (60%) de la durée initiale*” dans le sens que la prorogation de la durée est possible, quel que soit la valeur de l'investissement convenu lors de la passation du contrat »¹¹⁰⁰.

À vrai dire, on a du mal à suivre l'analyse du juge constitutionnel. Il ne faudra ainsi que retenir ses conclusions : la modification des concessions d'ouvrage public n'est pas illimitée en termes économiques.

Les difficultés se posent, si nous tenons compte du fait que le seuil de soixante pour cent ne vise que la durée de la concession. La norme ne fait pas référence à une limite financière.

Ce sujet fut récemment abordé par le Conseil d'État dans l'avis du 2 août 2013. Sur la base des conclusions de la justice constitutionnelle citées auparavant, le juge administratif a relevé que même si l'article 28 de la loi 1150 de 2007 n'a pas laissé sans limite le montant économique des modifications convenues dans les contrats de concession d'ouvrage public, la Cour Constitutionnelle n'a pas non plus indiqué quelle serait la limite applicable à cette démarche. Il peut s'agir de la limite de cinquante pour cent prévue par l'article 40 de la loi 80 de 1993, ou d'une autre¹¹⁰¹.

¹¹⁰⁰ Cour Constitutionnelle, arrêt C-300 du 25 avril 2012.

¹¹⁰¹ Conseil d'État, avis du 2 août 2013, req. 2149.

Le juge administratif a souligné que dans les contrats de concession d'ouvrage public, le rapport entre le prix et la durée du contrat est particulièrement important. L'exploitation économique de l'ouvrage pendant un certain temps¹¹⁰², détermine normalement la possibilité pour le concessionnaire de récupérer les ressources destinées à la construction, l'entretien et la gestion de l'ouvrage mis en concession. De cette manière, plus les investissements du concessionnaire sont accrus, plus la durée de la concession sera prolongée.

C'est pour cela que le Conseil d'État estime que les investissements réalisés par le concessionnaire doivent être estimés en termes de temps. De manière analogique, le temps ou la durée de l'exploitation et la gestion de l'ouvrage peut être quantifié en argent¹¹⁰³. Cela veut dire que même si la réforme à la loi des contrats ne prévoit pas de plafond financier précis, le seuil de soixante pour cent fixé pour la durée de la concession permet de dégager une limite économique.

Conformément aux dispositions de la loi 105 de 1993 et notamment de la loi 1150 de 2007, les hypothèses qui donnent lieu à la modification des contrats de concession d'ouvrage public sont au nombre de deux.

1. Lorsque la réalisation des ouvrages additionnels ou complémentaires s'avère nécessaire, à condition qu'ils soient liés directement à l'objet mis en concession¹¹⁰⁴.
2. Lorsque la prolongation de la durée est nécessaire pour assurer la récupération des investissements du concessionnaire.

Il est clair que la modification des obligations du concessionnaire n'est présente que dans le premier cas, puisque dans le deuxième il ne s'agit que de l'exécution des prestations initialement convenues, mais dans un délai plus long¹¹⁰⁵.

¹¹⁰² À travers la perception de péages, taxes, contributions de valorisation, prix ou pourcentages des revenus obtenus par l'exploitation du bien public construit.

¹¹⁰³ Conseil d'État, avis du 2 août 2013, req. 2149.

¹¹⁰⁴ Les ouvrages doivent être « *nécessairement requises pour la réalisation de l'objet initial du contrat* », voir : Cour Constitutionnelle, arrêt C-300 du 25 avril 2012.

¹¹⁰⁵ La prolongation de la durée pour assurer la récupération des investissements du concessionnaire doit être fondé par les études techniques et économiques pertinents. Cette mesure doit avoir une cause

Dans ce dernier cas, l'application de la limite prévue par l'article 28 de la loi 1150 de 2007 ne présente pas d'inconvénient, car la prolongation ne peut pas dépasser le seuil de soixante pour cent de la durée initiale convenue par les parties.

En revanche, les ouvrages additionnels ou complémentaires entraînent non seulement l'exécution des prestations qui vont au-delà de ce qu'on avait prévu lors de la conclusion du contrat, mais aussi l'augmentation des investissements économiques que la réalisation des ouvrages demande. Dans ce cas, fréquemment il y aura besoin de convenir une prolongation de la durée de la concession pour assurer la récupération des ressources investies par le concessionnaire.

C'est dans ce dernier cas que le montant de la modification doit être estimé en termes de temps, pour assurer qu'elle ne dépasse pas la limite de soixante pour cent fixée par la loi.

Si l'exécution des ouvrages complémentaires entraîne une modification de la concession au-delà de la limite indiquée (soixante pour cent de la durée initiale), la réalisation des travaux n'est pas possible. Il faudra alors que les parties réduisent la portée des ouvrages, ou bien, qu'ils soient financés ou cofinancés par une source autre que celle reliée à l'exploitation de la concession¹¹⁰⁶.

Pour le Conseil d'État, le législateur n'a pas renoncé à définir une limite économique à la modification des concessions d'ouvrage public, mais plutôt il « l'a fait implicitement, en fonction du temps supplémentaire nécessaire (prolongation) pour récupérer le nouvel investissement du concessionnaire. En effet, on ne peut concevoir que les investissements additionnels décidés dans le cadre d'un contrat de

légale ou juridique qui justifie la modification au contrat, comme c'est le cas d'un bouleversement de l'équation économique produit par le « fait du prince » ou par la « théorie de l'imprévision », ou par l'inexécution ou la mauvaise exécution des obligations contractuelles de l'administration. Ces causes obligent à l'administration à réparer les préjudices subis par le concessionnaire. Voir : Cour Constitutionnelle, arrêt C-300 du 25 avril 2012.

¹¹⁰⁶ Participation de fonds publics, participation d'un investisseur privé dans le projet, titularisation, génération de nouvelles sources de revenus (valorisations, installation des péages supplémentaires, etc.), parmi d'autres exemples.

concession puissent être illimités, ou puissent avoir un montant excessivement élevé par rapport à la valeur initiale du contrat »¹¹⁰⁷.

Sur cette base, le Conseil d'État a conclu qu'il y a effectivement un plafond financier lorsque les parties décident la modification d'une concession. Bien qu'il n'ait pas été fixé en termes absolus d'argent, ni comme un pourcentage de la valeur initiale du contrat, la loi a prévu que le plafond soit déterminé en fonction du temps supplémentaire requis¹¹⁰⁸ quantifiable en argent.

L'article 28 de la loi 1150 de 2007 a été abrogé ultérieurement par l'article 39 de la loi 1508 de 2012, qui a établi une nouvelle réglementation en matière de limites quantitatives à la modification conventionnelle des concessions.

B. Les limites fixées par la loi 1508 de 2012

La loi 1508 de 2012 prévoit un nouveau régime juridique pour les « Partenariats Publiques-Privés »¹¹⁰⁹. Conformément à l'article 2 de la loi, les contrats de concession d'ouvrage public définis par la loi 80 de 1993 font partie de ces partenariats¹¹¹⁰.

Cette loi a d'abord établi les conditions générales pour convenir la modification des contrats **(1)**. Elle a ensuite fixé les limites financières de la modification **(2)**.

¹¹⁰⁷ Conseil d'État, avis du 2 août 2013, req. 2149.

¹¹⁰⁸ Conseil d'État, avis du 2 août 2013, req. 2149.

¹¹⁰⁹ L'article 3 de la loi 1508 de 2012, relatif au domaine d'application, précise que « la loi est applicable à l'ensemble des contrats dans lesquels un investisseur privé soit en charge de la conception et de la construction d'une infrastructure... ou de la construction, la réparation, l'amélioration ou l'équipement, activités qui doivent impliquer la gestion et l'entretien de cette infrastructure.

Elle pourra également porter sur l'infrastructure pour la gestion des services publics.

Dans ces contrats, l'activité sera rétribuée le droit à l'exploitation économique de cette infrastructure ou du service... durant la durée convenue, avec des apports de capital de l'État lorsque la nature du projet l'exige ».

1. Les conditions pour convenir la modification

En ce qui concerne la durée des contrats de concessions ou, plus généralement, des partenariats publiques-privées, l'article 6 indique que les contrats « auront un délai maximum de trente (30) ans, y compris les prolongations ».

Cette norme précise ensuite, que si lors de la procédure de mise en concurrence, l'administration estime qu'un délai plus long est nécessaire pour assurer la réalisation du projet, un avis préalable du Conseil national de politique économique et sociale, CONPES, est exigé pour la passation du contrat.

Lorsque la durée initiale convenue par les parties est égale ou inférieure à 30 ans, les modifications contractuelles ne pourront pas dépasser ce délai. Pourtant, lorsque la concession est conclue avec un délai qui va au-delà des 30 ans indiqués par la loi, les limites de la modification sont inconnues. Les prolongations sont-elles interdites ? Le plafond peut être déterminé, au cas par cas, par le Conseil national de politique économique et sociale, CONPES, mais la loi est si récente qu'elle ne permet pas de dégager une solution certaine.

À propos des modifications conventionnelles, y compris les prolongations convenues lors de l'exécution du contrat, l'article 7 de la loi 1508 de 2012 indique qu'elles peuvent être adoptées « uniquement... après les trois (3) premières années de son exécution et avant d'atteindre les trois premiers quarts (3/4) du délai initialement convenu dans le contrat ».

Il convient de remarquer ici le souci du législateur colombien de limiter les mauvaises pratiques des parties lors de l'exécution des contrats administratifs. Pour la première fois, la loi a voulu faire face aux conventions qui un jour après la passation

¹¹¹⁰ La loi a cependant précisé que : « Les concessions en vigueur au moment de la promulgation de cette loi restent soumises aux normes en vigueur au moment de leur conclusion » (article 2 de la loi

du contrat ou un jour avant l'expiration de sa durée, décident la modification du contrat. Dans ces cas, non seulement l'égalité et la mise en concurrence sont remises en cause, mais aussi le principe de planification que la jurisprudence a abordé à maintes reprises. Le Conseil d'État a précisé que la planification découle du principe de transparence¹¹¹¹. C'est pourquoi, il est indispensable que les collectivités publiques se procurent toujours l'ensemble d'études techniques et économiques nécessaires pour la réalisation du projet. Les conditions d'exécution d'un contrat doivent obéir à une stratégie cohérente, fondée sur des raisons objectives. L'improvisation lors de la passation d'un contrat administratif est proscrite. Pourtant, les cas des contrats qui sont modifiés peu après la conclusion, sont en nombre inquiétant.

Bien que les limites de l'article 7 de la loi 1508 de 2012 ne concernent que les partenariats publiques-privées et les concessions, le souci du législateur nous semble remarquable.

2. Les limites financières de la modification des concessions

À propos du plafond financier de la modification des partenariats publique-privées et des concessions, la loi 1508 de 2012 n'est pas restée muette, contrairement aux législations antérieures. Cette loi a prévu différentes règles, selon que le contrat soit d'initiative publique (α) ou d'initiative privée (β).

α – Les projets d'initiative publique

Les projets sont d'initiative publique lorsque la collectivité publique invite les particuliers à participer¹¹¹².

Dans ce cas, les modifications en termes économiques « ne pourront pas dépasser 20% de la valeur du contrat conclu initialement » (art. 13, *ibidem*). Il faut

1508 de 2012.

¹¹¹¹ Conseil d'État, arrêt du 29 août 2007, req. 14854.

remarquer que ce seuil est appliqué tant aux modifications qui ont une incidence sur le prix, qu'aux prorogations du délai du contrat : « les demandes d'addition de ressources économiques et la valeur des prorogations accordées, ne pourront pas dépasser 20% de la valeur du contrat conclu initialement » (alinéa 2, art. 13, *ibidem*).

Ce seuil est applicable d'ailleurs, aux modifications financées par les fonds publics, bien qu'il s'agisse du budget général de la nation ou des collectivités territoriales, ou bien d'autres sources, par exemple, le fonds général de redevances¹¹¹³.

Les ressources obtenues de l'exploitation économique du projet ne font pas partie des fonds publics, c'est pourquoi, les modifications financées par les revenus de la concession n'ont pas la limite de vingt pour cent fixée par l'article 13 de la loi 1508 de 2012.

On a vu que la modification des concessions visant l'infrastructure routière ont la limite particulière prévue par l'article 33 de la loi 105 de 1993 dite « statut national des transports » : lorsque les ouvrages additionnels ou complémentaires sont financés avec des revenus supplémentaires générés par l'exploitation de la concession, la modification du contrat est limitée par le montant de ces revenus.

Dans le cas de concessions qui ne portent pas sur l'infrastructure routière se pose encore la question de savoir s'il y a une limite.

β – Les projets d'initiative privée

La loi 1508 de 2012 fait également référence aux projets d'initiative privée, c'est-à-dire ceux qui sont conçus par des particuliers pour le développement de

¹¹¹² Voir l'article 11 de la loi 1508 de 2012.

¹¹¹³ Voir l'article 10 du chapitre III relatif aux fonds publics, du décret 1467 du 6 de juillet 2012 qui régleme la loi 1508 de 2012.

l'infrastructure publique ou pour la gestion des services publics associés, que sont proposés à l'administration pour leur exécution¹¹¹⁴.

Dans ce cas, la limite financière de la modification des contrats dépend du fait que des ressources publiques sont est impliquées ou non.

1-. Si le contrat est financé avec des ressources du budget général de la nation, des collectivités territoriales ou d'autres fonds publics, les modifications du contrat « ne pourront pas dépasser 20% du montant des ressources publiques convenu initialement »¹¹¹⁵.

Il faut remarquer que ce seuil opère en fonction des ressources publiques apportées par l'État et non sur la base de la valeur totale du contrat. De plus, le seuil de vingt pour cent fixé par la norme comprend non seulement les modifications qui ont une incidence sur le prix, mais aussi, les prorogations qui sont toujours quantifiables en argent¹¹¹⁶.

En revanche, si l'exécution des ouvrages additionnels est financée par des fonds autres que publics, autrement dit, lorsque la modification n'implique aucun versement de la part de l'administration, elle pourra être convenue librement. L'article 18 de la loi 1508 de 2012 souligne que, dans ce cas, le concessionnaire assume l'ensemble des risques économiques qui découlent de l'exécution de nouveaux travaux, car la modification ne peut entraîner jamais l'obligation administrative de compenser ou de rétribuer les investissements réalisés par le particulier. En tout état de cause, les investissements supplémentaires doivent être autorisés préalablement par la collectivité publique.

2-. Lorsque le contrat n'est pas financé par des ressources publiques, l'article 21 de la loi 1508 de 2012 indique que « il ne pourra être l'objet de modifications qui entraînent le versement de cette sorte de ressources [c'est-à-dire, publiques] ». S'agissant des modifications qui, par conséquent, seront financées par le particulier, il

¹¹¹⁴ Voir l'article 11 de la loi 1508 de 2012.

¹¹¹⁵ Voir l'article 18 de la loi 1508 de 2012.

est facile de conclure que la modification de ces contrats n'a pas de limite économique.

L'article 21 de la loi 1508 prévoit finalement que ces contrats ne pourront jamais être prorogés au-delà de « 20% du délai initial ».

La loi 1508 de 2012 est remarquable car elle apporte une nouvelle réglementation en matière de limites à la modification des contrats. Loin du seuil de cinquante pour cent prévu par l'article 40 de la loi 80 de 1993, elle fixe des limites précises. En outre, les plafonds financiers sont accompagnés d'autres conditions qui, à notre avis, assure le respect des principes du droit des contrats administratifs : les modifications des partenariats publiques-privées et des concessions doivent être rattachées à « l'objet initial du contrat », en plus, elles ne peuvent être décidées qu'après les trois premières années d'exécution et avant d'atteindre les trois premiers quarts du délai convenu au début.

Il convient de souligner également, l'abaissement du seuil autorisé pour convenir de la modification financière des contrats. Le seuil de vingt pour cent qui, en termes généraux, détermine la validité des augmentations du prix du contrat, nous semble plus favorable que le seuil de cinquante pour cent fixé par la loi 80 de 1993 pour les marchés publics et l'ensemble des contrats administratifs.

La loi 1508 de 2012 constitue, peut-être, la première étape pour établir un droit des contrats administratifs plus clair. La transposition des règles de la concession aux marchés publics de travaux nous semble nécessaire, notamment l'abaissement du seuil financier prévu par le statut des contrats administratifs.

Bien qu'à l'heure actuelle aucune réforme du droit des contrats n'ait été lancée, nous voudrions croire que la loi de 2012 représente un tournant dans les règles qui fixent les limites de la modification. Quoi qu'il en soit, il faudra attendre un certain temps afin de connaître l'évolution du droit administratif colombien.

¹¹¹⁶ L'article 18 de la loi 1508 de 2012 est clair dans ce sens.

CONCLUSION DU TITRE I

L'étude des limites matérielles de la modification des contrats administratifs nous a révélé le manque de clarté des sources du droit par rapport à ce sujet.

La modification permet d'adapter le contrat aux circonstances économiques et techniques extérieures aux parties, aussi bien que de prendre en compte les évolutions imputables à la volonté des celles-ci en particulier à la volonté de la personne publique. La grande variété d'objets que peut avoir cette démarche, nous a permis de parler des niveaux de modification pouvant aller de la simple rectification des imperfections du contrat initial, au changement des prestations convenues auparavant.

C'est ici que l'idée des limites matérielles s'avère essentielle, car elles tracent une ligne de division entre la modification du contrat et ce qui ne l'est pas.

À propos de la modification du contenu, on a remarqué que le dépassement des limites entraîne la conclusion d'un nouveau contrat, dont la passation est soumise à une nouvelle procédure de mise en concurrence¹¹¹⁷.

Afin de distinguer la modification du nouveau contrat, un critère qualitatif a été premièrement abordé. La substitution d'un nouvel objet à l'objet initial du contrat, ainsi que l'altération de l'essence et la dénaturation du contrat sont donc interdits.

F. Llorens précise que « seules sont admises, les modifications d'importance secondaire, touchant aux aspects techniques du travail... Le maître d'ouvrage peut ainsi affiner son projet initial, le rectifier au besoin, mais il est interdit de portes

¹¹¹⁷ H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 186

atteinte à ce qui constitue l'essentiel de la convention »¹¹¹⁸. La modification ne peut pas porter atteinte à l'essence même du contrat.

Bien que cela semble contradictoire, la modification implique ainsi le maintien du contrat initial. Elle doit assurer la préservation des éléments essentiels de celui-ci.

En droit colombien, le législateur a souligné l'importance de cette solution dans l'exposé de motifs de la loi 80 de 1993 : la modification « ne peut en rien dénaturer l'objet ou le contenu de l'accord, ni transformer l'objet ou le contenu en toute autre chose différente de celle prévue et voulue par les parties »¹¹¹⁹.

Le législateur a envisagé cette solution pour l'ensemble des cas de modification, qu'il s'agisse d'une convention des parties, ou d'une décision unilatérale de l'administration.

L'objet du contrat est certainement susceptible d'être aménagé, mais le silence de la loi 80 de 1993 en ce qui concerne la portée des adaptations, a permis non seulement aux parties, mais aussi au juge administratif, de dégager des limites qui s'avèrent parfois trop étendues.

Il convient de souligner notamment l'avis du 13 août 2009 du Conseil d'État, qui a admis le changement de l'objet du contrat de concession de l'Aéroport International El Dorado à Bogota, en admettant des raisons d'opportunité détachées de la menace de paralysie et de l'atteinte grave au service public que la loi exige explicitement pour procéder à la modification du contrat.

Cette recherche ne se contente pas de se référer aux imprécisions du juge administratif, ni encore moins aux décisions qui semblent renoncer aux limites à la modification de l'objet¹¹²⁰. Tout au contraire, nous voudrions reconnaître une place

¹¹¹⁸ F. Llorens, *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics*, LGDJ, 1981, p. 236.

¹¹¹⁹ Exposé des motifs de la loi 80 de 1993, GC n° 75, 23 sept. 1992.

¹¹²⁰ Voir p. ex. : Conseil d'État, arrêts du 24 août 2005, req. 3171 et du 26 janvier 2006, req. 3761.

privilégiée aux arrêts du Conseil d'État du 31 janvier 1991¹¹²¹ et de la Cour Constitutionnelle du 25 avril 2012¹¹²² qui ont défini des critères et limites qualitatives pour modifier l'objet du contrat.

Dans ce titre, on a souligné aussi que ces critères se sont révélés insuffisants au regard des exigences de mise en concurrence¹¹²³. C'est pour cela que les sources de droit ont également dégagé un critère quantitatif lié à l'ampleur de la modification en termes financiers.

À cet égard, la solution du droit colombien s'éloigne de la position française. La notion de bouleversement de l'économie générale du contrat n'existe pas en Colombie, mais le législateur a fixé un seuil qui limite la modification de l'ensemble des contrats en termes économiques.

Si en France, la modification ne doit pas, par son montant, aboutir au bouleversement de l'économie générale du contrat¹¹²⁴ (la jurisprudence a créé un « seuil imaginaire »¹¹²⁵ de 20% du montant initial pour déterminer la frontière de la modification), en Colombie, la loi n'a prévu qu'un plafond de cinquante pour cent pour la modification conventionnelle du contrat.

¹¹²¹ Cette décision fait référence à la « mutabilité raisonnable » et à l'obligation de respecter le contenu ou la substance du contrat. Conseil d'État, arrêt du 31 janvier 1991, req. 4739, 4642 et 5951.

¹¹²² Cette décision interdit le remplacement de l'objet initial du contrat, de même que sa dénaturaison : « la modification du contrat ne peut pas modifier son essence ou le transformer en un autre type d'acte juridique, puisqu'il ne s'agirait alors plus de la modification du contrat, mais plutôt de la conclusion d'un nouveau contrat », Cour Constitutionnelle, arrêt C-300 du 25 avril 2012.

¹¹²³ Ch. Maugüe et R. Schwartz, *BJCP*, n° 1/1998, p. 101 : l'une « des sources fréquentes d'irrégularité dans la passation des marchés consiste à sous-estimer volontairement le montant d'un marché pour rester en dessous du seuil des marchés négociés, puis de passer des avenants augmentant le montant total du marché au-delà de ce seuil. En l'absence d'encadrement par le droit positif de la passation des avenants, la jurisprudence est restée longtemps impuissante face à ce phénomène : elle se bornait à vérifier si les avenants avaient pour objet et pour seul effet de permettre la poursuite de l'exécution des prestations prévues par le marché initial. Si tel était le cas, l'avenant était légal même si son montant était important par rapport au marché initial »

¹¹²⁴ « Il est indéniable que les limites ainsi fixées au pouvoir de modification manquent de précision. La notion de bouleversement de l'économie du contrat tout comme celle d'atteinte à sa substance sont laissées à la discrétion du juge qui en fixe le contenu en toute liberté » F. Llorens, *op. cit.*, p. 266.

¹¹²⁵ H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 203.

Malheureusement, le seuil financier est devenu un droit du cocontractant à obtenir toujours l'augmentation du prix du contrat ; c'est pourquoi, à l'heure actuelle il n'existe pratiquement pas de contrat d'ouvrage sans une modification du prix initial.

La modification unilatérale n'a pas, pour sa part, de limite, bien que la loi ait fixé un seuil de vingt pour cent au-delà duquel le cocontractant peut renoncer à l'exécution du contrat. Si le cocontractant donne son consentement, l'administration pourra augmenter le prix du contrat infiniment.

Dans ce contexte, nous croyons que le législateur a un travail de réglementation essentiel. D'abord, les conséquences juridiques du franchissement des limites doivent être exprimées : une modification excessive de l'accord originel entraîne toujours sa requalification en nouveau contrat, nécessitant la mise en œuvre d'une nouvelle mise en concurrence.

À l'égard du contrat initial, c'est à une résiliation qu'il faut procéder.

En Colombie, l'interprétation des règles concernant les contrats administratifs est souvent regrettable, comme c'est le cas de la conclusion de « nouveaux contrats » dans le cadre du contrat initial. C'est pourquoi, la portée des limites doit être précise.

La frontière entre la modification du contrat et la conclusion d'un nouveau contrat est certes difficile à tracer. Elle est certes une question de degré. Qualitatives ou quantitatives, les modifications doivent être contenues au sein du contrat initial. Bien que difficile, la détermination des limites n'est pas impossible et, sans aucun doute, elle est essentielle pour assurer le respect de la ligne qui sépare la modification de la conclusion d'un nouveau contrat.

Il est indispensable de ne pas perdre de vue les principes du droit des contrats administratifs, notamment l'égalité, la concurrence et la transparence. Aussi bien le remplacement et la dénaturation de l'objet que le bouleversement de l'économie générale du contrat reviendraient à fausser le jeu de la mise en concurrence. Le droit

colombien a cependant besoin de règles particulières pour assurer le respect des principes. Actuellement, ils sont oubliés.

L'étude des limites de la modification du contrat administratif ne se contente pas d'aborder le contenu de la modification ; on trouve également des limites formelles à la modification, qui ont été beaucoup moins traitées par le droit colombien.

TITRE II : LES LIMITES FORMELLES DE LA MODIFICATION

On parle de la forme, par opposition au contenu ou matière¹¹²⁶ de la modification.

D'une façon générale, la forme est déterminée par « les caractéristiques externes des actes ou des opérations juridiques qui sont différentes de celles liées au contenu... Fréquemment l'exigence d'une forme particulière est une condition de validité ou d'efficacité de l'acte ou de l'opération. L'acte notarié est peut-être la forme la plus courante... Certaines de ces conditions tirent leur origine des anciennes normes fiscales, par exemple, celles relatives à l'usage du papier ou de timbres »¹¹²⁷.

Dans le même sens, A. Bohorquez a défini la forme comme la partie externe de l'acte. La forme est le rituel tangible, visible ; elle fait allusion à l'ensemble de rites et de pratiques que demande l'opération, ou bien parce que la loi l'exige, ou bien parce que les contractants en ont ainsi convenu pour des raisons de preuve et de sécurité juridique¹¹²⁸.

La Cour Constitutionnelle s'est également prononcé sur la portée de ces termes. Alors que la substance vise « au contenu, à la matière, à l'essence, c'est-à-

¹¹²⁶ Les notions de substance et de forme ont été abordées par la philosophie depuis l'époque d'Aristote (voir : *Métaphysique*, livres IV et V), bien qu'on doit remarquer l'approche contemporaine de P. García-Sierra (voir : « Diccionario filosófico » [*Dictionnaire philosophique*], 1^{ère} ed., Biblioteca de Filosofía en español, Oviedo, 2000).

¹¹²⁷ C. Palao-Taboada, « Forma y sustancia en derecho » [*La forme et la substance en droit*], présentation lors du séminaire du 4 juin de 2012, Faculté de droit, Universidad Autónoma de Madrid, 2012.

¹¹²⁸ Voir : A. Bohórquez, « De los Negocios Jurídicos en el Derecho Privado Colombiano » [*Les opérations juridiques en droit privé colombien*], t.I, 2^{ème} ed. Universidad Autónoma de Bucaramanga, 1998, p. 36.

dire à l'objet de l'opération », la forme fait référence aux éléments externes de l'acte¹¹²⁹.

Telle est une « notion large » de la forme qui regroupe l'ensemble des conditions externes exigées pour la création d'effets juridiques. Pourtant, elle peut aussi faire allusion à la manière précise d'exprimer la volonté des intéressés (par écrit, oralement, par voie électronique, de manière expresse ou tacite, etc.), ce qui nous permet de dégager également une « notion étroite » de la forme.

Pour éviter toute confusion lors de l'étude des limites formelles de la modification, nous avons l'intention d'utiliser les notions de « formalité » et de « forme » dégagées par la jurisprudence constitutionnelle à propos de la passation des contrats administratifs¹¹³⁰. La formalité correspond à la notion large déjà indiquée, alors que la forme fait référence à la notion étroite : « les formalités du contrat [et, par extension de l'ensemble d'actes contractuels] sont une chose, tandis que la forme est une autre. Les formalités sont les conditions essentielles qui doivent être observées lors de la conclusion d'un contrat. Elles sont d'ailleurs préalables (p. ex. les cahiers de charges)... ou ultérieures (l'approbation ou la formalisation par écrit) à l'accord de volontés de l'État et son cocontractant. La forme est, précisément, l'une des conditions essentielles qui porte sur la manière précise exigée pour matérialiser et prouver le lien contractuel »¹¹³¹. La forme fait partie donc des formalités ; elle n'est qu'une espèce d'une catégorie plus large des conditions qui permettent l'adoption de l'acte juridique.

Après avoir examiné le contenu de la modification, c'est-à-dire les changements susceptibles d'être apportés aux contrats administratifs, il convient de déterminer les conditions de sa mise en œuvre. Les limites formelles nous amènent ainsi à l'analyse de l'ensemble des règles qui définissent la manière de procéder pour aboutir à un acte de modification conforme au droit.

¹¹²⁹ Cour Constitutionnelle, arrêt C-029 du 2 février 1995. Dans le même sens : U. Rocco, « Tratado de Derecho Procesal Civil » [*Traité du droit de la procédure civile*], t.I, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1969, p. 194.

¹¹³⁰ Distinction formulée sur la base des considérations de R. Dromi. Voir : R. Dromi, « Derecho Administrativo » [*Droit administratif*], éd. Ciudad Argentina 1994, p. 217.

¹¹³¹ Cour Constitutionnelle, arrêt C-949 du 5 septembre 2001.

Tandis que la modification unilatérale demande des exigences rigoureuses (**Chapitre 1**), la modification conventionnelle des contrats se révèle moins exigeante (**Chapitre 2**).

Nous avons déjà remarqué que le dépassement des limites de la modification entraîne toujours l'invalidité de l'acte unilatéral ou conventionnel. À propos des limites matérielles on a dégagé des incidences complémentaires : la résiliation du contrat initial, la soumission à une nouvelle procédure de mise en concurrence et, enfin, la passation d'un nouveau contrat.

L'un des traits distinctifs des limites formelles par rapport aux limites matérielles est que l'absence des formalités n'a pas pour conséquence la conclusion d'un nouveau contrat. Le non-respect des règles qui déterminent la manière d'exprimer la volonté de modifier le contrat n'a pour effet que l'invalidité de l'acte. Les notions d'efficacité, de validité, voire d'existence des actes juridiques s'avèrent essentielles à ce sujet, c'est pourquoi, elles seront abordées au cours de ce titre.

CHAPITRE 1 : LES EXIGENCES DE LA MODIFICATION UNILATÉRALE

L'adoption d'un acte administratif est soumise au respect de certaines formalités liées au droit fondamental à une procédure régulière prévu par la Constitution de 1991 : « la procédure régulière est applicable à l'ensemble des actions judiciaires et administratives. Nul ne peut être jugé si ce n'est en application d'une loi en vigueur avant la perpétration de l'acte imputé, par un juge ou un tribunal compétent et dans le respect de toutes les formes propres à chaque procédure » (article 29).

La Cour Constitutionnelle a d'abord souligné que ce droit découle du « principe de légalité car il impose des limites à l'exercice de la puissance publique... Sur la base de ce droit, les autorités ne pourront pas agir de manière arbitraire, mais dans les limites fixées par la loi et dans le respect des formes propres à chaque procédure »¹¹³². En matière administrative, la procédure régulière a été définie comme l'ensemble des exigences et des conditions prévues par la loi pour protéger les droits des individus lors de l'adoption d'une décision administrative¹¹³³. Pour le juge constitutionnel « il s'agit non seulement d'assurer que les autorités publiques agissent conformément aux fonctions attribuées, mais aussi qu'elles respectent les formalités qui déterminent l'adoption de la décision »¹¹³⁴.

Les formalités qui découlent de la procédure régulière sont « des garanties pour les administrés... les actes administratifs doivent se former sur la base des procédures prévues par la loi ; l'observance de la forme est essentielle non seulement

¹¹³² Cour Constitutionnelle, arrêt C-980 du 1 décembre 2010.

¹¹³³ Cour Constitutionnelle, arrêt C-980 du 1 décembre 2010. Voir également : arrêts C-096 du 31 janvier 2001, C-1114 du 25 novembre 2003, C-012 du 23 janvier 2013 et C-016 du 23 janvier 2013.

¹¹³⁴ Cour Constitutionnelle, arrêt T-049 du 15 février 1993.

pour éviter l'arbitraire, mais aussi pour assurer que l'action administrative soit conforme aux principes de l'État de droit... »¹¹³⁵.

Le Conseil d'État s'est manifesté à maintes reprises dans le même sens¹¹³⁶. Par l'arrêt du 20 août 2009, il a remarqué que « l'adoption des actes administratifs est toujours soumise aux procédures prévues par la loi... les formalités s'avèrent indispensables non seulement pour éviter l'arbitraire, mais aussi pour assurer la preuve documentaire qui permet ultérieurement l'examen de sa validité »¹¹³⁷.

Bien que l'importance des limites formelles des actes administratifs ne soit jamais remise en question, le juge administratif souligne que tous les vices ne peuvent pas entraîner la nullité de l'acte : « il y a des formalités et des procédures substantielles et d'autres qui n'ont pas cette qualité. C'est uniquement dans le premier cas que le non-respect comporte l'illégalité de l'acte »¹¹³⁸.

Il serait pratiquement impossible d'adopter une décision administrative si le juge estimait que l'omission de formalités insignifiantes ou qui ne constituent pas une garantie pour les particuliers, peut conduire à la nullité de l'acte. Les limites formelles ne peuvent pas empêcher l'exercice de la puissance publique. Le juge administratif a considéré que « l'annulation sans distinction pour vices de forme, conduirait à exagérer dans le formalisme et à prolonger encore plus les processus déjà retardés »¹¹³⁹.

Le contrôle de légalité devrait ainsi tenir compte de l'importance de la formalité concernée.

Les formalités ultérieures à l'adoption de l'acte unilatéral de l'administration sont toujours liées à l'application de la décision, c'est pourquoi, le juge estime

¹¹³⁵ Cour Constitutionnelle, arrêt T-442 du 3 juillet 1992.

¹¹³⁶ Voir p. ex. : Conseil d'État, arrêts du 5 février 1998, req. AC-5436, du 11 juin 2001, req. AC-0317, du 7 mars 2002, req. AC-2556, du 28 novembre 2002, req. 14040, du 27 novembre 2003, req. 14431, du 10 décembre 2005, req. 14157, du 1 avril 2006, req. 12482, du 23 juin 2010, req. 16367, du 30 mars 2011, req. 20917 et du 26 juillet 2011, req. 16131.

¹¹³⁷ Conseil d'État, arrêt du 20 août 2009, req. 5876-05.

¹¹³⁸ Conseil d'État, arrêt du 20 août 2009, req. 5876-05.

qu'elles ne déterminent pas la validité des actes, mais plutôt leur efficacité¹¹⁴⁰. Cette recherche fait abstraction de ces limites car elles ne concernent pas vraiment l'élaboration des actes. Dans ce cas, le dépassement des limites ne modifie en rien la validité de la décision, même si la production d'effets juridiques est remise en cause.

Les formalités préalables et concomitantes à l'adoption de la décision sont considérées comme substantielles lorsqu'elles remplissent l'une des conditions suivantes : ou bien elles doivent assurer le respect des droits des particuliers, ou bien, elles doivent déterminer le sens de la décision. Dans le premier cas, le Conseil d'État cite les mesures qui portent à la connaissance de l'individu le début d'un processus conduisant à l'infliction d'une peine disciplinaire¹¹⁴¹. Les formes sont ici substantielles car elles permettent l'exercice des droits de la défense, la fourniture de preuves et la contestation de celles présentées par l'administration.

Dans le deuxième cas, les formalités doivent déterminer le sens de la décision. Si leur « omission implique que la décision adoptée serait une autre »¹¹⁴², la formalité sera sans aucun doute substantielle. On peut citer, par exemple, la tentative préalable de parvenir à un accord, qui peut certainement modifier la solution ou la portée de l'acte.

Si l'une de ces conditions est remplie, l'omission de la formalité comportera l'invalidité de la décision administrative¹¹⁴³. Cette solution est proche de celle dégagée en droit public français¹¹⁴⁴.

¹¹³⁹ Conseil d'État, arrêt du 20 août 2009, req. 5876-05.

¹¹⁴⁰ C'est le cas, par exemple, des règles relatives à la notification, à la publication, etc. qui sont traitées sous l'optique de l'opposabilité des actes administratifs.

¹¹⁴¹ Voir p. ex. : Conseil d'État, arrêt du 13 mai 2009, req. 27832.

¹¹⁴² Conseil d'État, arrêt du 25 mai 1968, réitéré par l'arrêt du 20 août 2009, req. 5876-05. Voir également : Conseil d'État, arrêt du 15 mars 1991, req. 190 : « la jurisprudence n'exige pas le respect de l'ensemble des formalités prévues par la loi, mais plutôt celles qui ont une incidence sur les décisions concernées ».

¹¹⁴³ Conseil d'État, arrêt du 20 août 2009, req. 5876-05.

¹¹⁴⁴ Le Conseil d'État français a élaboré une jurisprudence très nuancée dans laquelle il reconnaît l'importance des règles de forme pour les administrés, en spécifiant que certaines formalités ne sont pas de nature à entraîner l'annulation. Dans une décision du 23 décembre 2011, Danthony et autres, (req. n° 335033), le Conseil d'État a capturé les dispositions de l'article 70 de la loi n° 2011-525 du

En ce qui concerne la modification unilatérale du contrat administratif, on peut affirmer que les limites formelles sont données par l'article 16 de la loi 80 de 1993 cité à plusieurs reprises au cours de cette recherche. D'après cette disposition, si « pour éviter la paralysie ou une atteinte grave au service public concerné, il est nécessaire d'introduire des changements dans le contrat et que les parties ne parviennent pas à un accord à cet égard, l'entité par voie d'acte administratif dûment motivé, le modifiera en prescrivant la suppression ou l'ajout d'ouvrages, de travaux, de fournitures ou de services ».

D'abord, il convient de rappeler l'obligation légale d'exprimer les raisons de la décision. Les raisons de la décision font référence à la motivation de l'acte. La motivation est fréquemment définie comme l'exposé des motifs de celui-ci ; les considérations de droit et de fait qui constituent le fondement de la décision¹¹⁴⁵.

En droit public colombien, le principe est l'obligation de motiver l'ensemble des actes administratifs. L'article 42 du nouveau Code de procédure administrative prévoit à propos du contenu de la décision qu'« après d'avoir donné l'opportunité aux intéressés d'exprimer son avis, sur la base des preuves disponibles, l'administration

17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit pour s'aménager les moyens d'une nouvelle lecture des « vices de procédure » substantiels. M. Melleray, dans son commentaire sur cette décision [« Précisions sur la neutralisation de certains vices de procédure », *Droit Adm.*, 2012, n° 3, comm. 22.] avait relevé que « l'objectif est désormais de ne procéder à une annulation que lorsque le vice porte non pas sur la violation d'une règle de procédure abstraitement, très "objectivement" substantielle, mais sur l'irrespect d'une règle de procédure concrètement, plus "subjectivement", susceptible d'avoir influencé la décision prise. Ce changement de logique, qui place le juge en arbitre subjectif des intentions plutôt qu'en marqueur objectif des irrégularités ressort très clairement de l'énoncé du principe dégagé par le Conseil d'État, principe dont le champ d'application est étendu dès lors qu'il s'applique aussi bien aux consultations obligatoires qu'à celles recueillies à titre facultatif (...) et qu'il vaut pour toute forme d'irrégularité procédurale (allant ainsi au-delà des prescriptions du législateur) ».

¹¹⁴⁵ La motivation consiste pour l'agent public auteur de l'acte à indiquer dans la décision les motifs qui l'ont conduit à la prendre. C'est donc la manifestation externe des motifs ou raisons de fait et de droit l'ayant poussé à édicter l'acte administratif. Dans la première partie de cette recherche on a vu qu'en France, la modification a d'abord trouvé son fondement dans l'intention des parties (CE, 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen*, Rec. 5), puis dans un texte réglementaire (CE, 1910, *Compagnie générale française des tramways*, Rec. 216). Elle s'attache désormais aux règles générales applicables aux contrats administratifs, conformément à l'arrêt de 1983 du Conseil d'Etat, *Union des transports publics urbains et régionaux*, Rec. 33.

prendra la décision, qui sera motivée ». L'article 16 de la loi 80 de 1993 prescrit l'exigence de motiver l'acte de modification unilatérale ce qui nous amène à nous interroger sur les effets de l'absence de motivation.

Le Conseil d'État a considéré que le défaut ou l'absence de motivation¹¹⁴⁶ d'un acte administratif est un vice de forme qui conduit toujours à la nullité de la décision¹¹⁴⁷. L'administration est toujours tenue de motiver ses décisions (sauf dans le cas où la motivation est impossible, p. ex. quelques mesure de police). Comme le Conseil d'État l'a bien souligné, « le non-respect de cette exigence, prévue par les articles 35 et 39 du Code de procédure administrative, a d'incidence sur la validité de l'acte administratif ; il devient annulable. En effet, la manifestation des motifs qui fondent la décision est indispensable puisqu'elle permet aux administrés de s'opposer aux raisons de fait et de droit qui sont à la base de l'acte. Lorsque l'administration renonce à la motivation, les particuliers seront empêchés d'exercer les droits de la défense »¹¹⁴⁸. Le Conseil d'État a toujours insisté que « l'absence des motifs porte atteinte aux droits de la défense ; elle empêche de saisir l'autorité judiciaire. C'est pour cela que le défaut de motivation a d'incidence sur la validité de l'acte ; il devient nul »¹¹⁴⁹.

À côté de l'exigence d'exprimer les motifs de l'acte, l'article 16 du statut des contrats administratifs prescrit que la modification unilatérale n'est valide que lorsque l'accord des parties face à la modification est devenu impossible. Dans ce cas, l'administration peut décider la modification par le biais d'un acte administratif (**Section 1**), édicté par une autorité compétente (**Section 2**).

¹¹⁴⁶ R. Chapus résume bien les avantages de la motivation : « l'obligation en cause est importante. La motivation est propre en effet à satisfaire à trois exigences : celle de la démocratie, car il est conforme à ses principes que les administrateurs rendent compte aux administrés des raisons pour lesquelles il se sont déterminés ; celle d'une bonne administration, car l'obligation de motiver contraint les autorités administratives à examiner attentivement le bien fondé des décisions qu'elles projettent et est ainsi susceptible de prévenir des décisions insuffisamment étudiées ou difficiles à justifier ; celle enfin d'un bon contrôle de l'administration : la connaissance des motifs des décisions permet aux intéressés de mieux apprécier s'il y a pour eux matière à réclamation ou à recours, tandis que le travail du juge, s'il est saisi, est facilité, de même que, le cas échéant, celui du supérieur hiérarchique ». R. Chapus, « Droit administratif général », t.I, 15^{ème} ed. Montchrestien, 2001.

¹¹⁴⁷ Conseil d'État, arrêt du 26 juillet 2001, req. 6717.

¹¹⁴⁸ Conseil d'État, arrêt du 3 novembre 2011, req. 17454.

¹¹⁴⁹ Conseil d'État, arrêt du 26 mai 1995, req. 5797.

SECTION 1 : LA FORME ET LA PROCÉDURE DE L'ACTE

La modification unilatérale du contrat est soumise à certaines conditions de présentation (§1) et de préparation (§2) de l'acte, qui déterminent sa conformité au droit.

§1. LES CONDITIONS DE PRÉSENTATION

La décision de modifier unilatéralement un contrat devrait être prise au moyen d'un acte explicite et écrit (A), bien que, parfois, le juge administratif semble admettre la décision implicite et verbale de l'administration (B).

A. La décision explicite et écrite

La décision explicite est celle nettement et complètement formulée, sans aucun doute possible¹¹⁵⁰. Dans ce cas, la décision est exprimée clairement, sans ambages ni équivoque. Les décisions explicites sont généralement écrites mais parfois verbales, ce nous conduit à nous interroger sur la forme de la décision de modification unilatérale du contrat.

La forme des instruments unilatéraux de modification est abordée largement en France, contrairement à l'approche étroite du droit colombien.

En principe, les ordres de service, c'est-à-dire les actes unilatéraux émis par la personne publique à l'intention de son cocontractant, sont écrits, signés par le maître

d'œuvre, datés et numérotés¹¹⁵¹. Ces exigences se comprennent au regard, « d'une part, du principe du parallélisme des formes (les marchés de travaux publics ayant eux-mêmes un caractère écrit, les actes les modifiant doivent eux aussi revêtir un tel caractère) et, d'autre part, du principe de sécurité juridique : un ordre de service écrit et daté ne peut se discuter, ni quant à son existence, ni quant à sa teneur, ni quant au point de départ des obligations qu'il fait naître »¹¹⁵². En revanche, la forme choisie importe peu. L'ordre de service peut prendre la forme d'un arrêté¹¹⁵³. Il pourrait aussi prendre la forme d'une lettre ou d'une télécopie, le problème étant cependant de prouver son existence dans le cas où celle-ci n'a pas fait l'objet d'un accusé de réception formel¹¹⁵⁴.

Pourtant, il semble qu'en pratique, ce formalisme ne soit pas toujours respecté. La jurisprudence a admis la pratique des ordres de services verbaux : « considérant la forme écrite davantage comme une exigence probatoire que comme une formalité substantielle, la jurisprudence contemporaine semble admettre plus largement la pratique des ordres de service verbaux »¹¹⁵⁵. En témoignent les arrêts admettant que l'ordre de service ordonnant une modification puisse être verbal¹¹⁵⁶, ou qu'une simple abstention de la personne publique puisse être constitutive d'une véritable décision de modifier le contrat¹¹⁵⁷. Si l'ordre de service verbal ou tacite n'est pas en lui-même irrégulier, la preuve de son existence et de sa portée est souvent difficile à établir. Dans ce cas, « deux hypothèses doivent être distinguées. Lorsqu'il a été accusé réception, sans donner lieu à contestation, d'un ordre service verbal, le caractère oral ne pose pas de difficulté particulière, la jurisprudence assimilant l'ordre verbal formellement réceptionné à un ordre de service écrit. En revanche, les autres ordres

¹¹⁵⁰ Diccionario de la Real Academia Española [*Dictionnaire de l'Académie Royale Espagnole*], Espasa, 2001. Explicite.

¹¹⁵¹ Voir : Arrêté du 8 septembre 2009 portant approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de travaux, article 2-51.

¹¹⁵² H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 373.

¹¹⁵³ CE, 31 octobre 1962, *Sté. Les constructions de l'Ouest*, Rec. 583.

¹¹⁵⁴ Voir : H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 374.

¹¹⁵⁵ H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 374.

¹¹⁵⁶ CE, Sect. 17 oct. 1975, *Commune de Canari*, Rec. 516, cité par H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 374.

¹¹⁵⁷ CE, 16 nov. 1955, *Ville de Versailles*, Rec. 544 ; CE, 4 nov. 1966, *Sté. nouvelle d'exploitation des plages, piscines et patinoires*, Rec. 586 ; CAA Nantes 30 juin 1994, n°93-00603, *Commune de Tragarvan*, cité par H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 375.

de service verbaux n'engagent l'Administration que si leur existence et leur contenu sont prouvés, la charge de cette preuve incombant à l'entrepreneur désireux d'obtenir le paiement de travaux supplémentaires exécutés »¹¹⁵⁸.

En droit colombien, les sources de droit ont reconnu timidement l'existence des actes administratifs verbaux. Toutefois la forme des actes unilatéraux de modification du contrat n'a été jamais abordée. Traditionnellement, la décision de modification unilatérale est prise au moyen d'un document écrit sur support papier (1), bien que la dématérialisation des actes contractuels et l'adoption des décisions électroniques soit déjà prévue par le nouveau Code de procédure administrative (2).

1. La matérialisation de l'acte sur support papier

Comme la doctrine l'a bien remarqué, l'acte administratif « doit être matérialisé d'une manière ou d'une autre, afin de prouver son existence et d'avoir certitude sur les effets qui en découlent »¹¹⁵⁹.

Le Conseil d'État a estimé pour sa part, que « même s'il n'y a pas de norme juridique exigeant de manière expresse que l'acte administratif soit fait par écrit, la règle est qu'il en soit ainsi, non seulement pour des raisons de preuve, mais aussi car on peut assurer la connaissance de la motivation et par conséquent, l'exercice des droits de la défense »¹¹⁶⁰.

L'instrument choisi pour matérialiser la décision des personnes publiques a été depuis la consolidation de la république au XIX^{ème} siècle¹¹⁶¹, le document écrit sur support papier.

¹¹⁵⁸ H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 375.

¹¹⁵⁹ G. Penagos, « El acto administrativo » [*L'acte administratif*], 4^{ème} ed., Librería del Profesional, Bogotá, 1987, p. 41.

¹¹⁶⁰ Conseil d'État, arrêt du 20 avril 2005, req. 14519.

¹¹⁶¹ La promulgation de la Constitution de 1886 a marqué en Colombie le début d'une vie républicaine et l'effort le plus important du XIX^{ème} siècle visant à obtenir la stabilité politique et juridique du pays. Voir : J. Vidal-Perdomo, « Historia constitucional de Colombia » [*Histoire constitutionnelle de la Colombie*]. Éd. Siglo XIX, t.I, Siglo del Hombre, Bogotá, 2010 et H. Olano-García, «

À cet égard, une précision s'impose : « il ne faut pas confondre la forme écrite de la formation de l'acte administratif [c'est-à-dire, de la procédure], avec la forme écrite de l'acte proprement dit »¹¹⁶².

En droit public colombien, l'ouverture et le déroulement des procédures peuvent être verbaux. L'article 35 de la loi 1437 de 2011 (nouveau Code de procédure administrative) indique qu'elles peuvent se dérouler « par écrit, [ou] verbalement... conformément à ce qui est prévu dans ce code ». En ce qui concerne la modification unilatérale du contrat, la solution semble différente car l'article précise que « lorsque les autorités agissent d'office, les procédures administratives ne peuvent s'ouvrir que par le biais d'un écrit... ».

En tout état de cause, la loi semble suggérer la forme écrite de la décision. L'article 42 de ce code, relatif au contenu de la décision, précise qu'« après d'avoir donné aux intéressés l'opportunité de présenter leur point de vue, sur la base des preuves et des documents disponibles, une décision motivée sera adoptée ».

Suivant les conclusions du Conseil d'État, les décisions de l'administration ne peuvent pas être annulées dès lors qu'elles remplissent les conditions essentielles pour produire des effets juridiques. Ces conditions sont : l'autorité compétente, le contenu de la volonté administrative, les motifs et la finalité¹¹⁶³ ; « la forme écrite... n'est plus qu'une preuve de l'acte, mais ce qui compte c'est le contenu »¹¹⁶⁴. Pourtant, on a du mal à s'imaginer qu'une expression verbale puisse assurer le respect de ces exigences, surtout lorsque l'intéressé a l'intention de saisir les tribunaux.

Constitucionalismo histórico. Historia de Colombia a partir de sus constituciones y reformas » [*Constitutionalisme historique. L'histoire de la Colombie à partir de ses constitutions et de leurs réformes*], Doctrina y Ley, 2007, parmi d'autres.

¹¹⁶² E. García-Enterría, *op. cit.*, p. 551.

¹¹⁶³ Voir : Conseil d'État, arrêt du 4 juillet 1984, req. 4261.

¹¹⁶⁴ R. Laguado-Giraldo, « Actos administrativos por medios electrónicos » [*Actes administratifs électroniques*], in *Revista Universitas* n° 105, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, D.C., 2003.

En plus, la forme écrite permet la signature de l'acte, ce qui a été considéré aussi comme une condition substantielle. La signature a pour but d'indiquer l'identité de l'auteur ; en signant, ce dernier sera responsable de la décision. En France, la loi du 12 avril 2000 a apporté des précisions relatives à l'obligation de signature ; lorsqu'un arrêté en est dépourvu, il est considéré nul. En droit colombien, la doctrine est peu abondante à cet égard, bien qu'elle remarque l'importance de cette condition : « s'il n'y a pas de signature, alors il n'y a pas d'acte »¹¹⁶⁵. Il ne s'agit pas d'un vice de forme, mais de l'inexistence de la volonté administrative d'adopter la décision. La doctrine partage cette solution : « si le décret ou l'acte ne sont pas signés, cela signifie qu'il n'y a de décret ni d'acte. Il n'y a qu'un papier écrit sans incidence sur le monde juridique. Il serait tout au plus un projet d'acte »¹¹⁶⁶. La jurisprudence n'a jamais précisé les effets découlant de l'absence de signature de l'acte administratif. Il peut s'agir d'une condition d'existence de l'acte, mais il nous semble que la solution n'est pas aussi claire lorsque l'administration procède à la notification et à l'exécution de la décision.

2. Le support écrit dématérialisé

Par le passé, le support papier s'avérait le seul moyen de matérialiser un écrit. Cela a certes changé. En droit privé, on a admis d'abord le micro-filmage de chèques et ensuite la numérisation des preuves de dépenses. Les distributeurs automatiques, les achats en ligne, les virements bancaires par téléphone, les services de vidéo sur demande, voire, les opérations d'émission et de vente d'actions décidées par un logiciel, ont modifié la dynamique des rapports contractuels.

Les contrats passés par l'État n'ont pas été épargnés. La dématérialisation du contrat est, à l'heure actuelle, l'une des matières qui suscite le plus de débat. À l'égard de cette recherche, se pose la question de savoir si la décision de modification du contrat admet la forme électronique.

¹¹⁶⁵ A. Gordillo, « Tratado de derecho administrativo » [*Traité de droit administratif*], t.III, Ed. Macchi-López, Buenos Aires, 1985, p. 26.

¹¹⁶⁶ T. Hutchinson, « Régimen de procedimientos administrativos » [*Le régime des procédures administratives*], Buenos Aires, Astrea, 1995, 4^a ed., p. 90.

La réponse de la loi 1437 de 2011 (nouveau Code de procédure administrative) est tout à fait positive. L'article 57 du code, relatif à l'acte administratif électronique, précise que « les autorités, dans l'exercice de leurs fonctions, peuvent édicter des actes administratifs par des moyens électroniques, à condition que l'authenticité soit assurée ».

Sous l'empire du code précédent (découlant du décret 01 de 1984), la forme électronique des actes administratifs a été au centre du débat car le décret n'avait pas prévu cette possibilité.

La première initiative en vue de créer un régime encourageant l'usage de la technologie lors de l'adoption d'un acte administratif, est venue du gouvernement. Le décret 2150 de 1995 a admis les moyens électroniques, mais il n'a pas défini les règles pour leur mise en œuvre. Ensuite, le décret 1122 de 1999 a été édicté, mais bientôt il a été déclaré inconstitutionnel.

La loi 527 de 1999 a introduit une large réglementation de ces moyens à l'égard des contrats, bien que les règles précises applicables à la passation des contrats de l'État aient été oubliées. En fin de compte, la loi n'est devenue applicable qu'aux opérations des particuliers. Le législateur a tenté à maintes reprises de régler cette question, mais il a été victime de la peur de renoncer au support papier¹¹⁶⁷.

Plusieurs auteurs ont encouragé le support électronique des décisions de l'administration. R. Laguado a souligné, par exemple, que si jadis le papyrus était le moyen le plus efficace pour prouver la manifestation de la volonté des autorités, ou si quelques décennies auparavant les actes administratifs étaient élaborés à la machine à écrire, maintenant l'efficacité demande la mise en œuvre d'autres moyens : « il convient de se demander si, à l'heure actuelle, le papier est le seul moyen adéquat pour élaborer un écrit. Est-il possible d'édicter un acte administratif par voie électronique ? À notre avis, la décision administrative peut adopter cette forme car

¹¹⁶⁷ Voir p. ex. : Projet de loi 069 de 2001, Senado Acum. 123/01 Senado (Comisión Primera). GC, 263/2002, 565/2001, 393/2001, 504/2002, 200/02, 283/02, 502/02, 503/02.

l'acte, revêtant encore une forme écrite, n'a pas changé bien que le support soit maintenant un autre »¹¹⁶⁸.

A. Gordillo s'est prononcé dans le même sens : « si autrefois l'acte a pu être représenté par des pierres, tables, papyrus, etc. pour arriver au papier, maintenant, il est possible d'admettre n'importe quel support électronique apportant un degré de certitude élevé. Un support comme un autre permettent la matérialisation de la décision »¹¹⁶⁹.

Malgré l'effort de la doctrine pour conférer une dimension juridique aux moyens électroniques, il a fallu une disposition expresse de la loi non seulement pour accepter la valeur probatoire de ces actes, mais aussi pour procurer la réglementation la plus complète et la plus large possible. La consolidation des règles des actes administratifs électroniques est arrivée finalement avec la promulgation de la loi 1437 de 2011, portant nouveau Code de procédure administrative.

L'article 35 de ce code a prévu que les procédures administratives peuvent se dérouler « par écrit, verbalement, ou par des moyens électroniques, conformément à ce qui est prévu dans ce code ». L'article 53 confirme cette possibilité : « les procédures administratives peuvent se dérouler par voie électronique » et l'article 57 précise que l'administration peut édicter des actes administratifs par des moyens électroniques. Le chapitre IV du titre III de la première partie du code, indique les règles applicables dans ce cas.

Il est possible que, dans un avenir lointain, les supports électroniques entraînent la disparition du support papier¹¹⁷⁰. Les rapports entre les particuliers demandent de plus en plus l'utilisation de la technologie et l'abandon du support papier. Pourtant, en ce qui concerne l'administration publique le remplacement total des moyens traditionnels nous semble très difficile.

¹¹⁶⁸ R. Laguado-Giraldo, *art. préc.*

¹¹⁶⁹ A. Gordillo, *op. cit.*, t.I, parte general, 1975, p. 11.

¹¹⁷⁰ A. Gordillo, *op. cit.*, t.III, p. 25.

B. La décision implicite et verbale

Bien que l'article 16 de la loi 80 de 1993 semble exiger une décision explicite et écrite, on a des raisons pour affirmer que la modification unilatérale du contrat peut être décidée de manière verbale (1), voire de manière implicite (2).

1. La modification verbale

L'article 35 de la loi 1437 de 2011 indique que la procédure administrative peut se dérouler « par écrit, [ou] verbalement ». Ensuite, cette disposition précise que « lorsque les autorités agissent d'office, les procédures administratives ne peuvent s'ouvrir que par le biais d'un écrit... ». On peut estimer que la modification unilatérale du contrat (soumise aux règles du Code de procédure administrative) donne lieu à une action d'office de la personne publique contractante, ce qui signifie que la procédure, aussi bien que la décision, devraient être écrites.

Le juge administratif semble cependant apporter une solution différente. La modification unilatérale du contrat peut se décider verbalement. Il convient de rappeler le cas de la concession de la voie Briceno-Tunja-Sogamoso citée lors de l'analyse des limites matérielles de la modification. Sur la voie de 180 kms, le contrat avait prévu la construction de 30 kms de double chaussée et la réhabilitation et l'entretien des 150 kms restants, mais le 7 août 2003, lors d'une réunion publique, le Président de la République a décidé de modifier la portée des travaux dans le sens de prévoir la construction d'une double chaussée pour l'ensemble des 180 kms de la voie.

Le cocontractant s'est lancé dans la construction de nouveaux ouvrages, alors que ni l'administration de manière unilatérale, ni les parties conventionnellement, n'ont formalisé la modification du contrat. Les parties ont convenu quelques mois plus tard les conditions financières de nouveaux travaux, mais la modification elle-même (à notre avis, de nature unilatérale) n'a donné lieu à la confection d'aucun document écrit. Le juge administratif a eu l'opportunité de trancher plusieurs litiges

liés à la modification du contrat, mais son silence à l'égard de la forme de la décision suggère qu'elle est conforme au droit.

Pour répondre à la question de savoir si l'acte de modification unilatérale admet une forme verbale, les conclusions dégagées par la jurisprudence à propos de la théorie générale des actes administratifs nous semblent pertinentes.

Le Conseil d'État souligne d'abord la définition de l'acte administratif. Il s'agit d'une manifestation unilatérale de la volonté des personnes qui exercent des fonctions publiques, visant à produire des effets juridiques –création, modification ou extinction de situations juridiques-. Bien qu'il convienne de formaliser les actes administratifs par écrit, cela ne vaut pas dire que la possibilité de prononcer une décision par voie orale soit interdite : « même si elles n'ont pas une forme écrite, les décisions administratives verbales sont susceptibles de produire des effets juridiques lorsqu'elles sont portées à la connaissance de l'intéressé... et puis après exécutées »¹¹⁷¹.

Les conclusions de l'arrêt du 15 février 1983 sont souvent reprises à cet égard : « il n'existe aucune norme générale imposant la formalité de l'écrit pour dégager l'existence ou la validité des actes administratifs »¹¹⁷². Ensuite le Conseil d'État apporte une solution de principe : la forme « n'est pas de l'essence de l'acte », c'est pourquoi, il peut s'agir d'un acte écrit ou verbal. L'existence et la validité des actes ne sont soumises qu'à la manifestation de la décision et à la production d'effets juridiques, « l'écrit n'est pas indispensable... la nature juridique de l'acte ne change pas par l'existence ou par l'inexistence d'un écrit ». Finalement le juge administratif reconnaît que « l'utilisation de moyens écrits n'a qu'une incidence sur la valeur probatoire... mais cela ne signifie pas que la décision verbale n'ait pas bien la qualité d'acte administratif »¹¹⁷³.

Par l'arrêt du 20 avril 2005, le juge s'est montré cependant moins tolérant. D'abord, il a fait référence aux dispositions qui insistent sur la possibilité d'éditer des

¹¹⁷¹ Conseil d'État, arrêt du 20 avril 2005, req. 14519.

¹¹⁷² Conseil d'État, arrêt du 15 février 1983, req. 3762.

actes administratifs verbaux. C'est le cas de l'article 6 de l'ancien Code de procédure administrative qui précise que « quand le droit de pétition a été exercé de manière verbale, la décision de l'administration pourra suivre cette forme ». Plus récemment, les règles des recours constitutionnels ont admis la forme verbale. La loi 393 de 1997 prévoit, par exemple, que l'action en exécution n'exige pas un document écrit. « Bien qu'il n'existe pas de principe général sur la forme de l'acte administratif sauf dans les cas prévus par la loi [la modification unilatérale n'en fait pas partie], il semble que la règle soit l'exigence de l'écrit. Cette règle admet cependant des exceptions d'application restrictive »¹¹⁷⁴. La forme verbale est ainsi admise dans les cas d'urgence ou lorsqu'il y a une impossibilité pratique d'utiliser la forme écrite¹¹⁷⁵. G. Rojas rappelle que les actions de la police remplissent les conditions pour adopter valablement une forme verbale : « surtout en matière de police administrative les décisions peuvent revêtir cette forme. La nature verbale d'un acte n'empêche pas sa validité, à condition que la volonté soit exprimée d'une façon claire »¹¹⁷⁶.

En ce qui concerne la modification unilatérale du contrat, l'interdiction de la forme verbale de l'acte n'est pas totalement claire.

En droit public français, le cocontractant n'a droit au paiement des prestations supplémentaires que si elles lui ont été commandées par un ordre écrit. En l'absence d'ordre écrit, il n'y a pas en principe lieu à indemnisation même si l'administration a tiré profit des prestations en cause. Pourtant, deux atténuations à cette règle ont été reconnues par la jurisprudence. La personne publique est tenue au paiement si les prestations peuvent être regardées comme « indispensables » pour la réalisation de l'ouvrage « dans les règles de l'art »¹¹⁷⁷. Le juge administratif admet également que si, à défaut d'ordre écrit, l'entrepreneur a néanmoins reçu une instruction précise,

¹¹⁷³ Conseil d'État, arrêt du 15 février 1983, req. 3762.

¹¹⁷⁴ Conseil d'État, arrêt du 20 avril 2005, req. 14519.

¹¹⁷⁵ Conseil d'État, arrêt du 20 avril 2005, req. 14519. Voir également : arrêts du 13 décembre 1993, req. AC-1415, du 17 février 1994, req. AC-1535 et du 1 de février 2001, req. 2301-00.

¹¹⁷⁶ G. Rojas, « El Espíritu del Derecho Administrativo » [*L'esprit du droit administratif*], ed. Temis. Bogotá, 1972, p. 127.

¹¹⁷⁷ CE, 17 octobre 1975, *Commune de Canari*, Rec. 516, concl. Labetoulle. Voir également : CE, 16 février 1962, *SARL Orsini Larsatigues*, Rec. 1019 ; CE, 9 mars 1979, *Avondo*, Rec. 797 et CE, 14 juin 2002, *Ville d'Angers*, Rec. 812.

sous forme d'ordre verbal, il peut être indemnisé de celles des dépenses qui se sont révélées « utiles » à la collectivité publique¹¹⁷⁸. Dans ce dernier cas, la réparation est accordée sur la base de l'enrichissement sans cause, mais elle se limite aux seules dépenses qu'il a engagées, à l'exclusion des bénéfiques.

En droit colombien, le silence du juge administratif nous renvoie à la solution générale dégagée pour l'ensemble des actes administratifs : « même si elle n'est pas la façon ordinaire de prendre les décisions, il est parfaitement possible d'adopter des actes verbaux. En tant qu'actes administratifs, ils sont susceptibles de recours, à condition que leur existence soit prouvée de manière satisfaisante »¹¹⁷⁹. Si la volonté de modifier le contrat est exprimée par l'administration oralement en respectant l'ensemble des formalités prévues par la loi, nous croyons que la production d'effets juridiques de la décision est valide. Les parties ont certes la charge de la preuve, mais si la manifestation de la volonté administrative est prouvée, rien n'empêche l'exécution des obligations contractuelles modifiées.

2. La modification implicite

Est-il possible de modifier unilatéralement un contrat administratif par la voie d'une décision implicite de la personne publique contractante ?

En droit colombien, suivant la solution française¹¹⁸⁰, la loi admet la validité des actes administratifs implicites. L'article 83 de la loi 1437 de 2011 qui reprend les

¹¹⁷⁸ CE, 1^{er} octobre 1969, *Société des établissements privés*, Rec. 411. Voir également, CE, 23 février 1983, *Ministre de l'Éducation c. SA SMAC Aciéroïd*, Rec. 851 et CE, 27 septembre 2006, *Société GTM construction*.

¹¹⁷⁹ Conseil d'État, arrêt du 20 avril 2005, req. 14519.

¹¹⁸⁰ La loi DCRA du 12 avril 2000 pose, dans ses articles 21 et 22, les règles générales relatives à la naissance des décisions implicites de rejet et des décisions implicites d'acceptation. « Article 21. Sauf dans les cas où un régime de décision implicite d'acceptation est institué dans les conditions prévues à l'article 22, le silence gardé pendant plus de deux mois par l'autorité administrative sur une demande vaut décision de rejet. Lorsque la complexité ou l'urgence de la procédure le justifie, des décrets en Conseil d'État prévoient un délai différent. »

« Article 22. Le silence gardé pendant deux mois par l'autorité administrative sur une demande vaut décision d'acceptation dans les cas prévus par décrets en Conseil d'État. Cette décision peut, à la demande de l'intéressé, faire l'objet d'une attestation délivrée par l'autorité administrative. Lorsque

mots de l'article 40 du Code de procédure administrative précédent, prévoit que le silence gardé pendant plus de trois mois par l'autorité administrative sur une demande, vaut décision de rejet.

Pour le Conseil d'État cette figure a pour but « d'abord, de sanctionner l'administration pour l'omission et ensuite, de conférer aux administrés une garantie pour pouvoir saisir les tribunaux... Cette possibilité devient un instrument pour assurer que les particuliers peuvent effectivement s'adresser au juge administratif »¹¹⁸¹. De cette manière, le particulier n'a plus besoin d'attendre si longtemps une décision explicite de l'administration.

L'acte administratif implicite a la même valeur juridique que celui de nature explicite, voire, il peut être l'objet d'un recours en exécution : « les actes implicites sont de véritables actes administratifs, c'est pourquoi, leur exécution est assurée par le recours prévu par l'article 87 de la Constitution, sauf dans le cas où un autre recours est possible. La disposition constitutionnelle ne distingue pas les instruments qui donnent lieu à la présentation du recours »¹¹⁸².

Le principe est donc simple : lorsqu'une demande est faite à l'administration et que celle-ci ne répond pas dans un délai de trois mois, une décision implicite de refus nait. Celle-ci entraîne pour le particulier la possibilité de former un recours contentieux contre cette décision et de faire ainsi échec à l'inaction de l'administration.

Pourtant, quelques exceptions à ce régime existent. Le législateur peut instituer des régimes de décision implicite d'acceptation. L'article 83 de la loi 1437 de 2011 qui reprend la rédaction de l'article 41 du décret 01 de 1984, précise que « c'est seulement dans les cas expressément prévus par la loi que le silence de l'administration équivaut à une décision favorable » au demandeur.

la complexité ou l'urgence de la procédure le justifie, ces décrets prévoient un délai différent. Ils définissent, lorsque cela est nécessaire, les mesures destinées à assurer l'information des tiers ».

¹¹⁸¹ Conseil d'État, arrêt du 17 juin 2004, req. 13272.

¹¹⁸² Conseil d'État, arrêt du 8 juin 2000, req. ACU-1309.

La production d'effets juridiques de la décision est soumise, cependant, à la « formalisation » du silence par le biais d'un acte notarié constatant l'omission de l'administration. L'article 85 du Code de procédure administrative indique que « l'acte notarié et ses copies certifiées produiront l'ensemble des effets légaux de la décision favorable ; les autorités seront ainsi tenues de respecter la décision ».

Les contrats administratifs sont l'une des matières où le législateur a prévu une décision implicite d'acceptation, car la loi 80 de 1993 précise que le silence de l'administration équivaut à une décision favorable à la demande du cocontractant. L'alinéa 16 de l'article 25 de la loi indique qu'« en ce qui concerne les demandes déposées lors de l'exécution du contrat, si l'entité publique ne se prononce pas dans le délai de trois (3) mois, la décision sera favorable aux prétentions du demandeur ».

À la suite de la promulgation de la loi, une multitude de demandes de paiement de compensations économiques ont été déposées par les cocontractants. Les autorités publiques ont maintes fois gardé le silence pendant plus de trois mois, ce qui a valu décision d'acceptation des prétentions de la demande. Après la formalisation de l'acte notarié, l'administration a refusé de verser les compensations sur la base des décisions implicites, provoquant ainsi l'introduction de plusieurs recours visant à l'obtention du paiement. Le Conseil d'État a tranché les litiges, en estimant que, dans ces cas, la décision implicite d'acceptation n'est pas possible : « l'omission de l'administration de répondre aux demandes économiques ne vaut pas titre exécutoire pour obtenir... le paiement de sommes d'argent »¹¹⁸³. La solution dégagée par la jurisprudence a été fondée sur la théorie des droits subjectifs : les droits des administrés résultent de la vérification des conditions prévues par la loi et non pas de l'inaction de l'administration¹¹⁸⁴.

¹¹⁸³ Conseil d'État, arrêt du 13 décembre 2001, req. 20822. Dans cet arrêt le juge précise que « l'absence de réponse administrative ne constate pas l'existence d'une créance liquide et exigible ».

¹¹⁸⁴ Pour le Conseil d'État, « Dans le cas contraire, on admettrait : – que les situations où il n'y pas de titre exécutoire peuvent entraîner la reconnaissance des droit inexistantes ; – que l'inaction de l'agent peut conduire à une exécution illégitime. La demande du cocontractant irait ainsi à l'encontre des intérêts publics. Une situation subjective particulière ne peut pas primer sur l'intérêt général », Conseil d'État, arrêt du 12 décembre 2001, req. 17938.

La question se pose de savoir si lorsque la demande du cocontractant porte sur la modification de prestations convenues, le silence de l'administration pendant plus de trois mois vaut décision favorable.

Suivant la règle de l'article 25 de la loi 80 de 1993, il est possible d'affirmer que l'administration a rendu une décision implicite d'acceptation. Cela signifie-t-il que le contrat est, dès lors, modifié ?

Il aurait peut-être fallu aborder l'analyse de la demande de modification du contrat dans les moyens conventionnels, car la modification résulte, d'une certaine manière, de l'accord de volontés de parties, même si la manifestation de la volonté administrative est implicite. Pourtant, nous croyons que l'analyse sous l'optique de la modification unilatérale est plus pertinente puisque la loi confère au silence la valeur d'un acte administratif unilatéral. En outre, il ne s'agit pas vraiment de la volonté d'accorder la modification, mais des effets d'acceptation que la loi reconnaît au silence de l'administration.

L'acte administratif implicite peut-il modifier les prestations contractuelles convenues auparavant ?

Cette question n'a jamais été abordée en droit public colombien. Pourtant, nous pouvons tenter une réponse.

À l'égard de matières autres que celles liées à la modification du contrat, le Conseil d'État a considéré qu'« une fois l'acte est né, l'administration ne peut pas éditer un autre ayant un sens contraire ; elle ne peut que l'abroger avec le consentement explicite et écrit du particulier... Une fois l'acte soit formalisé, constatant le silence de l'administration, la personne publique ne peut que reconnaître ses effets compte tenu qu'elle n'est pas autorisée à se prononcer sur son existence »¹¹⁸⁵. L'acte implicite est valide.

¹¹⁸⁵ Conseil d'État, arrêt du 8 juin 2000, req. ACU-1309.

Bien que la modification du contrat puisse entraîner le versement de sommes d'argent, la demande de modification n'a pas vraiment de connotation financière. L'obligation de versement de l'administration ne découle pas du silence mais de l'exécution des activités supplémentaires, c'est pourquoi on a de raisons pour considérer que l'atténuation dégagée par la jurisprudence n'est pas ici applicable. Cependant, la possibilité de modifier le contrat par le biais d'une décision implicite d'acceptation, nous semble tout à fait étrange, en plus de soulever de sérieuses questions.

D'abord, la portée de la modification et les nouvelles conditions d'exécution seraient soumises à la demande du cocontractant. Le particulier serait le responsable de définir ce qui est le plus favorable pour assurer la prévalence de l'intérêt général.

Il ne faut pas oublier que la modification des contrats administratifs ne peut décidée que pour éviter la paralysie et l'atteinte grave aux services publics –article 16 de la loi 80 de 1993-. Le silence gardé par l'autorité administrative sur une demande ne peut pas entraîner la renonciation de l'État à exercer ces fonctions en ce qui concerne la gestion des services publics et la prévalence de l'intérêt général.

Il s'agirait d'une modification unilatérale du contrat décidé en dernier ressort par le cocontractant, ce qui nous semble contraire à la nature juridique de cet instrument de modification contractuelle.

À notre avis, la modification du contrat décidée au moyen d'un acte implicite n'est pas possible, mais tandis que les sources de droit gardent le silence sur l'analyse de ce sujet, la possibilité d'appliquer la solution prévue par la loi 80 de 1993 et de conférer des effets juridiques au silence de l'administration face à une demande de modification, reste latente.

§2. LES CONDITIONS DE PRÉPARATION

L'exercice du pouvoir administratif de modification unilatérale du contrat est soumis à une double condition de procédure. L'administration a besoin du désaccord du cocontractant (**A**) et d'une autorisation budgétaire, lorsque la modification a une incidence économique (**B**).

A. Le désaccord du cocontractant

Conformément à l'article 16 du statut des contrats administratifs : s'« il est nécessaire d'introduire des changements dans le contrat et que les parties ne parviennent pas à un accord à cet égard, l'entité, par voie d'acte administratif dûment motivé, le modifiera en prescrivant la suppression ou l'ajout d'ouvrages, de travaux, de fournitures ou de services ».

La loi prévoit ainsi une tentative de négociation avortée (**1**), qui doit s'ajouter à l'accord du cocontractant lorsque la modification dépasse le seuil de vingt pour cent du prix initial du contrat (**2**).

1. La négociation avortée

La disposition citée parle d'un désaccord entre les parties, mais il s'agit vraiment d'un désaccord du cocontractant face à une proposition de modification de l'administration.

Cette exigence n'a été abordée qu'une fois par le Conseil d'État. Ce dernier a estimé qu'il s'agit d'une condition essentielle de la procédure, visant à l'édiction d'un acte unilatéral de modification du contrat : « les actes administratifs de nature contractuelle édictés dans l'exercice du pouvoir exceptionnel de l'État... sont soumis à certaines conditions dont le respect est indispensable ; l'action de l'administration a, à cet égard, les limites suivantes :

(...)

– En ce qui concerne les formalités, la loi exige une négociation préalable entre les parties, car la pouvoir exceptionnel ne peut s'exercer que « s'il n'y a pas d'accord » (art. 15 [relatif au pouvoir d'interprétation unilatérale du contrat]) ou « si les parties ne parviennent pas à un accord » (art. 16). Par conséquent, la tentative de consensus des parties est une condition essentielle pour l'exercice des facultés unilatérales reconnues à la collectivité publique contractante »¹¹⁸⁶.

Ni la loi ni le juge administratif ne qualifient les raisons de la réticence du cocontractant, ce qui nous permet d'affirmer qu'un motif quelconque est admis. Il peut s'agir d'un désaccord sur la portée de la modification ou sur les conditions d'exécution des prestations qui seront l'objet du changement. Le montant du prix supplémentaire, le délai estimé pour la réalisation des travaux, même l'opportunité à propos de la nécessité de la modification pour assurer le fonctionnement du service public peuvent constituer un motif de rejet.

Même s'il n'existe pas de règlement sur le déroulement des tentatives d'accord, nous croyons que la preuve d'une véritable négociation s'avère indispensable. L'esprit de la loi est clair : les parties sont tenues de s'engager dans un processus d'échange de vues sur l'exécution des prestations à modifier. Si le cocontractant n'est pas convaincu par les conditions proposées par l'administration, il doit le déclarer en exprimant en plus, les raisons de sa réticence. Il serait profitable de proposer une solution alternative. La personne publique serait obligée de réessayer plusieurs fois d'obtenir l'accord. Si après un laps de temps les positions des parties demeurent inconciliables, on peut dire que la formalité est remplie et l'administration peut donc faire usage de ses prérogatives de puissance publique et modifier le contrat de manière unilatérale. Autrement, cette exigence n'aurait pas de sens.

La pratique révèle cependant que cette formalité n'a pour les parties aucune importance. L'administration se contente d'obtenir un document du cocontractant exprimant son désaccord, sans aucune raison de fond. Il n'y a jamais un vrai intérêt

¹¹⁸⁶ Conseil d'État, avis du 14 décembre 2000, req. 1293.

de la personne publique de rechercher l'accord. Les solutions alternatives sont toujours absentes.

Comme on l'a vu, la modification unilatérale est un mécanisme exceptionnel par rapport au moyen normal qu'est la modification conventionnelle. C'est pour cela que l'article 16 de la loi 80 de 1993 exige une procédure de négociation préalable entre les parties. Si malgré les efforts de l'administration, le cocontractant a refusé de s'engager dans une modification conventionnelle, les autorités administratives ont encore le pouvoir d'en décider. Cette formalité est devenue toutefois une condition formelle sans aucune portée effective.

L'incertitude sur la portée de cette formalité a permis que la modification unilatérale soit considérée comme une solution valable lorsque les limites des moyens conventionnels empêchent la passation d'une nouvelle convention. Si les parties ont déjà convenu de modifications équivalentes à cinquante pour cent du prix initial du contrat, la modification unilatérale se révèle toujours possible à condition que le cocontractant déclare qu'il n'est pas d'accord avec la proposition de l'administration. Si la négociation était une condition exigée, le particulier serait tenu de manifester qu'il ne donne pas son consentement puisque la loi empêche la modification au-delà de certain seuil. Les raisons ne sont pourtant jamais données et la modification unilatérale est donc toujours possible.

2. La contradiction de la loi face à la tentative de négociation

Si conformément au premier alinéa de l'article 16 de la loi 80 de 1993 la modification unilatérale n'est possible que si « les parties ne parviennent pas à un accord à cet égard », la prévision de l'alinéa 2 nous semble comporter une contradiction : « si les modifications réforment la valeur du contrat de vingt pour cent (20%) ou plus de la valeur initiale, le cocontractant pourra renoncer à la continuation de l'exécution des prestations ». Cela signifie que la modification unilatérale n'est valable que lorsque le cocontractant s'abstient de renoncer à l'exécution du contrat, autrement dit, lorsqu'il consent à la modification.

La loi ne précise pas le moment où le cocontractant doit manifester son consentement (la jurisprudence n'a jamais abordé ce sujet), mais on peut affirmer qu'il peut le faire à tout moment à condition que la décision de modification unilatérale n'ait pas été édictée.

La difficulté vient de l'exigence au même moment d'une désapprobation et d'un consentement du cocontractant face à la modification proposée par la personne publique. L'entrepreneur doit manifester son désaccord avec le changement voulu par l'administration (c'est pour cela qu'ils ne parviennent pas à modifier le contrat de manière conventionnelle), mais, en même temps, il doit déclarer son accord avec la modification lorsque celle-ci entraîne le dépassement du seuil de vingt pour cent du prix initial du contrat. Toutes les deux sont des formalités qui conditionnent la validité de l'acte administratif.

Il faut rappeler que l'obligation d'obtenir l'avis favorable du cocontractant ne concerne que les modifications entraînant un changement au-delà de vingt pour cent du prix initial du contrat, c'est-à-dire, les cas où la modification a une grande incidence sur les conditions économiques. Ici, les limites et les contrôles de la modification s'avèrent essentielles pour assurer le respect de la transparence et des droits de la concurrence, mais c'est à l'égard de ces cas que la contradiction éclate. Les concessions sont aussi soumises à cette double condition, car elles ne sont qu'un type des contrats administratifs.

À notre avis, les deux formalités sont y cependant nécessaires. La négociation préalable des parties assure que l'exercice des pouvoirs de puissance publique soit vraiment exceptionnel. L'avis du cocontractant sur les difficultés éventuelles lors de l'exécution des activités modifiées s'avère très utile. L'accord du cocontractant lorsque la modification dépasse le seuil fixé par la loi se révèle, pour sa part, essentiel pour éviter l'éventuelle inexécution des prestations qui vont au-delà de ce que le cocontractant est en capacité de réaliser. À défaut, la gestion des services publics et l'intérêt général seraient remis en cause. Cette formalité n'est pas d'ailleurs propre au droit public colombien. Le droit de refus du cocontractant existe également en France, bien qu'il ne soit prévu que pour des cas spécifiques.

En droit public français, la modification unilatérale des contrats administratifs ne peut jamais entraîner le changement de l'objet ou l'altération de l'essence du contrat. Dans ces cas, bien que le cocontractant ne bénéficie pas du privilège du préalable, celui-ci bénéficie du pouvoir de saisir le juge administratif afin qu'il prononce la résiliation du contrat¹¹⁸⁷ : « l'administration ne peut imposer à l'entrepreneur l'exécution d'un ouvrage nouveau. Si elle prétend le prescrire, l'entrepreneur est justifié à demander la résiliation du marché et, s'il a exécuté le travail, à réclamer la réparation de toutes les conséquences onéreuses entraînées »¹¹⁸⁸. Il en va de même pour les modifications excédant un certain quantum : des variations aboutissant par leur importance à « bouleverser l'économie du contrat »¹¹⁸⁹ seraient considérées par le juge comme excessives et ouvriraient également droit à résiliation¹¹⁹⁰. Il faut remarquer qu'il s'agit d'un recours devant le juge administratif, c'est pourquoi il n'est pas comparable au refus du droit colombien.

Les marchés de travaux publics en France ont toutefois une réglementation pour l'augmentation limite du montant des travaux qui est plus proche de la solution colombienne. L'arrêté du 8 septembre 2009 portant approbation du CCAG applicable aux marchés publics de travaux¹¹⁹¹ distingue deux sortes d'augmentation : celle provoquée par des sujétions techniques ou des insuffisances de quantités prévues dans le marché et celle résultant des changements dans la nature des besoins ou les conditions d'utilisation auxquels les ouvrages doivent satisfaire. Dans le premier cas, le cocontractant est tenu d'exécuter les travaux quelle que soit l'importance de

¹¹⁸⁷ H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 237. Voir également : G. Pequignot, *op. cit.*, p. 413 : « nous savons que l'Administration a la faculté de modifier l'étendue de la participation au service qu'elle demande au cocontractant, mais nous savons que ce qu'elle ne peut pas faire, c'est substituer un objet nouveau à l'objet qui a été stipulé ».

¹¹⁸⁸ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *op. cit.*, n° 1243.

¹¹⁸⁹ CE, 17 mars 1932, *Mourier*, Rec. 340.

¹¹⁹⁰ Solution dégagée depuis l'arrêt classique du 9 décembre 1932, *Compagnie des Tramways de Cherbourg*, où le Conseil d'État français a admis que si le concédant ne pouvait contraindre un concessionnaire de tramways à substituer des autobus à un mode de locomotion jugé dépassé, du moins se trouvait-il désormais dégagé de l'obligation de verser au concessionnaire des indemnités d'imprévision et autorisé, « à défaut d'un accord amiable sur une orientation nouvelle à donner à l'exploitation, à demander au juge la résiliation de la concession ». CE, 9 décembre 1932, *Tramways de Cherbourg*, Rec. 1050.

¹¹⁹¹ JORF n°0227 du 1 octobre 2009, p. 15907.

l'augmentation¹¹⁹². Dans le second cas, l'entrepreneur n'est obligé à l'exécution des travaux que si le montant des travaux n'excède pas le dixième du montant contractuel des travaux¹¹⁹³ : « le titulaire peut refuser de se conformer à un ordre de service l'invitant à exécuter des travaux de l'espèce définie à l'alinéa précédent s'il établit que le montant cumulé de ces travaux prescrits par ordre de service depuis la notification du marché ou depuis celle du dernier avenant intervenu, y compris l'ordre de service dont l'exécution est refusée, excède le dixième du montant contractuel des travaux » (art. 15.2.2 CCAG Travaux). On doit souligner qu'une procédure est prévue pour ce rejet : « un tel refus d'exécuter opposé par le titulaire n'est toutefois recevable que s'il est notifié par écrit, avec les justifications nécessaires, au représentant du pouvoir adjudicateur dans le délai de quinze jours suivant la notification de l'ordre de service prescrivant les travaux ». Tant que le seuil du dixième du montant contractuel des travaux n'est pas atteint, l'obligation d'exécuter les ordres de service subsiste, sous peine des sanctions contractuelles pertinentes. Elle subsiste également si l'entrepreneur n'a pas fait parvenir en temps utile à l'administration son refus d'exécution motivé¹¹⁹⁴.

Répetons-le, les deux formalités prévues par l'article 16 de la loi 80 de 1993 sont nécessaires, mais celle liée au rejet du cocontractant lorsqu'il estime que la modification excède sa capacité d'exécution est, peut-être, plus importante. Afin d'éviter la contradiction normative, on peut penser à la suppression de la négociation préalable des parties. Dans le cas contraire, un effort pour réglementer la mise en œuvre et la portée juridique de deux conditions s'avère indispensable.

À l'heure actuelle ni la doctrine ni le juge administratif ne se sont manifestés à propos de cette difficulté résultant de la rédaction de la loi, mais il nous semble qu'une réflexion est nécessaire pour éviter les litiges dans les contrats les plus grands conclus par l'État colombien.

¹¹⁹² Suivant l'article 15 de l'arrêté du 8 septembre 2009, « sous réserve de l'application des stipulations de l'article 15.4, le titulaire est tenu de mener à son terme la réalisation des ouvrages faisant l'objet du marché, quelle que soit l'importance de l'augmentation du montant des travaux, par rapport au montant contractuel. Cette augmentation peut résulter de sujétions techniques ou d'insuffisance des quantités prévues dans le marché ou encore de toute cause de dépassement autre que celles qui sont énoncées à l'article 15.2.2. », (art. 15.2.1 CCAG Travaux).

¹¹⁹³ Ce montant fait référence au montant initial du marché augmenté éventuellement des avenants.

B. Les formalités budgétaires

Les exigences budgétaires concernant l'acte de modification unilatérale proviennent de l'article 25 de la loi 80 de 1993 relatif au principe d'économie. L'alinéa 13 précise que « les autorités publiques doivent toujours disposer des autorisations et des engagements budgétaires qui sont nécessaires ». Évidemment, cette formalité est limitée aux cas où la modification comporte une obligation de versement d'une somme d'argent au cocontractant, par exemple, lorsque l'autorité décide l'exécution de nouveaux travaux.

Les contrats de concession d'infrastructure routière sont également soumis à ces conditions quand les travaux complémentaires qui font l'objet de la modification, sont financés totalement ou partiellement par des fonds publics¹¹⁹⁵. Si en revanche, ils ne sont financés que par les revenus supplémentaires perçus par la concession, ces formalités ne s'avèrent pas nécessaires¹¹⁹⁶.

Pour l'adoption de la décision unilatérale, l'administration devra disposer d'un « certificat de disponibilité budgétaire » (1) et d'un « certificat de registre budgétaire » (2) soutenant le paiement des obligations pécuniaires qui découlent de la modification du contrat.

1. La disponibilité budgétaire

La disponibilité budgétaire se rapproche de l'*engagement des dépenses* du droit français. Pour mieux comprendre les formalités en droit public colombien, il convient de mentionner brièvement les notions en France.

¹¹⁹⁴ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *op. cit.*, n° 1247.

¹¹⁹⁵ Voir l'article 33 de la loi 150 de 1993 portant « statut national des transports ».

¹¹⁹⁶ Conseil d'État, avis du 12 décembre 1997, req. 1050.

L'ordonnateur¹¹⁹⁷ est tenu d'abord de décider l'engagement, ensuite de vérifier le service fait et finalement de liquider la dépense concernée. L'engagement est l'acte par lequel une personne publique crée ou constate à son encontre une obligation de laquelle résultera une charge¹¹⁹⁸. Il ne peut être pris que par un représentant qualifié de l'organisme agissant en vertu de ses pouvoirs. Évidemment, l'engagement doit rester dans la limite des autorisations budgétaires et demeurer subordonné aux autorisations, avis ou visas prévus par les lois ou règlements propres à chaque catégorie d'organismes publics. En ce qui concerne les régions, l'engagement comptable se rattache à une affectation¹¹⁹⁹ lorsque les crédits sont gérés en autorisations de programme ou d'engagement.

La vérification du service fait permet, pour sa part, d'établir l'existence juridique de la dette, en vérifiant la réalité de la prestation effectuée par le particulier. Si l'exécution est conforme aux conditions exigées, l'ordonnateur doit procéder à la liquidation de la dépense.

En droit colombien, le statut général du budget adopté par le décret 111 de 1996, précise la portée de l'obligation prévue par l'article 25 de la loi 80 de 1993 déjà citée¹²⁰⁰. En ce qui concerne l'édition d'actes administratifs (comme c'est le cas de celui qui décide la modification du contrat), l'article 71 du décret indique : « l'ensemble des actes administratifs affectant les allocations budgétaires, devront disposer des certificats de disponibilité budgétaire assurant l'existence de ressources économiques suffisantes pour la prise en charge des dépenses ».

¹¹⁹⁷ Un ordonnateur est une personne ayant qualité pour prescrire l'exécution des recettes et des dépenses publiques. Le président est ordonnateur principal, les délégués régionaux sont ordonnateurs secondaires et les directeurs d'unité et les agents des unités reçoivent délégation de signature des délégués régionaux.

¹¹⁹⁸ Voir le règlement général sur la comptabilité publique.

¹¹⁹⁹ L'affectation fait référence à la décision du conseil régional –lorsqu'il s'agit du budget des collectivités locales- de consacrer tout ou partie d'une autorisation de programme ou d'engagement au financement d'une opération identifiée et évaluée en termes de contenu, de coût et de délai.

¹²⁰⁰ L'alinéa 13 de l'article 25 de la loi 80 de 1993 précise que « les autorités publiques doivent toujours disposer des autorisations et des engagements budgétaires qui soient nécessaires ».

Le certificat de disponibilité budgétaire est un acte de gestion financière qui permet de vérifier que les fonds publics disponibles sont suffisants pour assumer le paiement des obligations pécuniaires de l'État¹²⁰¹.

Cet acte a pour but d'éviter l'exécution de montants excédant les fonds disponibles, ce qui est, en dernier ressort, une garantie pour les administrés car il empêche que l'administration assume des obligations qu'ensuite elle ne pourra pas payer. Le ministère des finances a défini cet instrument en reprenant les mots du statut général du budget : « les actes administratifs affectant les allocations budgétaires, devront disposer des certificats de disponibilité budgétaire assurant l'existence de ressources suffisantes pour la prise en charge des dépenses »¹²⁰².

À côté de la disponibilité des fonds publics, un autre certificat s'avère également essentiel : le registre budgétaire.

2. Le registre budgétaire

Le registre budgétaire se rapproche de la *liquidation d'une dépense* du droit français. Après l'engagement et la vérification du service fait, l'ordonnateur doit procéder à la liquidation de la dépense. Sur cette base, l'agent comptable¹²⁰³ fait finalement le paiement.

La liquidation est la détermination de la réalité et du montant de la dette de l'organisme public. La liquidation consiste, après constatation du service fait, à arrêter le montant exigible de la dépense en fonction des termes de la décision financière. Il s'agit de calculer le montant exact de la dette et de s'assurer qu'elle est bien exigible. Puis vient le paiement qui selon le règlement général sur la comptabilité publique, est l'acte par lequel un organisme public se libère d'une

¹²⁰¹ E. Romero, « Presupuesto público y contabilidad gubernamental » [*Budget public et comptabilité gouvernementale*], 4^{ème} ed., ECOE Ediciones, Bogotá, 2013, p. 78.

¹²⁰² Cahiers sur l'exécution du Budget et la comptabilité des dépenses, janvier 2013, Ministère de finances et de crédit public, 2013.

dette¹²⁰⁴. C'est un acte réalisé par le comptable public au vu des éléments de l'*ordonnancement*¹²⁰⁵.

En droit colombien l'article 71 du décret 111 de 1996 portant statut général du budget, a fait référence au certificat de registre budgétaire : « les actes [administratifs] devront disposer également d'un registre budgétaire pour assurer que les fonds ne soient pas détournés. Ce registre doit indiquer de manière précise la valeur et le délai des obligations. Cet acte est une condition de validité des actes administratifs ».

Le registre est l'acte qui grève définitivement le Budget pour une somme précise assurant ainsi que la dépense est bien exigible. Tandis que le certificat de disponibilité budgétaire constate l'existence de fonds publics, le registre confirme que les fonds seront destinés exclusivement à la prise en charge des dépenses qui découlent de l'acte administratif.

Il faut bien remarquer qu'aux termes de l'article 71 du statut général du budget, la validité de l'acte administratif n'est conditionnée qu'à l'obtention du certificat de registre budgétaire. Le Conseil d'État a insisté sur l'effet juridique découlant de l'omission du registre, en admettant également que le certificat de disponibilité budgétaire « n'a pas d'incidence sur la légalité de l'acte administratif concerné... la disponibilité n'a pour objet que d'estimer le montant les fonds nécessaires pour assurer les dépenses, c'est pourquoi, elle n'est pas un élément de formation de l'acte »¹²⁰⁶.

¹²⁰³ Un comptable public est un fonctionnaire ayant qualité pour exécuter, au nom de l'établissement public, les opérations de recettes, de dépenses et le maniement des fonds et valeurs.

¹²⁰⁴ Sous réserve des exceptions prévues par les lois ou règlements, les paiements ne peuvent intervenir avant, soit l'échéance de la dette, soit l'exécution du service, soit la décision individuelle d'attribution de subventions ou d'allocations. Toutefois, selon les règles propres à chaque catégorie d'organisme public, des acomptes et avances peuvent être consentis au personnel ainsi qu'aux entrepreneurs et fournisseurs.

¹²⁰⁵ L'ordonnancement est l'acte administratif donnant, conformément aux résultats de la liquidation, l'ordre de payer la dette de l'organisme public

¹²⁰⁶ Conseil d'État, arrêt du 4 décembre 2008, req. 00837. Dans le même sens, Conseil d'État, arrêts du 2 décembre 1999, rad. 15751, du 24 octobre 2002, req. 220199, du 26 janvier 2006, req. 505403 et du 26 octobre 2006, req. 740405.

La disponibilité budgétaire est une condition « accidentelle »¹²⁰⁷ de l'acte et n'entraîne des effets que pour l'agent public : l'omission de la formalité budgétaire liée à l'obtention du document de disponibilité a des conséquences disciplinaires, fiscales et pénales sur les agents¹²⁰⁸.

Par contre, la formalité du registre détermine la validité de l'acte administratif¹²⁰⁹. En reprenant les termes de l'article 71 du décret 111 de 1996, le Conseil d'État a remarqué qu'il conditionne « la légalité de l'acte, c'est-à-dire, qu'il ne peut pas produire des effets juridiques »¹²¹⁰.

Bien que nous nous soyons référés jusqu'ici aux actes administratifs en général, la solution est certes applicable aux actes unilatéraux de l'administration décidant une modification du contrat administratif. Les formalités budgétaires concernent l'ensemble des actes de l'administration ayant une incidence économique sur les fonds publics.

En ce qui concerne l'édition de l'acte administratif de modification, les formalités légales liées à la compétence s'avèrent également essentielles.

SECTION 2 : LA COMPÉTENCE

La compétence est l'aptitude juridique d'un agent public à prendre des actes légaux au nom des personnes publiques qu'ils représentent¹²¹¹.

¹²⁰⁷ Conseil d'État, arrêt du 4 décembre 2008, req. 00837.

¹²⁰⁸ Voir : Conseil d'État, arrêt du 4 décembre 2008, req. 00837.

¹²⁰⁹ L'omission de l'obligation d'obtenir le registre budgétaire entraîne également des conséquences disciplinaires, fiscales et pénales des agents publics, de la même manière que l'omission du certificat de disponibilité budgétaire.

¹²¹⁰ Conseil d'État, arrêt du 23 juin 2005, req. 12846.

M. Marienhoff souligne que l'origine de cette exigence réside dans les principes du constitutionalisme moderne et particulièrement dans le principe de séparation des pouvoirs qui distingue les trois fonctions fondamentales : le pouvoir législatif édicte les normes générales organisant la vie sociale, le pouvoir exécutif se charge de l'exécution de ces règles et de la gestion de leurs conséquences administratives et le pouvoir judiciaire en assure l'application dans le cadre du règlement des litiges. La théorie de séparation des fonctions veut que chacune d'entre elles soit exercée par des organes distincts, indépendants les uns des autres, tant par leur mode de désignation que par leur fonctionnement. Les agents qui exercent la représentation de ces organes seront donc investis d'une compétence pour agir dans le cadre de la fonction prévue par la loi¹²¹².

G. Jèze affirmait déjà en 1923 qu'« en droit public, la première condition pour qu'un acte juridique produise ses effets juridiques est que l'agent public soit compétent pour accomplir l'acte »¹²¹³

La jurisprudence administrative marque l'importance de cette exigence en droit colombien : « la compétence des autorités publiques est une partie essentielle de l'État de droit qui est à la base du système juridique et qui fonde d'ailleurs le principe de légalité qui détermine les limites de l'action des organismes... elle signifie que les agents publics ne peuvent intervenir que lorsqu'il existe une autorisation explicite de la Constitution et de la loi »¹²¹⁴. Conformément à l'article 6 de la Constitution de 1991, « les particuliers ne sont responsables devant les autorités que dans le cas d'infraction de la Constitution et à la loi. Les agents publics le sont dans le même cas, ainsi que s'ils omettent d'accomplir leurs fonctions ou dépassent leurs attributions ». La compétence devient ainsi une garantie pour les particuliers envers les abus de pouvoir des autorités publiques.

¹²¹¹ Voir : Conseil d'État, arrêt du 3 octobre 2012, req. 26140.

¹²¹² M. Marienhoff, *op. cit.*, p. 570.

¹²¹³ Voir : Essai de théorie générale de compétence pour l'accomplissement des actes juridiques en droit public français. Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger / dir. G. Jèze, Tome XL, n° 1. Vingt-Neuvième Année, janv. - fév. - mars, Giard & E. Brière, Paris, 1923.

¹²¹⁴ Conseil d'État, arrêt du 16 février 2006, req. 13414.

En ce qui concerne les formes de compétence, il est courant de dire que l'agent public ne pourra agir que dans le cadre du fond (compétence *ratione materiae*), du temps (compétence *ratione temporis*) et du ressort territorial (compétence *ratione loci*) prévus par la loi¹²¹⁵.

La compétence territoriale désigne le ressort géographique dans lequel l'autorité administrative est habilitée à exercer ses attributions. Il peut s'agir du territoire national, d'un département, d'une commune, etc. À propos de l'acte de modification unilatérale du contrat il suffit de dire qu'une autorité ne peut pas empiéter la circonscription d'une autre collectivité publique (par exemple lorsqu'un maire décide la modification d'un contrat en prévoyant l'exécution des travaux au-delà des limites territoriales de la ville). La Constitution de 1991 a prévu dans le titre XI, les principes de l'organisation territoriale de l'État colombien qui ont fondé d'ailleurs la promulgation de plusieurs lois spéciales. Le dépassement des limites territoriales lors de l'exercice du pouvoir de modification unilatérale n'a aucun précédent en droit colombien, c'est pourquoi, l'étude de cette forme de compétence ne sera pas abordée.

La compétence temporelle (§1) et la compétence matérielle (§2), méritent en revanche, plusieurs remarques.

§1. LA COMPÉTENCE TEMPORELLE

La compétence des autorités administratives est certes limitée dans le temps. Elle est limitée à la durée de leurs fonctions. De cette manière, les décisions adoptées par un agent avant son installation seraient entachées d'incompétence, aussi bien que si elles sont prises alors que la durée de ses fonctions est arrivée à échéance. En ce qui concerne la modification unilatérale, la loi prévoit que l'acte ne peut être pris que lors de l'exécution du contrat (A), même si le cocontractant a saisi les tribunaux (B).

¹²¹⁵ Voir p. ex. Conseil d'État, arrêt du 3 octobre 2012, req. 26140.

A. La clarté de la limite temporelle

Encore une fois, l'article 16 de la loi 80 de 1993 nous révèle que « si pendant l'exécution du contrat et pour éviter la paralysie ou une atteinte grave au service public concerné, il est nécessaire d'introduire des changements dans le contrat... l'entité par voie d'acte administratif dûment motivé, le modifiera en prescrivant la suppression ou l'ajout d'ouvrages, de travaux, de fournitures ou de services ».

Le temps d'exécution fait référence, sans aucun doute, à la durée convenue par les parties pour la réalisation des prestations contractuelles. C'est au cours de ce délai que l'administration a le pouvoir de modifier unilatéralement le contrat. L'arrivée du terme d'exécution entraîne, par conséquent, l'impossibilité pour la collectivité publique d'édicter un acte administratif de modification du contrat.

La jurisprudence administrative est claire sur ce point : « les limites temporelles pour exercer les pouvoirs exceptionnels... sont celles prévues par la loi. Elle dispose en effet qu'ils ne peuvent être utilisés qu'avant l'arrivée du terme du contrat pour assurer le fonctionnement continu des services publics »¹²¹⁶.

Le juge administratif indique que l'ensemble des actes rendus à l'occasion d'un contrat passé par l'État sont soumis à certaines conditions conformément aux dispositions légales : « en ce qui concerne l'opportunité, le législateur n'a prévu l'exercice du pouvoir exceptionnel que « pendant l'exécution du contrat » (arts. 15 et 16 de la loi 80 de 1993), ce qui signifie qu'il limite ces facultés de l'Administration à la durée de cette étape »¹²¹⁷. Comme cela a été souligné par le Conseil d'État, l'irrégularité de compétence pour des raisons de temps détermine la légalité de la décision : elle sera en tout état de cause invalide.

Par l'arrêt du 4 juin 1998, le Conseil d'État a précisé les effets juridiques du franchissement des limites temporelles : « la jurisprudence a reconnu que les pouvoirs exorbitants, aujourd'hui exceptionnels, entraînent une compétence aussi

¹²¹⁶ Conseil d'État, avis du 14 décembre 2000, req. 1293.

¹²¹⁷ Conseil d'État, avis du 14 décembre 2000, req. 1293.

exceptionnelle. L'acte doit être adopté dans le délai d'exécution du contrat pour assurer la sécurité juridique de la relation contractuelle. Dans le cas contraire, l'acte serait entaché de nullité... l'arrivée du terme du contrat détermine le délai pour l'exercice des pouvoirs unilatéraux de l'administration ». Bien que cet arrêt fût rendu à l'occasion d'un contrat conclu sous l'empire du statut précédent (décret 222 de 1983), le Conseil d'État précise que la limite temporelle est aussi claire dans la loi 80 de 1993.

B. Le recours devant le juge administratif

Une remarque finale s'impose. Le recours du cocontractant devant les tribunaux administratifs « n'empêche pas le contractant, c'est-à-dire l'Administration, d'utiliser les pouvoirs exceptionnels, lorsqu'ils ont un fondement légal, sont nécessaires pour éviter la menace de paralysie ou l'atteinte grave au fonctionnement des services publics, à condition qu'ils soient exercés pendant le délai d'exécution du contrat »¹²¹⁸.

La saisie des juges pour trancher les litiges liés à l'exécution du contrat n'a pas par conséquent d'incidence sur la possibilité pour l'administration de modifier de manière unilatérale les travaux. Les personnes publiques ont toujours la direction générale et la responsabilité d'exercer le contrôle et la surveillance sur l'exécution du contrat, c'est pourquoi elles seront toujours tenues de prendre les décisions qui assurent la bonne gestion du service public ainsi que la prévalence de l'intérêt général.

De cette manière, « si la situation remplit les conditions prévues par la loi pour exercer un pouvoir exceptionnel [par exemple, la modification unilatérale], la décision sera valable même si le cocontractant a saisi les tribunaux... »¹²¹⁹.

¹²¹⁸ Conseil d'État, avis du 14 décembre 2000, req. 1293

¹²¹⁹ Conseil d'État, avis du 14 décembre 2000, req. 1293

§2. LA COMPÉTENCE MATÉRIELLE

La compétence matérielle désigne les domaines dans lesquels une autorité est habilitée à prendre des décisions. Elle est la composante majeure de la compétence. Plusieurs remarques s'avèrent importantes. D'abord, les autorités administratives ne peuvent prendre aucun acte portant sur des matières étrangères à l'administration, par exemple, sur le domaine législatif ou sur les compétences des juridictions, voire des personnes privées. Ensuite, les autorités administratives ne peuvent prendre de décisions que sur les matières qui leur ont été attribuées. Certes, chaque autorité doit rester cantonnée dans le domaine qui lui a été assignée.

Tout empiètement d'une autorité sur la compétence d'une autre autorité constitue un cas d'incompétence, bien que cette autorité soit de rang égal ou qu'il s'agisse d'un subordonné. Un supérieur hiérarchique est incompétent pour prendre les décisions qui relèvent de la compétence de son subordonné.

En vertu du principe du parallélisme des compétences¹²²⁰, l'autorité compétente pour prendre une décision l'est également pour la modifier (**A**). Mais la compétence peut être déléguée (**B**).

A. La fonction du titulaire

En droit administratif colombien, la compétence matérielle (appelée également compétence fonctionnelle) pour édicter un acte de modification unilatérale du contrat, appartient au chef de l'organisme partie au contrat. L'article 11 de la loi 80 de 1993, relatif à la compétence en matière de contrats, précise qu'elle correspond au « chef ou, le cas échéant, au représentant de l'entité ».

L'alinéa 3 de cet article indique que la compétence pour la passation des contrats est reconnue :

¹²²⁰ Voir p. ex. Cour Constitutionnelle, arrêts C-008 du 17 janvier 2001 et C-028 du 30 janvier 1997.

- Aux ministres du cabinet, directeurs des départements administratifs, surintendants, chefs des unités administratives spéciales, Président du Sénat de la République, Président de la Chambre des représentants, présidents de la chambre administrative du Conseil supérieur de la magistrature et ses conseils sectoriels, fiscal général de la nation, contrôleur général de la République, procureur général de la nation et à l'officier général d'état civil.

- À niveau territorial, aux gouverneurs des départements, les maires municipaux et des districts spéciaux, aux contrôleurs des départements, des districts et des municipalités, ainsi qu'aux représentants des régions, provinces, zones métropolitaines, territoires indigènes et associations de communautés, dans les termes et les conditions prévues par les dispositions légales d'organisation de ces organismes.

- Aux représentants légaux des entités décentralisées dans tous les domaines et niveaux.

L'irrégularité de compétence matérielle dévient évidente lorsqu'une autorité publique empiète l'exercice des compétences réservés ou bien à un autre organisme (le chef d'une entité édicte un acte administratif dont la compétence est attribuée à une autre entité), ou bien à un autre agent au sein du même organisme (un agent public du niveau intermédiaire adoptant une décision dont la compétence a été assignée au chef de l'organisme).

Pourtant les compétences peuvent être déléguées lorsque l'autorité compétente ne peut pas exercer certaines fonctions.

B. La délégation de compétences

La délégation de compétences est acte par lequel une autorité administrative (le délégant) se dessaisit d'une fraction des pouvoirs qui lui ont conférés et les

transfère à une autorité subordonnée (le délégataire). Certes, la délégation introduit une modification dans l'ordre normal des compétences. Cependant elle est admise en droit administratif car elle constitue un moyen nécessaire d'alléger le travail de certaines autorités, notamment des autorités centrales.

En droit public colombien, la loi 489 de 1998 relative à l'organisation des collectivités publiques indique les règles générales en matière de délégation. L'article 9 a défini la délégation comme le transfert de fonctions d'une autorité administrative à ses partenaires. L'acte de délégation doit toujours être consigné par écrit, en indiquant non seulement l'autorité délégataire, mais aussi les fonctions spécifiques qui sont l'objet de la délégation (art. 10 *ibidem*).

L'article 11 de cette loi précise également que la délégation ne peut pas porter sur les fonctions qui ont été reçues en vertu d'une délégation précédente, ni sur les attributions qui ne sont pas susceptibles de transfert selon les dispositions de la Constitution de 1991 ou la loi. En ce qui concerne la modification unilatérale, il convient de rappeler que la délégation n'est pas interdite, le chef de l'organisme pouvant donc toujours déléguer cette fonction.

L'article 12 de la loi 80 de 1993, relatif à la délégation en matière des contrats administratifs, prévoit la possibilité de déléguer totalement ou partiellement la passation des contrats, ainsi que l'édition des actes administratifs nécessaires au cours de l'exécution des prestations. La norme dispose cependant que la délégation n'est possible que si l'agent délégataire appartient au niveau de la direction de l'organisme.

À propos des effets de la délégation, l'article 211 de la Constitution de 1991 précise qu'elle entraîne un dessaisissement de l'autorité délégante ; la responsabilité n'incombe qu'au délégataire. Les actes édictés par ce dernier pourront être réformés ou abrogés par le délégant qui par ce biais reprend la responsabilité sur sa décision. La loi 489 de 1998 reprend les termes de cette disposition.

Une grande controverse a été suscitée par l'alinéa 2 de l'article 12 de la loi 80 de 1993 qui semblerait contredire la disposition constitutionnelle : « en aucun cas, les

chefs et représentants des entités administratives ne seront libérés de leur responsabilité en raison de l'acte de délégation. Ils seront toujours tenus du contrôle et de la surveillance de l'activité contractuelle »¹²²¹.

Cette disposition a fait l'objet d'un contrôle de constitutionnalité. Finalement la Cour Constitutionnelle a estimé qu'elle est conforme aux exigences de la Constitution en reprenant les considérants de l'arrêt du 15 mai 2002, où elle a précisé que le sens de l'article 211 de la Constitution doit être déterminé à partir d'une lecture combinée de l'ensemble des normes constitutionnelles. La délégation n'entraîne pas totalement le dessaisissement de l'autorité délégante, ni ne signifie l'absence totale de responsabilité du délégant lors de l'édiction d'une décision irrégulière, puisque cette interprétation va à l'encontre des principes de l'unité administrative et des règles générales de compétence. La position opposée, qui conclut toujours à la responsabilité des délégants, n'est pas non plus admissible¹²²².

Le juge constitutionnel considère ainsi qu'il y a trois degrés de responsabilité des agents délégants et délégataires.

1. La responsabilité correspond exclusivement au délégataire lorsqu'il exerce la fonction déléguée sans aucune participation du délégant.
2. La responsabilité correspond exclusivement au délégant lorsqu'il utilise le délégataire comme un instrument d'expression de sa pensée.
3. Il y a un partage de responsabilité entre le délégant et le délégataire lorsque les deux contribuent à la formation et à l'édiction de la décision irrégulière.

Pour le juge constitutionnel, l'article 211 de la Constitution de 1991 ne fait référence qu'au premier cas de délégation, ce qui permet au législateur de régler la

¹²²¹ Cet alinéa fût ajouté par l'article 21 de la loi 1150 de 2007.

¹²²² Voir : Cour Constitutionnelle, arrêt C-372 du 15 mai 2002, cité par l'arrêt C-693 du 9 juillet 2008. Dans ce dernier la Cour a précisé que « la délégation... ne peut pas être un instrument pour échapper aux règles de prohibitions qui portent sur la capacité des agents publics. Elle ne peut pas devenir non plus un mécanisme pour obliger aux subordonnés de prendre de décisions contraires à la loi... Il ne faut pas perdre de vue que la délégation poursuit l'efficacité... ».

deuxième et la troisième hypothèse. Il conclut ainsi que « l'article 211 ne prévoit que le principe de non responsabilité du délégant, ce qui n'empêche qu'il soit responsable pour les actions ou les omissions liés aux devoirs de direction, de gestion et d'administration. Le non-respect de ces devoirs entraînant une infraction des dispositions constitutionnelles ou légales, génère toujours la responsabilité de l'autorité délégante »¹²²³.

Bien que ni la loi 489 de 1998, ni le statut des contrats administratifs ne parlent de la délégation de signature, il nous semble que la possibilité de déléguer « totalement ou partiellement » l'exercice des pouvoirs exceptionnels et par conséquent, de modification unilatérale du contrat, comprend la signature de l'acte. Dans ce cas toutefois, la délégation ne modifie pas les compétences des uns et des autres puisque la délégation de signature permet toujours au délégant de prendre des actes. Le délégant reste titulaire de la compétence et peut l'exercer à tout moment.

La compétence, exercée ou bien par le titulaire de la fonction ou bien par l'autorité délégataire, est « une condition essentielle pour la validité des actes administratifs »¹²²⁴. Le Conseil d'État affirme même que « le vice d'incompétence est... le plus grave de ceux qui ont une incidence sur la validité des actes »¹²²⁵. C'est pourquoi il estime que dans ces cas, le juge peut déclarer d'office la nullité de l'acte ; cette irrégularité porte atteinte au droit à la procédure régulière¹²²⁶. Cette déclaration d'office est l'une des atténuations à l'obligation du juge de se borner aux prétentions de la demande¹²²⁷, ce qui révèle l'importance de la compétence lors de l'édiction des actes administratifs.

¹²²³ Cour Constitutionnelle, arrêt C-372 du 15 mai 2002, cité par l'arrêt C-693 du 9 juillet 2008

¹²²⁴ Conseil d'État, arrêt du 16 février 2006, req. 13414.

¹²²⁵ Conseil d'État, arrêt du 11 mai 1999, req. 10196.

¹²²⁶ Conseil d'État, arrêt du 23 juin 2010, req. 16367.

¹²²⁷ Voir : art. 163 de la loi 1437 de 2011 (nouveau Code de procédure administrative).

CHAPITRE 2 : LES EXIGENCES DE LA MODIFICATION CONVENTIONNELLE

En droit colombien, il n'y a aucune disposition prévoyant des formalités pour la modification conventionnelle du contrat administratif. La loi 80 de 1993, aussi bien que les décrets réglementaires édictés par le gouvernement sont restés muets à cet égard. Pourtant, il nous semble que la convention modificative doit être soumise à certaines conditions formelles. Les parties ne peuvent être complètement libres, car cela conduirait à l'adoption d'actes arbitraires qui ne permettent pas le contrôle de légalité. Quelques limites s'avèrent nécessaires.

L'absence de règles sur les limites formelles de la modification conventionnelle nous amène aux formalités exigées pour la passation du contrat. En vertu du principe du parallélisme des formes et des procédures, la question se pose de déterminer si l'acte conventionnel modificatif est soumis aux mêmes conditions que le contrat initial.

En ce qui concerne la formation de l'acte, ce principe a une portée très limitée puisque les procédures de publicité et de mise en concurrence applicables, le cas échéant, lors de la conclusion du contrat, ne sont pas applicables lors de sa modification.

En droit administratif français ce principe signifie notamment que :

- Si le contrat initial a été soumis à l'examen préalable d'une commission spécialisée des marchés, l'avenant doit l'être également ;

- Si le contrat est un contrat d'une collectivité locale ou d'un établissement public, l'autorisation de l'assemblée ou de l'organe délibérant est indispensable si elle l'était pour le contrat objet de l'avenant.

Pourtant, en droit colombien l'absence d'un régime d'autorisations préalables semble vider le principe du parallélisme des procédures de son contenu. Les limites formelles de la modification conventionnelle semblent se borner aux conditions de forme et de compétence (**Section 1**), sans prêter attention aux règles d'autorisations qui ont été oubliées par les sources de droit (**Section 2**).

SECTION 1 : LES CONDITIONS EXIGÉES

Les limites formelles de la modification conventionnelle en droit colombien ne portent que sur la forme de l'acte (**§1**), la compétence de l'administration et la capacité du cocontractant pour accorder la modification (**§2**).

§1. LA FORME

La volonté des parties de modifier conventionnellement le contrat doit être matérialisée sous la forme d'un document écrit sur support papier (**A**), bien que les nouvelles technologies de l'information incitent à l'utilisation des formes électroniques dans un avenir proche (**B**).

A. La forme écrite

L'absence de règles sur la forme de l'acte de modification nous amène à nous interroger sur l'incidence du principe du parallélisme¹²²⁸. La question se pose de déterminer si le support écrit prévu par la loi pour le contrat initial (**1**), entraîne l'exigence d'un document écrit pour l'acte de modification conventionnelle (**2**).

¹²²⁸ Le principe du parallélisme des formes n'a jamais été traité par la jurisprudence administrative colombienne par rapport à l'instrument de modification conventionnelle. La doctrine est également restée muette sur ce point.

1. L'exigence du contrat écrit

Pour aborder le sujet de la forme du contrat administratif, le Conseil d'État part du classement dégagé par le Code civil. Conformément à l'article 1500 du code, « le contrat est réel lorsque sa formation exige la remise de la chose qui est l'objet dudit contrat ; il est solennel s'il est soumis au respect de certaines formalités ; et il est consensuel lorsqu'il se forme par le consentement ».

Le consensualisme est le principe. Les contrats solennels et réels sont donc des exceptions. Le Conseil d'État estime que « l'absence de norme qualifiant la nature réelle ou solennelle d'un contrat, signifie qu'il est consensuel et, par conséquent, il suffira de l'accord des parties sur les éléments essentiels pour conclure à la formation du contrat »¹²²⁹.

À propos des contrats administratifs, la loi 80 de 1993 a considéré qu'ils sont solennels, car elle a prévu l'exigence d'une forme écrite. Les articles 39 et 41 sont explicites sur ce point.

« Article 39. La forme du contrat de l'État. Les contrats conclus par les entités de l'État doivent revêtir la forme écrite qui ne requiert un acte notarié que dans le cas de transfert du droit de propriété, de création de charges [p. ex. hypothèques] ou de servitudes sur des biens immobiliers, ou en général, lorsque les dispositions légales imposent cette formalité ».

« Article 41. La formation du contrat. Les contrats de l'État seront formés lorsque les parties se mettent d'accord sur l'objet et la rémunération et que cet accord est sous forme écrite ».

Sur la base de ces dispositions, le juge administratif conclut que les contrats administratifs sont une exception au principe du consensualisme. L'accord des parties

¹²²⁹ Conseil d'État, arrêt du 18 février 2010, req. 15596.

n'est pas suffisant pour la création d'effets juridiques¹²³⁰. Le contrat administratif est soumis à l'exigence d'un écrit.

Il convient de remarquer que l'article 39 de la loi 80 de 1993 prévoit une exception concernant les contrats « sans formalités », qui correspondent aux contrats sans procédure formalisée du droit français¹²³¹. L'article 25 du décret 679 de 1994 indique que les formalités font référence « à l'élaboration d'un document écrit, signé par les parties, qui détermine les éléments essentiels du contrat... ». Les contrats « sans formalités » ont été abrogés par l'article 32 de la loi 1150 de 2007¹²³², bien que cette loi ait réglé les contrats d'un « montant minimal », aussi dépourvus de l'exigence de l'écrit.

Cette recherche ne porte que sur les contrats d'ouvrage publics et les contrats de concession des travaux publics, c'est pourquoi l'analyse de ce régime d'exception ne sera pas abordée. Les contrats qui sont l'objet de notre étude ont certes besoin d'un écrit.

On peut se demander alors quel est l'effet du non-respect de cette formalité. La loi 80 de 1993 souligne qu'il s'agit d'une condition de *formation* du contrat ce qui ne nous permet pas de savoir si elle a d'incidence sur la validité, l'existence ou l'efficacité de l'acte.

Pour aborder la notion de formation, le Conseil d'État fait référence à l'ensemble des effets juridiques de l'absence des formalités. D'abord, l'inefficacité, qui vise à tout ce qui n'est pas efficace, qui ne produit pas les effets escomptés, car :

¹²³⁰ Voir : Conseil d'État, arrêt du 18 février 2010, req. 15596

¹²³¹ C'est le cas des marchés de gré à gré. Cette procédure peut être utilisée si le montant du marché est inférieur à 15 000 € HT. Compte tenu de son montant, il est passé librement, en dehors de toute publicité et mise en concurrence préalable. L'acheteur public peut donc directement s'adresser à l'entreprise de son choix. C'est également le cas des MAPA (Marchés passés selon la procédure adaptée). Les modalités des MAPA sont fixées librement par le pouvoir adjudicateur en fonction de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, des circonstances de l'achat. Une négociation peut être établie avec les candidats ayant présenté une offre. Cette négociation peut porter sur tous les éléments de l'offre, notamment le prix.

- L’acte juridique est inexistant.
- L’acte juridique est entaché de nullité.
- L’acte ne remplit pas les conditions prévues par la loi pour produire des effets, par exemple, lorsque l’efficacité dépend d’un événement futur, ou suppose des autorisations ultérieures¹²³³.

Laissant de côté le dernier cas car il ne porte pas vraiment sur l’irrégularité de l’acte juridique, on peut affirmer que l’inefficacité résulte bien de l’inexistence ou bien de la nullité.

L’acte juridique (on parlera désormais du contrat) sera inexistant « s’il ne remplit pas les éléments essentiels, ou d’existence, ou les formalités ad substantiam actus »¹²³⁴. L’acte juridique ou le contrat sera invalide ou entaché de nullité¹²³⁵, lorsqu’il remplit les conditions d’existence (il est né d’un point de vue juridique), mais sans respecter les formalités ou les conditions de forme exigées par la loi pour sa validité¹²³⁶.

En ce qui concerne l’écrit, le Conseil d’État remarque qu’il s’agit d’une condition d’existence puisque le contrat administratif est solennel¹²³⁷. De cette manière, le terme *formation* indiqué par la loi 80 de 1993 fait référence à l’existence du contrat et non seulement à sa validité. Par l’arrêt du 20 septembre 2007, le Conseil d’État a indiqué que « la règle générale est que les contrats passés par les collectivités publiques doivent être consignés par écrit, car celle-ci est une condition ad

¹²³² Voir l’article 2 de la loi 1150 de 2007, l’article 94 de la loi 1474 de 2011 et le chapitre V du décret 734 de 2012.

¹²³³ Voir : Conseil d’État, arrêt du 18 février 2010, req. 15596

¹²³⁴ Conseil d’État, arrêt du 18 février 2010, req. 15596

¹²³⁵ Lorsque l’invalidité de l’acte atteint un intérêt général et non un intérêt particulier, l’acte est frappé d’une nullité *absolue*. Toute personne intéressée peut alors invoquer cette nullité ; le juge peut la prononcer d’office. En revanche, si seul un intérêt particulier est concerné, la nullité sera *relative*. Seul le cocontractant atteint peut l’invoquer.

¹²³⁶ Conformément à l’article 1502 du Code civil colombien, le contrat sera entaché de nullité, quand il n’y a pas de consentement, quand l’obligation n’a pas d’objet ou l’objet est illicite ou indéterminé, quand la cause du contrat n’existe pas ou est illicite, quand les conditions de forme ne sont pas respectées pour les contrats solennels et finalement, en cas d’incapacité d’exercice ou de vice de consentement.

substantiam actus et ad solemnitatem conformément aux articles 18 du décret 150 de 1976, 26 du décret 222 de 1983 et 39 et 41 de la loi 80 de 1993 »¹²³⁸.

La nature ad substantiam actus de l'écrit a été réaffirmée par le juge administratif à propos de la procédure judiciaire où le seul écrit est admis comme moyen de preuve de l'existence du contrat : « les contrats de l'État ont une nature solennelle, car l'écrit est toujours obligatoire... cela vaut dire que la seule preuve de leur existence est le document que la loi exige comme solennité... Pour démontrer la passation d'un contrat solennel, le seul moyen de preuve recevable est le document écrit, c'est-à-dire que son existence ne peut pas être constatée par des témoignages, des indices ou des documents autres à ceux qui constituent la solennité prévue par la loi »¹²³⁹.

Bien qu'il soit évident que les parties sont tenues de signer le document écrit, la jurisprudence administrative a insisté sur l'importance de cette exigence : « l'inexistence de la signature autographe du contrat permet difficilement de savoir si les parties ont donné leur consentement à la conclusion de l'acte juridique »¹²⁴⁰. C'est pour cela que la signature est considérée également comme un élément d'existence. Le Conseil d'État précise à cet égard que « la formation du contrat, qui conditionne son existence, nécessite la solennité de l'écrit et, bien entendu, la signature par les parties du document qui consigne la volonté de celles-ci ». Le juge conclut ainsi que « l'absence d'un instrument écrit lorsqu'il est prévu comme une condition 'ad substantiam actus', signifie que le contrat n'a pas été conclu »¹²⁴¹.

Il convient dès lors de se demander si ces considérations peuvent être appliquées à la forme de l'acte de modification conventionnelle du contrat.

¹²³⁷ Voir p. ex. : Conseil d'État, arrêts du 29 novembre 2006, req. 16855 et du 2 mai 2007, req. 14464.

¹²³⁸ Conseil d'État, arrêts du 29 novembre 2006, req. 16855, réitéré par l'arrêt du 28 février 2013, req. 24266.

¹²³⁹ Conseil d'État, arrêt du 13 juin 2013, req. 23730.

¹²⁴⁰ Conseil d'État, arrêt du 20 février 2008, req. 16247.

¹²⁴¹ Conseil d'État, arrêt du 20 février 2008, req. 16247.

2. L'exigence d'un acte de modification écrit

La jurisprudence administrative semble transposer la nature solennelle du contrat aux actes de modification conventionnelle adoptés lors de l'exécution des prestations. Pourtant, les effets de l'absence de l'écrit ne sont pas rattachés à l'inexistence de l'acte, non plus qu'à sa validité, mais uniquement à la preuve de la convention.

La forme des instruments de modification conventionnelle n'a été abordée qu'une seule fois par le Conseil d'État¹²⁴². Par l'arrêt du 18 février 2010, il a estimé que la modification du contrat est soumise aux mêmes conditions de forme que le contrat initial. Cette solution n'a été reprise ultérieurement que par le Tribunal administratif d'Antioquia¹²⁴³.

Le Conseil d'État cite les articles 39 et 41 de la loi 80 de 1993 pour affirmer que si l'exigence de l'écrit est prévue lors de la passation du contrat, les modifications ultérieures doivent « nécessairement » revêtir une forme écrite : « la modification du contrat portant sur l'addition des travaux, du prix et du délai d'exécution, doit également être consignée dans un document écrit pour remplir les conditions d'efficacité, d'existence et de validité »¹²⁴⁴.

L'arrêt précise les raisons de cette solution : « la modification prend la place de l'accord originel, c'est pourquoi la solennité exigée légalement pour ce dernier [le contrat], doit être demandée pour assurer l'efficacité, l'existence et la validité de la première [la modification] »¹²⁴⁵. Le Conseil d'État fait référence également à l'article 1602 du Code civil qui précise : « tout contrat légalement formé tient lieu de loi à ceux qui l'ont fait et ne peut être révoqué que par leur consentement mutuel, ou par les causes indiquées pas la loi ». Ainsi, le consentement mutuel pour modifier le

¹²⁴² Conseil d'État, arrêt du 18 février 2010, req. 15596

¹²⁴³ Tribunal administratif d'Antioquia, Medellín, arrêt du 13 juin 2013, req. 05001-33-31-011-2010-00188-01.

¹²⁴⁴ Conseil d'État, arrêt du 18 février 2010, req. 15596

¹²⁴⁵ Conseil d'État, arrêt du 18 février 2010, req. 15596

contrat en tant que loi particulière entre les parties, doit remplir les conditions légales exigées pour la formation de la relation juridique initiale¹²⁴⁶.

Il faut bien remarquer que la jurisprudence évoque simultanément l'efficacité, l'existence et la validité de la modification, ce qui ne permet pas de déterminer la nature réelle de cette formalité. Est-elle une condition d'existence ou de validité de l'acte ?

Bien que la décision citée soit la seule rendue à cet égard, il nous semble que le non-respect de la forme écrite par l'acte conventionnel n'a pas vraiment d'incidence sur l'inexistence, la validité ou l'efficacité de la volonté des parties car plusieurs arrêts de la jurisprudence administrative ont admis l'absence d'écrit.

Par l'arrêt du 19 octobre 2011, le Conseil d'État s'est prononcé sur la demande de paiement de travaux exécutés par le cocontractant, bien que sa réalisation n'ait été prévue ni par le contrat initial, ni par une modification ultérieure. Le juge administratif n'a reconnu aucun versement au requérant car il « n'a pas prouvé que la collectivité publique ait suggéré, insinué ou exhorté à l'exécution des travaux ». Le paiement était en conséquence impossible car « il n'y avait pas preuve d'une demande de l'organisme public visant à l'exécution des ouvrages »¹²⁴⁷.

Il nous semble que le paiement aurait été accordé (la modification unilatérale serait dès lors reconnue par le juge) si le Conseil d'État avait trouvé des preuves de l'insinuation, de la suggestion ou de la demande, même implicite, de l'administration dans ce sens. L'insinuation de l'organisme public et l'exécution ultérieure des travaux par le cocontractant, ne sont certainement pas assimilables à la passation du document écrit que la jurisprudence semble exiger pour la modification conventionnelle du contrat, mais il nous semble que pour le juge administratif l'accord informel peut produire les mêmes effets juridiques que la modification formelle.

¹²⁴⁶ Conseil d'État, arrêt du 18 février 2010, req. 15596

¹²⁴⁷ Conseil d'État, arrêt du 19 octobre 2011, req. 18082

Si la demande informelle de l'administration était démontrée, le paiement des travaux serait accordé, car l'écrit n'est pas vraiment une condition d'existence ou de validité de l'acte de modification conventionnelle, ce qui signifie qu'un simple consentement des parties est suffisant pour conclure l'existence, la validité et l'efficacité de la convention. La forme écrite de l'acte n'a pas la nature ad substantiam actus attribuée au contrat initial, mais seulement un caractère ad probationem, c'est-à-dire qu'il n'est qu'un moyen de preuve¹²⁴⁸. Évidemment, l'absence de cette condition ne entraîne pas la nullité de l'acte et encore moins l'inexistence de la modification.

Il en résulte que la modification conventionnelle produit valablement des effets juridiques (par exemple, l'obligation du cocontractant de réaliser les travaux complémentaires et corrélativement l'obligation de la personne publique de verser le prix des travaux).

Évidemment, l'écrit permet une mise en œuvre beaucoup plus facile. Un document apporte de la clarté et de la précision sur l'objet de la modification. Les doutes concernant la portée de nouvelles prestations seront bien réduits et l'obligation de paiement de l'administration sera indiscutable. Les litiges éventuels ne porteront que sur le respect des obligations, mais l'existence de la modification contractuelle sera indéniable.

En revanche, l'absence d'un écrit entraîne des difficultés sur la détermination des prestations modifiées, voire sur l'existence même d'une convention de modification. Seul un accord écrit permet d'établir avec certitude la volonté des parties et d'assurer efficacement le contrôle administratif ou financier de l'acte¹²⁴⁹.

En plus, l'obligation de la signature serait également compromise. À propos de la passation du contrat initial, on a conclu qu'il s'agit d'une condition d'existence de l'acte. À l'égard de l'acte de modification conventionnelle il nous semble que la règle s'applique d'une autre manière. La signature manuscrite est normalement la preuve

¹²⁴⁸ G. Cabanellas-de-Torres, *op. cit.*, « ad probationem ».

¹²⁴⁹ H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 299.

de l'existence d'une volonté des parties de modifier les prestations. Dans le cas où le document écrit n'intervient pas, la signature s'avère impossible ce qui ne vaut pas dire que l'engagement entre l'agent public compétent et le représentant du cocontractant soit aussi indémontrable. La volonté des auteurs peut être vérifiée par d'autres moyens de preuve.

Certes, l'écrit est la solution aux inconvénients qui suscite l'accord informel des parties. Mais les difficultés ne semblent pas fonder la nature ad solemnitatem ou ad validitatem de l'écrit en ce qui concerne la modification conventionnelle du contrat. L'accord informel nous semble valide, c'est pourquoi nous estimons que la forme écrite a seulement une nature ad probationem qui n'est exigée qu'en vue d'apporter la preuve de son contenu. L'acte demeure valable.

Le législateur a parfois imposé la rédaction d'un écrit, sans pour autant prévoir une sanction ; le juge doit alors déterminer si l'écrit est exigé ad validitatem ou ad probationem. Pourtant, en ce qui concerne la modification conventionnelle aucune disposition n'a prévu l'exigence d'un écrit, ce qu'à notre avis signifie qu'il n'est nécessaire que pour faire preuve.

B. La dématérialisation de l'écrit

Les règles concernant l'utilisation des nouvelles technologies de l'information dans les contrats privés et publics en droit colombien, ont été données par la loi 527 de 1999 (1). Pourtant, il fallut attendre la loi 1150 de 2007, pour entamer la mise en œuvre de ces règles en matière de contrats administratifs et de passation des actes juridiques lors de l'exécution (2).

1. La création des règles sur les contrats électroniques

Sur la base de la loi type de la CNUDCI¹²⁵⁰ sur le commerce électronique du 16 décembre 1996, le législateur colombien a adopté la loi 527 de 1999 relative à l'accès et à l'utilisation des messages de données, du commerce électronique et des signatures numériques.

La loi n'a pas limité son champ d'application aux contrats privés et c'est pour cela que les dispositions ont été toujours applicables aux contrats passés par l'État.

Il convient de souligner spécialement les dispositions relatives aux messages de données et à leur valeur probante assimilable à celle des documents papier. Conformément à l'article 2 de la loi 527 de 1999, le terme message de données désigne « l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie ».

Il faut remarquer aussi les dispositions relatives à l'écrit et à la signature. L'article 6 précise que « lorsque la loi exige qu'une information soit sous forme écrite, un message de données satisfait à cette exigence si l'information qu'il contient est accessible pour être consultée ultérieurement ». L'article 7 prévoit pour sa part que « lorsque la loi exige la signature d'une certaine personne, cette exigence est satisfaite dans le cas d'un message de données :

- a) Si une méthode est utilisée pour identifier la personne en question et pour indiquer qu'elle approuve l'information contenue dans le message de données ; et
- b) Si la fiabilité de cette méthode est suffisante au regard de l'objet pour lequel le message de données a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris de tout accord en la matière ».

¹²⁵⁰ Commission des Nations Unies pour le droit commercial international, créée par la résolution n° 2205 du 17 décembre de 1966 de l'Assemblée générale.

Enfin, on rappelle l'article 9, relatif à l'admissibilité et à la force probante du message de données : « 1. Aucune règle d'administration de la preuve ne peut être invoquée dans une procédure légale contre l'admissibilité d'un message de données produit comme preuve :

a) Au motif qu'il s'agit d'un message de données ; ou,

b) S'il s'agit de la meilleure preuve que celui qui la présente peut raisonnablement escompter obtenir, au motif que le message n'est pas sous sa forme originelle.

2. L'information prenant la forme d'un message de données se voit dûment accorder force probante. Cette force probante s'apprécie eu égard à la fiabilité du mode de création, de conservation ou de communication du message, la fiabilité du mode de préservation de l'intégrité de l'information, à la manière dont l'expéditeur a été identifié et à toute autre considération pertinente ».

Cette loi n'a pas prévu pourtant des règles explicites concernant la passation des contrats administratifs ni l'adoption par l'État d'actes juridiques unilatérales ou conventionnelles, c'est pourquoi l'administration a décidé de ne pas utiliser les instruments numériques. Certes, les procédures de publicité et de mise en concurrence, la passation des contrats de l'État et l'édition d'actes ultérieurs ayant une incidence sur les obligations, avaient besoin des règles précises. Le gouvernement, par voie de règlements, pouvait bien promouvoir l'utilisation de nouvelles technologies de l'information dans les contrats publics, mais le silence de la loi a permis aux sources de droit colombien d'affirmer que cette utilisation était limitée aux conventions de nature privée.

Les actes contractuels comme celui de la modification conventionnelle des contrats de l'État ne pouvaient donc s'en servir.

Bien que la loi-cadre pour l'utilisation des documents électroniques ait été adoptée depuis 1999, la modification conventionnelle et d'ailleurs l'ensemble des actes adoptés lors de la passation et au cours de l'exécution du contrat administratif, a dû attendre plusieurs années.

2. La forme électronique en matière de contrats administratifs

La première initiative du législateur pour promouvoir les moyens électroniques en matière des contrats administratifs, a été la loi 1150 de 2007 qui a réformé le statut général des contrats de l'État. L'article 3 de cette loi indique que « conformément à la Loi 527 de 1999, l'adoption et l'édiction des actes administratifs, ainsi que les documents, les contrats et en général tous les actes et les décisions rendues lors de la passation et l'exécution du contrat, peut se faire par voie électronique. La procédure, la notification et la publication de ces actes peuvent également se servir des moyens électroniques ».

Afin d'assurer la mise en œuvre de ces objectifs, le législateur a ordonné au gouvernement la création du Système électronique pour les contrats publics, SECOP, qui est soumis aux règles suivantes :

- a) Il doit disposer des fonctionnalités technologiques nécessaires pour permettre le déroulement des procédures de dévolution concurrentielle prévues par la loi pour la sélection du cocontractant.
- b) Il doit devenir le seul point de collecte d'information contractuelle de l'ensemble des organismes publics, ainsi que des particuliers cocontractants.
- c) Il doit consigner l'information officielle de l'ensemble des contrats financés par des ressources publiques.
- d) Il doit intégrer le Registre des Chambres de commerce, le Journal officiel des contrats administratifs et tous les autres systèmes constatant l'information des contrats publics¹²⁵¹.

¹²⁵¹ Voir l'article 3 de la loi 1150 de 2007.

Le gouvernement a édicté les décrets 066 et 2474 de 2008 en prévoyant une réglementation générale pour le déroulement des procédures de passation des contrats administratifs, mais a gardé le silence à l'égard des moyens électroniques. Les décrets n'ont fait qu'autoriser la publication de certains documents sur internet, sans se référer à la formation des actes juridiques par cette voie. Ils n'ont pas prévu non plus les règles pour la mise en œuvre du Système électronique pour les contrats publics, SECOP.

Les règles définitives sont venues avec le décret 734 de 2012 qui a abrogé les règlements précédents, prévoyant de nouvelles dispositions pour la passation des contrats administratifs et la formation d'actes contractuels. En plus, ce décret a envisagé la mise en œuvre du SECOP en deux étapes. Pendant la première (appelée étape informative) les organismes publics se servent du système électronique pour réaliser la publication des actes adoptés à l'occasion d'un contrat administratif et pendant la deuxième (appelée étape transactionnelle) le système sera habilité pour permettre la formation des décisions.

Le décret 734 de 2012 a reconnu également la validité des actes juridiques formés selon les règles du système. L'article 7.3.1 indique que « la formation et l'adoption des actes administratifs, ainsi que les documents, les contrats et, en général, tous les actes et les décisions rendus lors de la passation et l'exécution du contrat rendus par voie électronique, auront des effets juridiques pleins, validité et force probante à condition qu'ils remplissent les exigences de validité juridique et de force probante des messages de données conformément aux dispositions du chapitre II, partie I de la Loi 527 de 1999... ».

En ce qui concerne la signature des documents, l'article 7.3.2 du décret 734 de 2012 précise que les parties peuvent bien utiliser la signature numérique des instruments mais sur la base des règles de fonctionnement du SECOP.

Comme on le voit, la loi non seulement reconnaît l'utilisation des moyens électroniques en matière de contrats administratifs, mais aussi centralise la formation et l'adoption des décisions dans le système numérique SECOP. Cependant le décret du gouvernement est aussi récent et la mise en œuvre du système n'a pas été entamée.

À propos de la forme de la modification conventionnelle du contrat, il est clair que les règles générales concernant l'adoption d'actes juridiques lors de l'étape d'exécution deviendront applicables. À cet égard la loi 1150 de 2007 et le décret 734 de 2012 renvoient intégralement aux dispositions de la loi 527 de 1999 qui depuis une quinzaine d'années a reconnu la validité des actes contractuels adoptés par voie électronique.

Il nous semble que, dès le départ, l'adoption d'un acte juridique comme celui de la modification sous les conditions prévues par la loi 527 de 1999 était légale. Cependant, la soumission de l'ensemble des actes et des procédures à la mise en œuvre du système SECOP interdit, à l'heure actuelle, toutes les initiatives des parties en vue d'utiliser les moyens numériques. Il faudra attendre un temps relativement long pour constater le fonctionnement du système électronique et ainsi évaluer l'incidence qu'il a sur la passation des conventions de modification.

Pendant ce temps on ne peut que reprendre la solution fournie par la loi : l'écrit sous forme électronique est bien admis comme preuve de la modification contractuelle, au même titre que l'écrit sur support papier. La validité est cependant soumise à la détermination et à la compétence de la personne dont il émane. Les écrits électroniques ont par conséquent la même force probante que l'écrit sur support papier, bien que leur utilisation soit conditionnée à la mise en œuvre du système SECOP.

§2. LA COMPETENCE ET LA CAPACITÉ

En droit public, l'une des conditions pour qu'un acte juridique comme celui de la modification conventionnelle produise ses effets juridiques est que l'agent public soit compétent pour accomplir la décision, mais également que le particulier soit capable d'accomplir ce même acte.

Les règles sur la compétence et la délégation ont été abordées dans la section précédente. Les compétences territoriale¹²⁵² (*ratione loci*) et matérielle¹²⁵³ (*ratione materiae*), ainsi que les dispositions concernant la délégation, ont ici la même portée que pour l'adoption d'une modification unilatérale. Il n'y a pas lieu d'y revenir. La compétence temporelle (*ratione temporis*) mérite cependant une analyse particulière car le statut général des contrats n'a précisé aucune limite. Est-elle régie par les mêmes règles que la modification unilatérale ? Bien que la réponse s'avère positive plusieurs remarques nous semblent opportunes (A).

En plus, certaines conditions, rattachées à la capacité du cocontractant, sont également exigées (B)

A. La compétence temporelle

Il convient de rappeler d'abord la limite temporelle prévue par la loi 1508 de 2012 pour les « Partenariats Publics-Privés » qui conformément à l'article 2 de la loi, comprennent les contrats de concession d'ouvrage public. L'article 7 de la loi précise que les modifications conventionnelles, y compris les prolongations convenues lors de l'exécution du contrat, ne peuvent intervenir qu'après « les trois (3) premières années de son exécution et avant d'atteindre les trois premiers quarts (3/4) du délai initialement convenu dans le contrat ».

Les contrats de concession autres que ceux liés à la réalisation d'ouvrages publics, ainsi que les contrats d'ouvrage (marchés publics en France), sont soumis à la règle générale qui, d'ailleurs, n'est pas du tout claire, car le statut des contrats administratifs en vigueur a gardé le silence sur la limite temporelle de la compétence pour modifier de manière conventionnelle les contrats.

¹²⁵² La compétence territoriale désigne le ressort géographique sur lequel l'autorité administrative est habilitée à exercer ses attributions.

¹²⁵³ La compétence matérielle désigne les domaines dans lesquels une autorité est habilitée à prendre des décisions.

Le statut précédent a apporté un critère. L'alinéa final de l'article 58 du décret 222 de 1983 a précisé qu'« en aucun cas, l'objet des contrats ne pourra être modifié, ni son délai prolongé s'il avait déjà expiré ».

Bien que la norme ait été abrogée par la loi 80 de 1993, la disposition a continué à s'appliquer¹²⁵⁴. La norme s'est révélée toutefois imprécise car elle n'a pas indiqué s'il s'agissait du délai du contrat ou du délai d'exécution (1), ce qui dans chaque cas comportait des effets différents. La jurisprudence a finalement tranché la question : la limite temporelle est déterminée par le délai d'exécution (2).

1. Le délai du contrat et le délai d'exécution

Il faut remarquer d'abord que la fin des contrats passés par l'État colombien n'est pas déterminée par l'arrivée de la durée convenue auparavant. Le terme n'est pas extinctif¹²⁵⁵.

Après l'arrivée du délai d'exécution du contrat, la loi 80 de 1993 a prévu une « étape de liquidation » où les parties sont tenues de réaliser le décompte financier général. Si en droit public français le règlement du décompte général et définitif indique l'achèvement du contrat sur le plan financier¹²⁵⁶, en droit colombien il détermine l'extinction définitive de la relation contractuelle.

L'article 60 de la loi 80 de 1993¹²⁵⁷ indique que « les contrats à exécution successive, ceux où les obligations sont échelonnées dans le temps et tous les autres qui en auraient besoin, seront l'objet d'une liquidation ». L'article 11 de la loi 1150 de 2007 a précisé les délais de liquidation : « la liquidation des contrats sera faite d'un commun accord [entre les parties] dans le délai fixé par les cahiers de charges ou par le contrat. S'il n'existe pas de stipulation, la liquidation sera réalisée dans un

¹²⁵⁴ Voir par exemple, Conseil d'État, arrêts du 16 mars 1998, req. 11196 et du 18 septembre 2003, req. 15119.

¹²⁵⁵ Le terme extinctif met fin à l'engagement pour l'avenir.

¹²⁵⁶ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *op. cit.*, n° 1406.

¹²⁵⁷ Modifié par l'article 217 du décret extraordinaire 019 de 2012.

délai de quatre (4) mois suivants l'expiration du terme d'exécution ou l'édition de l'acte administratif de résiliation unilatérale.

(...)

Dans le cas où le cocontractant n'est pas présent ou lorsque les parties n'arrivent pas à un accord, l'entité aura la faculté de liquider le contrat de manière unilatérale dans un délai de deux (2) mois.

Si, à l'expiration du délai prévu, la liquidation n'a pas été réalisée, les parties d'un commun accord ou l'administration unilatéralement, ont la possibilité de décider la liquidation dans un délai de deux ans... ». Ce dernier alinéa se réfère au terme de liquidation judiciaire qui conformément à l'article 141 du Code de procédure administrative confère au juge la possibilité d'en trancher.

Sur la base de cette disposition, le Conseil d'État a considéré que « le contrat conclu par l'État a deux délais : d'une part celui prévu pour l'exécution et d'autre part, celui fixé pour la liquidation... L'extinction du contrat ne se produit que par la liquidation »¹²⁵⁸. D'autres arrêts soulignent également l'existence de plusieurs délais contractuels : « bien que dans la plupart des cas le délai du contrat coïncide avec le terme d'exécution des travaux... ce délai-là ne correspond pas vraiment à la période d'exécution des prestations, puisqu'à l'expiration de la durée les parties ne sont pas libérées des obligations. Elles ne le sont qu'à la toute fin du processus de liquidation du contrat »¹²⁵⁹.

La multiplicité des délais a permis également à la doctrine de suggérer la notion du « délai de validité du contrat » qui correspond au terme d'exécution plus la durée de l'étape de liquidation : la validité va de la date de passation du contrat « jusqu'au moment où l'acte de liquidation acquiert force exécutoire »¹²⁶⁰.

¹²⁵⁸ Voir par exemple, Conseil d'État, avis du 14 décembre 2000, req. 1293.

¹²⁵⁹ Conseil d'État, arrêt du 13 septembre 1999, req. 10264. Dans le même sens : Conseil d'État, arrêts du 17 juillet 2003, req. 24041 et du 4 décembre 2006, req. 15239.

¹²⁶⁰ L. Rico-Puerta, « Teoría General y Práctica de la Contratación Estatal » [*La théorie générale et la pratique des contrats de l'État*], 5^{ème} ed., Editorial Leyer, 2007, Bogota, p. 851.

Dans le même sens, Palacio-Hincapié affirme qu'il y a un « délai du contrat » qui expire lorsque les parties ou l'administration décident la liquidation¹²⁶¹.

Si les sources de droit administratif ont prévu plusieurs délais contractuels, la question se pose de savoir lequel d'entre eux détermine la limite temporelle pour modifier conventionnellement le contrat passé par l'État. La jurisprudence a résolu la question.

2. La solution jurisprudentielle

Le Conseil d'État s'est prononcé sur la passation des modifications dans deux cas : pendant l'étape de liquidation du contrat et ultérieurement au décompte financier général et définitif. Dans le premier cas il a estimé que l'acte de modification était entaché de nullité, tandis que dans le deuxième il a conclu son inexistence.

Sous l'empire du statut précédent, dont l'article 58 précisait qu'« en aucun cas, l'objet des contrats ne pourra être modifié, ni son délai prolongé s'il avait expiré », le Conseil d'État a considéré que la modification adoptée après l'expiration du délai d'exécution entraînait la nullité de l'acte : « il s'agit d'une interdiction prévue par une norme de droit public dont l'absence, conformément à l'article 302, alinéa 2 du Code fiscal du district spécial de Bogota, entraîne la nullité absolue. Par conséquent, si les contrats ont fait l'objet d'additions après l'expiration, les additions seront entachées de nullité absolue qui empêche d'ailleurs l'exécution des obligations administratives qui en découlent ; c'est-à-dire que l'organisme ne peut pas payer les sommes dues en raison des additions. Comme le Conseil d'État l'a bien souligné à maintes reprises, en l'absence d'autre recours juridique, l'action in rem verso peut assurer le versement du prix des travaux réalisés sur la base de l'addition illégale »¹²⁶².

Bien que l'avis porte sur l'application de l'article 58 du décret 222 de 1983, il nous semble que la solution est valable pour les contrats passés après la promulgation

¹²⁶¹ J-A Palacio-Hincapié, « La contratación de las entidades estatales » [*La passation de contrats des entités de l'État*], Librería Jurídica Sánchez R. Ltda., 2010, p. 286.

de la loi 80 de 1993. L'absence de litiges sur la possibilité de modification durant l'étape de liquidation ne dénature pas à notre avis la solution.

Récemment, le Ministère public a repris les conclusions du juge administratif pour affirmer la nullité : « même si les litiges liés au défaut de compétence sont rares, on a toujours estimé que les irrégularités ont une incidence sur la validité de l'acte et non pas sur son existence. Lorsqu'un agent public manque de compétence pour le faire [pour passer le contrat ou pour adopter un acte lors de l'exécution], l'acte naît juridiquement parlant et peut produire les effets juridiques pertinents jusqu'au moment où la nullité est prononcée... le défaut de compétence n'est pas une condition d'existence, mais de validité »¹²⁶³.

La modification décidée après la date de liquidation du contrat a par contre une incidence sur l'existence de l'acte. Le Conseil d'État s'est prononcé sur la légalité de l'« Addition au contrat d'ouvrage public n° 247-95 » passée le 29 avril 1996, compte tenu du fait que le décompte général et définitif a eu lieu le 28 février 1996, c'est-à-dire avant la conclusion de la modification. Le juge administratif a considéré qu'« une fois liquidé, il devient impossible d'ajouter au contrat »¹²⁶⁴. Le Conseil d'État reprend les termes de l'article 898 du Code de commerce (« sera inexistant l'acte juridique conclu sans les formalités substantielles exigées par la loi pour sa formation... comme lorsque l'un des éléments essentiels est absent »), pour conclure que la modification conventionnelle passée par les parties était « inexistante »¹²⁶⁵. L'accord des parties visant à modifier un contrat qui n'existe plus, conduit à l'inexistence de l'acte de modification.

Bien que la loi n'ait prévu aucune limite temporelle à la possibilité de modifier conventionnellement le contrat, la solution de la jurisprudence de prendre le délai d'exécution nous semble judicieuse. Elle est d'ailleurs conforme aux limites prévues par l'article 16 de la loi 80 de 1993 pour la modification unilatérale.

¹²⁶² Conseil d'État, avis du 26 mars 1987, req. 097.

¹²⁶³ Procureur troisième délégué devant le Conseil d'État, avis n° 157/03 du 19 janvier 2004.

¹²⁶⁴ Conseil d'État, arrêt du 18 février 2010, req. 15596.

¹²⁶⁵ Conseil d'État, arrêt du 18 février 2010, req. 15596.

Si le principe est par conséquent que le contrat n'est pas modifiable après l'expiration du terme d'exécution, les règles plus contraignantes de la modification des concessions s'avèrent opportunes pour les contrats passés pour la réalisation d'ouvrages publics. À notre avis, une prévision légale pour permettre une modification « uniquement... après les trois (3) premières années de son exécution et avant d'atteindre les trois premiers quarts (3/4) du délai initialement convenu dans le contrat » se révèle pertinent, car elle écarte l'improvisation.

B. La capacité du cocontractant

Comme G. Jèze l'a bien remarqué, « la compétence et la capacité sont des situations juridiques générales, impersonnelles, consistant dans le pouvoir légal de faire des actes juridiques »¹²⁶⁶.

Si un agent public n'est pas libre d'exercer ou de ne pas exercer sa compétence (il a le devoir d'exercer sa compétence toutes les fois que l'intérêt public l'exige¹²⁶⁷), un particulier est toujours libre d'exercer ou de ne pas exercer sa capacité ; il n'a d'autre guide que son intérêt personnel. Pour que le contrat soit valable il faut non seulement que l'agent public soit compétent, mais aussi que le cocontractant soit capable d'exprimer sa volonté, son consentement. Tel n'est pas le cas s'il fait l'objet d'une mesure d'incapacité.

Les règles de capacité du cocontractant sont données d'abord par le Code civil qui s'applique en raison du renvoi prévu par l'article 13 de la loi 80 de 1993¹²⁶⁸. L'article 6 de la loi, relatif à la capacité contractuelle, précise que « les personnes capables selon les dispositions en vigueur peuvent s'engager à la passation des

¹²⁶⁶ G. Jèze, *Essai de théorie générale de compétence pour l'accomplissement des actes juridiques en droit public français, étude. préc.* p. 58.

¹²⁶⁷ « Parfois même, la loi décide que, lorsque telle et telle condition de fait sera remplie, l'agent public devra accomplir un certain acte dans un certain sens, quelle que soit son opinion personnelle sur l'opportunité de l'acte ». Voir : G. Jèze, *ibidem*, p. 58.

¹²⁶⁸ Les contrats administratifs « seront régis par les normes commerciales et civiles correspondantes, sauf dans les matières particulièrement réglées par cette loi » (loi 80 de 1993).

contrats de l'État. Les consortiums et les unions temporelles¹²⁶⁹ peuvent également conclure des contrats ».

Les dispositions en vigueur sont celles du droit commun. En vertu de l'article 1503 du Code civil, toute personne peut contracter si elle n'en est pas déclarée incapable par la loi. La capacité est donc la règle et l'incapacité est l'exception. Seul le législateur peut créer de cas d'incapacité ; l'administration n'en a jamais le pouvoir. Comme les auteurs du traité des contrats administratifs l'ont bien souligné, si la personne publique « a la faculté d'exclure de ses marchés certains particuliers... ces exclusions n'ont pas la signification juridique de création d'incapacités proprement dites »¹²⁷⁰.

Lorsque le contrat est conclu avec une personne morale de droit privé, on est tenu d'examiner notamment si la société est régulièrement constituée et valablement représentée selon les règles de droit privé. Rappelons-nous les personnes morales contractent par l'intermédiaire de leurs représentants.

À propos de l'article 6 de la loi 80 de 1993 cité auparavant une autre remarque s'impose. En plus des personnes dont la capacité est reconnue par le droit commun, il crée la figure des consortiums et des unions temporelles qui se rapprochent des groupements d'intérêt économique du droit public français¹²⁷¹. Les consortiums et les unions temporelles sont des groupements d'entreprises juridiquement indépendantes, réunissant des moyens financiers ou matériels sous une seule direction, en vue d'exécuter en commun les prestations qui découlent du contrat¹²⁷². Si le cocontractant adopte l'une de ces natures spéciales, la régularité de la constitution, aussi bien que la validité de la représentation s'imposent en tout état de cause.

Bien que ces dispositions portent sur la conclusion du contrat, le principe du parallélisme nous permet d'affirmer que la modification conventionnelle du contrat

¹²⁶⁹ Groupements d'intérêt économique en France.

¹²⁷⁰ A. de Laubadère, F. Moderne, P. Delvolvé, *op. cit.*, t.II, n° 500.

¹²⁷¹ Les groupements d'intérêt économique ont été institués par l'ordonnance du 23 septembre 1967, qui est aujourd'hui intégrée dans le Code de commerce aux articles L. 251-1 et suivants.

¹²⁷² Voir : Cour Constitutionnelle, arrêt C-949 du 5 septembre 2001. Voir également : arrêts C-414 du 22 septembre 1994 et D-3277 du 5 septembre 2001.

est conforme à la loi lorsqu'elle est passée par le représentant de la personne morale ou, le cas échéant, du consortium ou de l'union temporelle. La condition de capacité est remplie dans ce cas lorsqu'il existe une habilitation du représentant pour engager la volonté et la responsabilité de la personne morale ou groupement d'entreprises.

La loi 80 de 1993 apporte un régime d'« incapacités » des offrants qui va au-delà de la généralité de la règle de désintéressement de l'article 25 de la loi n°83-634 du 13 juillet 1983 du droit public français. Comme nous le verrons, ce régime a une incidence sur la capacité du cocontractant lors de la passation de l'acte de modification conventionnelle du contrat.

Le législateur colombien a prévu des cas où la passation du contrat est interdite en raison du manque d'impartialité. La Cour Constitutionnelle a estimé que ce régime d'incapacités « a exclu certaines catégories de personnes du procédé contractuel, en prévoyant des incapacités spéciales, des interdictions et des prohibitions de nature très variée »¹²⁷³. La liste est longue. L'article 8 du statut des contrats administratifs prescrit l'incapacité : des personnes qui ont subi une mesure de déchéance, des agents publics, des conjoints et des personnes au deuxième degré de consanguinité ou d'affinité avec le représentant de l'organisme public, des anciens membres du conseil de la personne publique contractante, parmi beaucoup d'autres.

Le régime d'incapacités se révèle important à l'égard de la modification du contrat, car l'article 9 de la loi 80 de 1993 se réfère aux cas où l'incapacité apparaît après la passation du contrat : si, lors de l'exécution, une cause d'incapacité apparaît, le cocontractant « est tenu de céder le contrat sous l'autorisation écrite de la personne contractante ou, si cela n'est pas possible, est obligé à renoncer à l'exécution ».

Bien que le cocontractant soit tenu d'informer immédiatement l'organisme public de la nouvelle situation d'incapacité, ce qui arrive en pratique c'est que les conventions passées lors de l'exécution sont l'opportunité pour vérifier si une cause d'incapacité est apparue postérieurement à la conclusion du contrat. La passation des

¹²⁷³ Cour Constitutionnelle, arrêt C-415 du 22 septembre 1994. Voir également : arrêts C-489 du 26 septembre 1996 ; C-415 du 22 septembre 1996 et C-178 du 29 avril 1996.

actes conventionnels permet à l'administration de constater la capacité du cocontractant, c'est pourquoi les conditions de capacité de l'entreprise et du représentant sont aussi importantes dans le cas de la modification.

Jusqu'ici, nous avons traité les limites de forme et de compétence et de capacités des auteurs de l'acte de modification conventionnelle qui malheureusement sont les seules prévues par la loi.

SECTION 2 : LES CONDITIONS OUBLIÉES

Il ne fait pas de doute que lors de l'exécution du contrat, existe l'obligation de préserver les conditions initiales de la mise en concurrence¹²⁷⁴ car ce n'est qu'ainsi qu'on peut assurer le respect des principes d'égalité (article 13 de la Constitution de 1991), de transparence, de moralité et d'efficacité (articles 209 de la Constitution et 24 du statut général des contrats administratifs)¹²⁷⁵. Comme on l'a vu, ces conditions initiales ne sont pas respectées lorsqu'un acte de modification change l'objet convenu ou dénature l'essence du contrat originel. Il en va de même pour le bouleversement de l'économie générale du contrat.

Bien que l'interdiction explicite de ces pratiques contribue certes à la préservation des conditions initiales de la mise en concurrence, le travail de législateur ne peut pas se borner aux limites matérielles. Les limites formelles s'avèrent également importantes à cet égard. Tel est le cas des autorisations préalables (§1) et de l'obligation d'exprimer les motifs de l'acte conventionnel de modification (§2), qui ont été oubliés par les sources de droit administratif colombien.

¹²⁷⁴ Cette exigence ne signifie pas que la modification soit soumise à une nouvelle procédure de publicité et de mise en concurrence, car il s'agit, répétons-le, d'une modification et non pas de la conclusion d'un nouveau contrat.

§1. LES AUTORISATIONS PRÉALABLES

La seule autorisation exigée pour la passation d'une convention de modification est celle relative à l'engagement budgétaire¹²⁷⁶, qui évidemment n'est exigée que lorsque la modification comporte une obligation pécuniaire (par exemple dans le cas de l'exécution de travaux supplémentaires). Elle a été abordée à propos de la modification unilatérale, il n'y a pas lieu de revenir. Peut-être la seule remarque qui s'impose est liée au fondement juridique de cette formalité. L'obligation d'obtenir préalablement à la passation de l'acte conventionnel le « registre budgétaire » découle de l'article 71 du décret 111 de 1996 portant statut général du budget. L'absence de cette formalité a une incidence sur la validité de l'acte¹²⁷⁷ non pas sur son existence, ainsi qu'il arrive dans la modification unilatérale. L'ensemble des règles sont celles traitées à l'égard des instruments unilatéraux, c'est pourquoi nous renvoyons au chapitre précédent.

En dehors des exigences budgétaires, qui ne sont pas vraiment des formalités administratives, mais financières, la modification conventionnelle du contrat manque d'un régime d'autorisations. Les règles du droit public français peuvent servir de référence au législateur colombien (**A**), pour créer une réglementation (**B**) assurant la préservation des conditions de mise en concurrence.

A. Les autorisations préalables en droit français

Sous l'empire du Code des marchés publics de 2001, le projet de contrat et par suite d'avenant, était nécessairement soumis à l'avis d'une commission spécialisée. En vertu de l'article 77 de ce code « lorsqu'ils relèvent de la compétence d'une

¹²⁷⁵ Voir p. ex. : Cour Constitutionnelle, arrêt C-815 du 2 août 2001.

¹²⁷⁶ L'alinéa 13 de l'article 25 de la loi 80 de 1993 précise que « Les autorités sont tenues de constituer les engagements budgétaires exigés ».

¹²⁷⁷ P. Ricci, « El régimen jurídico de los contratos estatales » [*Le régime juridique des contrats de l'État*], Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005. Voir également : J-L Benavides, *op. cit.* et J. Santofimio-Gamboa, *op. cit.* p. 160.

commission spécialisée des marchés, les marchés et avenants passés par l'État ne peuvent être signés ni notifiés avant d'avoir été transmis à cette commission et avant que celle-ci ait rendu son avis ». L'article 75 CMP 2001 exigeait, en outre, que l'avenant devait être accompagné d'un rapport de présentation exposant notamment son économie générale. Cette consultation obligatoire a cependant été supprimée par le décret du 7 mars 2004 et l'obligation de rédiger un rapport de présentation de l'avenant a, elle, été supprimée par le Code des marchés publics de 2006.

Pour les contrats des collectivités territoriales en revanche, la conclusion d'un contrat et par suite d'un avenant est nécessairement soumise à l'obligation d'obtention d'une autorisation préalable de l'assemblée délibérante, à défaut de laquelle l'acte est entaché d'une nullité. H. Hoepffner souligne que même si pour les marchés publics cette obligation n'est pas prévue par le Code des marchés publics « elle trouve son fondement dans l'article 49-1 de la loi n°93-122 du 29 janv. 1993 instauré par l'article 8 de la loi n°95-127 du 8 févr. 1995 »¹²⁷⁸.

Dans ces hypothèses, l'organe compétent ne procède plus à une simple consultation préalable mais il partage sa compétence avec l'assemblée délibérante : le conseil municipal pour les communes (art. 2121-2 CGCT), le conseil général pour les départements (3211-1 CGCT), le conseil régional pour les régions (4221-1 CGCT), etc.

L'assemblée délibérante est amenée à statuer sur l'avenant s'il s'agit d'une procédure formalisée ou si l'exécutif n'a pas reçu de délégation de cette assemblée¹²⁷⁹.

Certains des avenants aux marchés publics et aux délégations de service publics doivent en outre être soumis à l'avis préalable de la commission d'appel d'offres. L'article 8 de la loi n° 95-127 du 8 février 1995 qui a modifié la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, indique que « tout projet d'avenant

¹²⁷⁸ H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 307, cite n° 205.

à un marché de travaux, de fournitures ou de services entraînant une augmentation du montant global supérieure à 5 % est soumis pour avis à la commission d'appel d'offres ou à la commission visée à l'article 43. L'assemblée délibérante qui statue sur le projet d'avenant est préalablement informée de cet avis ».

La doctrine remarque que cette procédure d'alerte répond à un double objectif. Elle vise, d'une part, à assurer la transparence de la passation des avenants en invitant les commissions spécialisées à se prononcer préalablement sur l'opportunité de toute modification envisagée. Elle constitue, d'autre part, une forte incitation à procéder à une meilleure analyse des besoins avant la conclusion du contrat. Elle ne permet cependant pas de préjuger de la légalité au fond de l'avenant : « le législateur n'a manifestement pas entendu lier la régularité de l'avenant à un pourcentage du montant initial du marché, mais voulu éviter les dérives en incitant les acheteurs à une meilleure analyse de leurs besoins et associer les élus aux actes qui viennent amodier leurs décisions initiales »¹²⁸⁰.

Cette procédure n'en constitue pas moins une condition de validité de l'avenant. La jurisprudence a en effet eu l'occasion de préciser que l'absence d'avis préalable de la commission d'appel d'offres entachait l'avenant d'illégalité¹²⁸¹. Le juge administratif a en outre précisé que cet avis devait non seulement intervenir « avant le commencement de l'exécution du contrat, mais qu'il devait en outre être transmis, avec le projet d'avenant, à l'assemblée délibérante avant que celle-ci n'autorise la conclusion de l'avenant »¹²⁸².

L'état actuel du droit français révèle qu'un projet d'avenant reste subordonné à la double nécessité de soumettre cet avenant à l'assemblée délibérante et à l'examen pour avis de la commission d'appel d'offres ; « la consultation de la commission

¹²⁷⁹ Voir p. ex : article L2122-22-4° du Code général des collectivités territoriales, pour les communes.

¹²⁸⁰ Rép. m. 25 déc. 1995, Rev. Trés. n° 3-4, mars-avr. 1996, p. 202, cité par H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 312.

¹²⁸¹ Voir p. ex. : TA Strasbourg, 26 sept. 2000, *Préfet de la Moselle c. District rural de Cattenom Sté. Edmond Schnitzler*, CI/S MP 2001, comm. 10, cite par H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 312.

¹²⁸² H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 312.

d'appel d'offres et celle de l'assemblée délibérante constituent deux obligations distinctes et cumulatives »¹²⁸³.

La solution du droit administratif français, qui a servi plusieurs fois de modèle pour la création de normes en droit colombien, spécialement en matière des contrats passés par l'État, peut être à la base d'une future réforme de la loi des contrats

B. La solution du droit colombien

La loi 80 de 1993 n'a prévu aucune autorisation préalable pour la conclusion des contrats administratifs et encore moins pour la passation de actes de modification conventionnelle du contrat. Les décrets 150 de 1976 et 222 de 1983 portant statuts précédents, sont restés également muettes sur le sujet des autorisations.

La loi 1150 de 2007 qui a réformé plusieurs aspects du droit des contrats administratifs, a créé pour la première fois une formalité dans ce sens. Selon l'article 28 de la loi, relatif à la prorogation des concessions d'ouvrages publics, « dans les contrats de concession d'ouvrage public, il pourra y avoir une prolongation ou une addition allant jusqu'à soixante pour cent (60%) de la durée initiale indépendamment du montant de l'investissement, à condition qu'il s'agisse d'ouvrages additionnels directement liés à l'objet de la concession, ou lorsque cela est nécessaire pour assurer la récupération des investissements... Dans les concessions routières, la convention devra porter sur le même couloir routier. Toute prorogation ou addition des contrats de concession d'ouvrage public a besoin d'un avis préalable et favorable du Conseil national de politique économique et sociale, CONPES ».

Pendant plusieurs années, le CONPES s'est prononcé sur la possibilité de modifier les contrats visés par la norme¹²⁸⁴. Pourtant l'avis préalable du Conseil fut

¹²⁸³ H. Hoepffner, *Ibidem*, p. 312.

¹²⁸⁴ Voir par exemple, les Documents CONPES n° 3562 du décembre 2008 relatif à la prorogation de six contrats de concession, n° 3584 du avril 2009 relatif à la prorogation de la concession routière « Route du Caraïbe » et « Cordoba – Sucre », n° 3606 du septembre 2009 relatif au réseau ferroviaire

abrogé par la loi 1508 de 2012 qui a prévu un nouveau régime pour les « Partenariats Publiques-Privées »¹²⁸⁵ qui conformément à l'article 2 de la loi, comprennent les contrats de concession d'ouvrage public.

Bien que l'article 28 de la loi 1150 de 2007 ne visât que les contrats de concession d'ouvrage public, l'exigence de l'avis préalable s'avérait à notre avis opportun pour contrôler dans les contrats les plus importants du pays, le contenu, les formalités et la validité des raisons qui conduisaient les parties à convenir de la modification. L'abrogation de la norme nous a ramené une nouvelle fois dans la situation de l'absence de réglementation.

La norme de la loi 1508 de 2012 qui a remplacé la disposition abrogée, a certes une portée réduite. En ce qui concerne la durée des contrats de concessions ou, plus généralement, des partenariats publiques-privées, l'article 6 prescrit que les contrats « auront un délai maximum de trente (30) ans, y compris les prolongations ». La loi précise ensuite, que si lors de la procédure de mise en concurrence, l'administration estime qu'un délai plus long est nécessaire pour assurer la réalisation du projet, un avis préalable du Conseil national de politique économique et sociale, CONPES, est exigé pour la passation du contrat. La disposition a éliminé l'exigence de l'avis lors de l'exécution du contrat, c'est-à-dire que la modification contractuelle convenue par les parties n'a besoin d'aucune autorisation.

À notre avis, l'article 28 de la loi 1150 de 2007 a marqué un progrès essentiel pour contrôler la validité des conventions passées lors de l'exécution du contrat. Il semblait que le législateur allait s'engager dans un travail de transposition de ces

de l'Atlantique et n° 3632 du décembre 2009 relatif à la concession routière « Bosa – Granada – Girardot » et « Pereira – La victoria », parmi d'autres.

¹²⁸⁵ L'article 3 de la loi 1508 de 2012, relatif au domaine d'application, précise que « la loi est applicable à l'ensemble des contrats dans lesquels un investisseur privé soit en charge de la conception et de la construction d'une infrastructure... ou de la construction, la réparation, l'amélioration ou l'équipement, activités qui doivent impliquer la gestion et l'entretien de cette infrastructure.

Elle pourra également porter sur l'infrastructure pour la gestion des services publics.

règles aux marchés publics, mais il a décidé finalement de renoncer aux avis et autorisations préalables en tout état de cause.

Au début de cette section, on a remarqué l'importance de ces formalités pour assurer la préservation des conditions initiales de la mise en concurrence. C'est sur cette base que les règles du droit français à cet égard ont été prévues¹²⁸⁶. Cependant le droit administratif colombien souffre de l'absence de ces limites formelles.

§2. L'OBLIGATION D'EXPRIMER LES MOTIFS

Une autre condition oubliée en droit colombien est celle de la manifestation explicite des motifs lors de la passation d'une convention de modification.

Si à propos de la modification unilatérale du contrat, l'article 16 de la loi 80 de 1993 prévoit l'obligation d'exprimer les motifs de l'acte, une telle exigence n'existe pas à l'égard de la modification conventionnelle, c'est pourquoi, nous devons conclure que les parties ne sont jamais tenues de manifester les raisons de la décision.

Pourtant, la manifestation se révèle au moins recommandable. Elle garantit la transparence, l'exercice des droits de la défense et peut même éviter les détournements de pouvoir lors de la passation des avenants.

Pour le Conseil d'État, la transparence évite que les agents publics abusent de l'exercice des pouvoirs qui leur sont attribués¹²⁸⁷. L'action des organismes publics ne peut pas être occulte. Une décision de la Cour Suprême de justice est souvent reprise

Dans ces contrats, l'activité sera rétribuée le droit à l'exploitation économique de cette infrastructure ou du service... durant la durée convenue, avec des apports de capital de l'État lorsque la nature du projet l'exige ».

¹²⁸⁶ Voir : H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 311.

¹²⁸⁷ Conseil d'État, arrêts du 14 avril 2005, req. 01577 ; 8 juin 2006, req. 15005 ; 3 mai 2007, req. 16209 ; 29 août 2007, req. 15469 ; 4 juin 2008, req. 17783 ; 25 février 2009, req. 15797 ; 31 janvier 2011, req. 17767 et ordonnances du 2 août 2006, req. 30141 ; 29 janvier 2009, req. 14941 ; 1 avril 2009, req. 36476 ; 18 mars 2010, req. 17756.

par la jurisprudence administrative : « à travers la transparence, on garantit l'égalité et l'exercice du pouvoir soumis à l'équité et à la publicité (...). Transparence veut dire, clarté, diaphanéité, netteté, pureté et translucidité. Cela signifie que quelque chose doit être visible, peut être vu, pour éviter l'obscurité, l'opacité, le nuageux et le brumeux. Ainsi, l'action administrative, en particulier le rapport contractuel, doit être claire, lisse et cristalline »¹²⁸⁸.

À propos de l'obligation de motivation des actes administratifs, la Cour Constitutionnelle a fait quelques remarques qui nous semblent transposables aux actes contractuels de nature conventionnelle. La manifestation des motifs assure le respect des droits de la défense¹²⁸⁹ puisqu'elle permet de connaître l'analyse des causes qui ont donné lieu à l'adoption de l'acte. Si les raisons sont explicites, le contrôle de légalité sur le contenu de l'acte peut se réaliser aisément. La motivation est en dernier ressort une garantie pour les administrés.

Finalement, il nous semble que la manifestation des motifs peut contribuer à éviter les détournements de pouvoirs. En admettant que la théorie du détournement de pouvoir ne soit pas limitée dans ses applications aux actes unilatéraux, il apparaît qu'elle ne peut viser que la volonté de l'administration, le fait pour une autorité administrative de détourner de son but légal une compétence conférée, bien qu'il s'agisse d'un acte contractuel dont la volonté d'un particulier fait également partie.

Si les raisons ouvrant la possibilité aux parties de modifier conventionnellement un contrat sont encore un motif de discord, il nous semble que l'absence d'une obligation légale de manifester ces raisons lors de la passation de la convention aggrave la situation.

Il ne s'agit pas d'une formalité sans importance. Elle garantit la publicité des motifs qui ont été à la base de la décision. Le contrôle de légalité des actes contractuels peut se bénéficier de la manifestation des motifs. Cependant, lorsqu'elle

¹²⁸⁸ Cour Suprême de justice, arrêt du 10 juillet 2001, req. 13681

¹²⁸⁹ Cour Constitutionnelle, arrêt C-949 du 5 septembre 2001.

est laissée à la discrétion des parties, les raisons occultes, clandestines, dissimulées, éloignées de la prévalence de l'intérêt public vont faire leur apparition.

Bien qu'il s'agisse d'un instrument unilatéral ou conventionnel, l'obligation de motivation doit être la même : les auteurs doivent exposer clairement les raisons de fait et de droit qui ont conduit à prendre la décision ainsi que le raisonnement permettant de faire le lien entre ces raisons et la décision prise. Les considérations de fait qui justifient la décision doivent être précises et exactes.

Pourtant, répétons-le, l'absence d'obligation en ce qui concerne la modification conventionnelle signifie que la manifestation explicite des motifs est facultative. Il n'y a pas vraiment de formalité ayant une incidence sur la validité de l'acte. Les parties sont libres d'en choisir. L'obligation de motivation est ici l'une des formalités oubliées par le législateur.

CONCLUSION DU TITRE II

Les limites formelles ne se réduisent pas à la forme de l'acte. La forme a une notion large qui vise à l'ensemble des conditions externes de l'acte¹²⁹⁰ (qu'on a appelé « formalité ») et non seulement à la manière dont la volonté est manifestée par l'auteur : par écrit, verbalement, explicitement, implicitement, etc. La motivation, voire la procédure de formation de l'acte, font partie de cette notion large.

L'étude des limites formelles nous a conduit à identifier l'ensemble des règles qui définissent la manière de procéder pour aboutir à un acte de modification conforme au droit.

La modification unilatérale se révèle contraignante car elle suit les règles générales prévues pour l'édition des actes administratifs. La personne publique est

tenue de prendre des décisions écrites, motivées et signées par un agent compétent. En outre, l'acte administratif a besoin d'une autorisation budgétaire lorsque la modification a une incidence économique. La loi 80 de 1993 précise que la modification unilatérale est subsidiaire aux instruments conventionnels, c'est pourquoi, l'administration est obligée de prouver que l'accord des parties n'a pas été possible.

Seules les autorisations et les conditions relatives à la compétence sont libres de controverse. Le statut général des contrats administratifs semble autoriser la modification implicite du contrat, ce qui remet en cause non seulement la nature explicite de la décision, mais aussi l'exigence d'un document écrit. L'obligation de manifester les motifs qui ont poussé l'administration à modifier le contrat est également contestée.

Le désaccord du cocontractant en tant que condition préalable pour adopter l'acte unilatéral lorsque la décision entraîne un changement de plus du vingt pour cent du prix initial, est peut-être la formalité la plus étrange, en plus d'être la plus ignorée. L'administration est tenue de prouver le désaccord du cocontractant en vue de passer une modification conventionnelle, mais en même temps l'accord de celui-ci pour exécuter les prestations modifiées par la décision administrative. L'obtention de ces manifestations du cocontractant se révèle problématique, sinon contradictoire.

Il convient de souligner que la nature subsidiaire, ou plutôt exceptionnelle, des instruments unilatéraux est à l'heure actuelle ignorée. Le but de la modification unilatérale est de permettre à l'administration d'assurer la bonne gestion des services publics lorsque le cocontractant est réticent à l'adaptation des prestations. À défaut d'accord, l'organisme public a la possibilité d'en agir. Pourtant, la modification unilatérale est devenue un instrument pour dépasser de manière valide les limites prévues pour les mécanismes conventionnels. Tel est notamment le cas lorsque les parties ont convenu l'augmentation de la valeur jusqu'au plafond de cinquante pour

¹²⁹⁰ A. Bohórquez, *op. cit.*, p. 36. Voir également : Cour Constitutionnelle, arrêt C-029 du 2 février 1995.

cent du prix initial du contrat. La modification unilatérale, n'ayant pas de limite économique, est souvent utilisée pour continuer à modifier le contrat. Bien que cette pratique nous semble regrettable, elle est certes conforme aux dispositions de la loi.

Les limites formelles de la modification conventionnelle sont moins exigeantes. À nouveau, les règles de compétence et des autorisations budgétaires s'avèrent claires et précises. Toutefois, la convention de modification n'a pas plus de conditions. La jurisprudence administrative semble admettre l'accord implicite des parties, ainsi que les modifications sans support écrit. En outre, la loi n'exige pas une motivation de la convention ce qu'à notre avis, a de graves incidences sur le contrôle de légalité des conventions.

L'évolution historique du droit a conduit à l'abandon progressif des formalités. Les rites et les cérémonies ont certes perdu la valeur symbolique et l'importance qu'elles ont eues à l'origine¹²⁹¹. Les juristes contemporains remarquent même que le trait caractéristique des droits archaïques est la prédominance des formes sur le contenu et la substance des actes¹²⁹². Le droit moderne, en revanche, préconise la réduction des formes qui n'offrent aucune garantie aux intéressés.

Le droit des contrats administratifs a évolué en Colombie de cette manière, mais l'on en arrive au point où presque l'ensemble des formes a disparu. Le législateur et le juge administratif semblent avoir oublié que les limites formelles sont un complément nécessaire des limites matérielles de la modification. Sans doute, les deux contribuent à éviter que les parties (s'il s'agit d'un acte conventionnel) ou la personne publique contractante (lorsqu'elle décide d'édicter un acte administratif), abusent des pouvoirs conférés par la loi pour aménager le contrat. Il ne suffit pas de créer de normes interdisant la modification de la substance du contrat initial, ou la dénaturation de l'objet ou le bouleversement de l'économie générale du contrat ; les formalités peuvent assurer le respect de ces limites et c'est pour cela qu'elles deviennent aussi importantes, voire indispensables.

¹²⁹¹ C. Palao-Taboada, *étude préc.*, p. 12.

¹²⁹² C. Palao-Taboada, *Ibidem*, p. 14.

En droit administratif français, « dans le souci de préserver les conditions initiales de la mise en concurrence, le législateur a conditionné la régularité de la formation de l'avenant à des conditions formelles »¹²⁹³. Les règles relatives aux avis et autorisations préalables en sont la preuve. En droit colombien par contre, il n'y a aucune disposition à cet égard ; l'agent compétent et le cocontractant peuvent convenir par exemple le changement d'objet du contrat et il n'y a aucun instrument administratif permettant le contrôle de la décision. Il faudra attendre plusieurs années, voire des décennies, pour que le juge se prononce sur la légalité de l'acte qui dès le début se révélait illégal.

Les limites formelles sont un instrument essentiel pour assurer à l'avance, c'est-à-dire préalablement à l'adoption de l'acte, le respect des règles de la modification des contrats administratifs. Les limites au contenu de la modification sont insuffisantes si elles ne sont pas accompagnées de certaines formalités empêchant leur méconnaissance.

L'un des apports les plus importants de la loi 80 de 1993 a été l'abandon de l'excès de formalités lors de la procédure de dévolution concurrentielle et l'exécution du contrat. Toutefois, on est arrivé à une telle extrémité dans la suppression des conditions formelles qu'il semble que la modification parmi d'autres matières, ne soit soumise qu'aux règles de droit commun. L'exécution est à l'heure actuelle tellement libre que le droit administratif ne semble concerner que la passation des contrats.

¹²⁹³ H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 311.

CONCLUSION GÉNÉRALE

À l'issue d'une recherche sur la modification des contrats administratifs en droit colombien une question s'impose : peut-on conclure ? La réponse n'est pas aisée car la plupart des règles concernant les contrats passés par l'État sont encore en évolution. Une conclusion peut être cependant présentée en deux temps : une première approche serait d'indiquer les points d'arrivée de nos réflexions, un inventaire des constats et des propositions réalisés tout au long de cette recherche ; une deuxième nous permettra de marquer les défis que la modification des contrats administratifs propose pour l'avenir.

Il fallait d'abord définir la modification des contrats administratifs, démarche qui nous a révélé une grande quantité de notions floues. Si la modification unilatérale du contrat, soumise aux règles prévues pour l'édition des actes administratifs, est une notion plus ou moins précise, la modification conventionnelle se révèle comme une figure sans contours. La loi et spécialement la jurisprudence font référence à toute une série d'instruments dont la notion est incertaine. On a du mal à comprendre ce qui se passe lorsque les parties décident la conclusion d'une addition, d'un contrat additionnel, d'un ajout, d'une convention de modification, voire d'un contrat modificatif.

L'étude des limites nous a permis pour sa part de constater la ligne fine qui sépare la modification de la passation d'un nouveau contrat : « contrairement aux apparences, adapter le contrat, c'est sauvegarder la stabilité en le faisant échapper à l'anéantissement »¹²⁹⁴. L'analyse de la jurisprudence française nous a permis de

¹²⁹⁴ J-P Delmas Saint-Hilaire, « L'adaptation du contrat aux circonstances économiques », Paul Durand (dir.), *La tendance à la stabilité du rapport contractuel*. Études de droit privé, Paris, LGDJ, 1960, p. 189.

dégager les critères pour aborder l'étude des limites. La modification ne peut pas changer l'objet du contrat, sa « substance », son « essence », ni entraîner le bouleversement de l'économie générale du contrat. Certains auteurs ont contesté la validité de cette approche : « il est indéniable que les limites ainsi fixées au pouvoir de modification manquent de précision. La notion de bouleversement de l'économie du contrat tout comme celle d'atteinte à sa substance sont laissées à la discrétion du juge qui en fixe le contenu en toute liberté »¹²⁹⁵, mais bien qu'imprécises, il nous semble que ces notions permettent le contrôle de la légalité des actes juridiques.

En droit colombien, par contre, il n'existe pas de critères. L'interdiction de la substitution d'objet est parfois suggérée par le juge administratif, mais d'autres fois cette substitution est admise par les décisions du Conseil d'État. Le bouleversement de l'économie générale du contrat, pour sa part, n'a été jamais traité par le juge en raison d'un seuil économique précis fixé par la loi, qui malgré cela est fréquemment dépassé.

Enfin on a abordé les limites formelles de la modification. Les règles du droit colombien se sont révélées faibles et rares. Le législateur et le juge administratif semblent avoir oublié qu'il s'agit d'instruments pour assurer la préservation des conditions initiales de mise en concurrence, en plus de garantir le respect des limites matérielles.

Certainement, les problèmes de la notion et les limites de la modification posent de grands défis. Le premier d'entre eux est l'indépendance par rapport au droit privé que devra accomplir le droit applicable à la modification. Il est clair que cette démarche « ne saurait... être fondée sur les seuls principes tirés du Code civil »¹²⁹⁶, mais actuellement il semble que les règles de la modification ne proviennent que des sources de droit commun.

La loi 80 de 1993 a reconnu une place prépondérante à la liberté contractuelle, mais cela a créé une grande incertitude par rapport au droit applicable à certaines

¹²⁹⁵ F. Llorens, *op. cit.*, p. 266.

¹²⁹⁶ H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 3.

figures, car le juge administratif et encore plus les parties, ont de difficultés pour déterminer à partir de quel moment la liberté doit céder devant les principes de droit public. Le principe de légalité est, aujourd'hui, perdu dans des limbes d'incertitude parce que les autorités publiques (soumises aux règles strictes de compétence fixées par la loi), semblent agir en matière des contrats comme si elles étaient des particuliers. Les limites de l'action de l'administration ne sont plus marquées par les règles de compétence mais par la liberté étendue reconnue aux administrés. Il est indiscutable que non seulement la modification, mais l'ensemble des décisions adoptées lors de l'exécution d'un contrat administratif sont soumises aux limites de la légalité¹²⁹⁷. Conformément aux articles 6 et 121 de la Constitution de 1991, les agents publics ne peuvent exercer que les fonctions qui leur sont expressément confiées par la Constitution et par la loi¹²⁹⁸. Le droit des contrats administratif est un cas spécial car les limites ne sont pas données par des règles précises, mais par des principes qui orientent l'action des autorités. Certes, le respect de ces principes s'impose strictement.

Toutefois, l'un des constants faits par cette étude est le mépris des principes. Ils se révèlent insuffisants pour diriger la formation et l'adoption d'actes juridiques lors de l'exécution du contrat. On peut prendre l'exemple du plafond financier de cinquante pour cent prévu par l'article 40 de la loi 80 de 1993. Bien que la limite économique soit précise, cela ne veut pas dire que la modification ne soit également soumise à d'autres dispositions. La modification sera toujours tenue de respecter les principes de concurrence, de transparence, de publicité, de moralité, d'efficacité et l'ensemble des principes prévus par la Constitution et la loi. C'est pour cela qu'une modification unilatérale qui décide l'augmentation du prix lorsque les parties ont déjà atteint le plafond légal est une violation des principes bien que les règles précises ne semblent pas être violées. Tel est également le cas de l'interdiction du remplacement d'objet et de la dénaturation du contrat qui n'est prévue par aucune disposition légale. Il est clair qu'elle découle des principes de transparence, concurrence, etc. mais l'absence de règle est souvent vue comme une permission pour agir.

¹²⁹⁷ Conseil d'État, arrêt du 3 décembre 2007, req. 24715.

¹²⁹⁸ Voir : Conseil d'État, arrêt du 20 octobre 2005, req. 14579.

« Le contrat qui est chose vivante ne peut être absolument rigide. Vivre, c'est transformer en restant dans une certaine direction générale »¹²⁹⁹ ; le contrat « en raison de son but –la réalisation d'activités économiques- il est nécessairement amené à évoluer au cours de son exécution »¹³⁰⁰. La modification est le moyen pour assurer cette évolution, mais il ne faut pas oublier qu'il s'agit de contrats administratifs qui demandent règles de droit public non seulement lors de la passation, mais aussi lors de l'exécution des prestations.

Le défi le plus important en ce qui concerne la modification du contrat est, à notre avis, celui de régler la formation, l'adoption et la passation des actes modificatifs. Si les principes ne sont pas suffisants, on a besoin d'un travail législatif ou jurisprudentiel de définition des règles précises qui déterminent la conclusion d'une modification. Il s'agit de concrétiser les principes, de matérialiser les objectifs de justice et d'équité prévus par la Constitution. Il faut qu'ils deviennent des règles explicites et concrètes.

L'instrument de réglementation n'est pas important. Il peut s'agir d'une loi, d'un règlement du gouvernement (agissant dans les limites de sa compétence), voire d'une série de décisions de la jurisprudence administrative. L'essentiel est la définition des règles qui régissent la modification des contrats.

D'abord on a besoin d'une notion de la modification, en indiquant non seulement les instruments qui entraînent la modification contractuelle, mais aussi ceux qui ne le font pas. Ensuite, il convient de préciser les causes qui peuvent donner lieu ou bien à la passation d'une convention de modification ou bien à l'édiction d'un acte administratif. Les raisons devraient être les mêmes, mais certaines atténuations seraient certainement admises. Évidemment le lien entre les motifs de la modification et la bonne gestion et le fonctionnement du service public s'avère indispensable.

Les limites de la modification sont aussi importantes. Il convient de déterminer quelles obligations du contrat sont susceptibles de modification et quelles

¹²⁹⁹ R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. III, Paris, 1931, n° 637.

¹³⁰⁰ H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 515.

ne le sont pas. Dans le premier cas, la précision des limites qualitatives et quantitatives s'impose.

Il nous semble que les limites matérielles doivent être toujours les mêmes, qu'il s'agisse d'une modification unilatérale ou d'un acte conventionnel. Même si la modification unilatérale a évolué sous la théorie des actes administratifs et des pouvoirs exorbitants de l'administration et si les mécanismes conventionnels l'on fait à partir des principes de la liberté contractuelle et de l'autonomie de la volonté, il ne faut pas oublier qu'il s'agit d'un contrat administratif dont l'exécution doit toujours répondre aux exigences de l'intérêt général. L'instrument ne peut pas vraiment conditionner les limites matérielles de la modification.

Enfin, il faut que les limites formelles ne soient ni oubliées ni marginalisées. Elles doivent devenir l'un des instruments le plus importants pour assurer le contrôle des décisions, la publicité, la transparence et les conditions initiales de la mise en concurrence. Les avis et les autorisations préalables des organes collégiaux s'avèrent essentiels dans ce sens.

Comme J-F Lachaume l'a bien souligné, « là est peut-être la véritable évolution en matière de contrats administratifs : l'Administration tend à se conduire à l'égard de ses cocontractants beaucoup plus comme un partenaire que comme le bras séculier de la puissance publique »¹³⁰¹. Pour H. Hoepffner « la contractualisation de l'action publique a ainsi conduit à un recul de l'unilatéralisme »¹³⁰². Pourtant, le droit administratif ne peut pas renoncer à la détermination de limites qui bornent la liberté des parties car cela signifierait l'abandon de l'intérêt général. C'est pour cela qu'une réglementation précise s'impose en droit administratif colombien.

Voilà les défis de modification des contrats administratifs en Colombie.

¹³⁰¹ J-F Lachaume, « L'évolution du contrat administratif en droit français », *L'évolution contemporaine de droit des contrats*, Journées R. Savatier, Poitiers 24-25 oct. Puf, 1985.

¹³⁰² H. Hoepffner, *op. cit.*, p. 38.

BIBLIOGRAPHIE

1. OUVRAGES GÉNÉRAUX ET SPÉCIALISÉS

A. EN DROIT FRANÇAIS

ARISTOTE, *Métaphysique*, livres IV et V.

AUBY Jean-François, *La délégation de service public*, Collection *Que sais-je ?* PUF, 1995.

BADAOUI Saroit, *Le fait du Prince dans les contrats administratifs*, LGDJ, 1955.

BERGEL Jean-Louis, *Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 1985.

BISCHOFF Jean-Marc, AZOULAI Marc et d'autres, *La Tendance à la stabilité du rapport contractuel*, Études de droit privé sous la direction de Paul Durand, Paris, LGDJ, 1960

BOURRACHOT François, CHABANOL Daniel, JOUGUELET Jean-Pierre, *Le régime juridique des marchés publics*, 5^{ème} éd., Le Moniteur, 2007.

BRACONNIER Stéphane, *Précis de droit des marchés publics*, Coll. Essentiels Experts, 2007.

CARBONNIER Jean, *Droit civil. Les obligations*, t.IV, PUF, Paris, 2000.

CHAPUS René, *Droit administratif général*, t.I, 15^{ème} ed. Montchrestien, 2001.

CHEVALLIER Jacques, *Le droit administratif entre science administrative et droit constitutionnel, le droit administratif en mutation*, P.U.F., 1993.

CORNU Gérard, *Linguistique juridique*, Montchrestien, Paris, 1990.

CORNU Gérard, *Vocabulaire juridique*, PUF, 2003.

COURBE Patrick, *Introduction générale au droit. Le droit objectif, les droits subjectifs*, 11^{ème} édition, Dalloz, 2009.

DE LAUBADÈRE André, MODERNE Franck et DELVOLVÉ Pierre, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 1983.

- DE LAUBADÈRE André, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, LGDJ, Paris, 1956.
- DEMICHEL André, *Le Droit Administratif. Essai de réflexion théorique*, Paris, 1978.
- DEMOGUE René, *Traité des obligations en général*, t. III, Paris, 1931.
- FOULETIER Marjolaine, *Recherches sur l'équité en droit public français*, LGDJ, 2003.
- FRANÇOIS Jérôme, *Les obligations*, t.IV, Economica, 2000.
- FRIEDMAN Milton, *Capitalisme et liberté*, Leduc S Editions, Paris, 2010.
- GAUDEMET Yves, *Droit administratif*, 18^{ème} éd., LGDJ, 2005.
- GHOZI Alain, *La modification de l'obligation par la volonté des parties : étude de droit civil français*, LGDJ, 1980.
- GOUNOT Emmanuel, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*, Arthur Rousseau, 1912.
- HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public général*, 4^{ème} édition, L. Larose, Paris, 1900.
- HAURIOU Maurice, *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence (3^{ème} année) et en doctorat ès-sciences politiques*, 2^{ème} édition, L. Tenin, Paris, 1916.
- HOEPFFNER Hélène, *La modification du contrat administratif*, LGDJ, Paris, 2009.
- JÈZE Gaston, *Théorie générale des contrats de l'Administration*, Giard, Paris, 1930.
- LAGUERRE Alain, *Concurrence dans les marchés publics*, L'Administration nouvelle, Berger Levrault, 1989.
- LAVAL Christian, *L'Homme économique, essai sur les racines du néolibéralisme*, NRF Essais, Gallimard, 2007
- LLORENS François, *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics*, LGDJ, 1981.
- LLORENS François, *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics : Contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif*, LGDJ, 1981.
- LONG Marceau, WEIL Prosper, BRAIBANT Guy et autres, *Les Grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 16^{ème} édition, Dalloz, Paris, 2007.
- MALAURIE Philippe et AYNES Laurent, *Droit civil. Les contrats spéciaux*, Cujas 1988.
- MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, 1748, livre XI, chap. 6.
- PEQUIGNOT Georges, *Théorie générale du contrat administratif*, A. Pédone. 1945.

PEYRICAL Jean-Marc, *Les avenants aux contrats publics*, Coll. Guides juridiques, éd. Le Moniteur, 2^{ème} éd., 2002.

RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, 5^{ème} éd., LGDJ, 2006.

ROSANVALLON Pierre, *La nouvelle question sociale. Repenser l'État-providence*, Seuil, Paris, 1995.

VON HAYEK Friedrich, *Droit, législation et liberté*, coll. Quadrige, PUF, 1995.

WEIL Prosper et POUYAUD Dominique, *Droit administratif*, coll. *Qui sais-je ?* PUF, 2013.

B. EN DROIT COLOMBIEN ET IBÉROAMÉRICAIN

AGUILAR Igancio, *Principios de desarrollo económico*, 2^{ème} éd., Ecoe, 2010.

ALBALADEJO-GARCÍA Manuel, *Derecho civil*, 2, Boadilla del Monte, 2013.

ALESSANDRI-RODRÍGUEZ Arturo, *De los Contratos Temis – Jurídica de Chile*, Bogotá-Santiago, 1944.

ARIÑO-ORTIZ Gaspar, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos* Instituto de estudios administrativos, Madrid, 1968.

ARRUBLA-PAUCAR Jaime, *Neoconstitucionalismo y derecho privado. El debate*, DIKE, 2008

BARRAGUIRRE Jorge, *Derecho administrativo : visión jurisprudencial*, ed. Juris, Rosario, 1993.

BEJARANO Jhon-Jairo, *Antecedentes y principios de la contratación pública*, Universidad Nacional de Colombia, 2009.

BENAVIDES José-Luis, *El contrato estatal. Entre el derecho público y el derecho privado*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

BERCAITZ Miguel, *Teoría general de los contratos administrativos*, Depalma, 1980.

BOHÓRQUEZ Antonio, *De los negocios jurídicos en el derecho privado colombiano*, t.I, Universidad Autónoma de Bucaramanga, 1998.

BRAND Salvador, *Diccionario de economía*, Plaza y Janes Editores, 1984.

BUSTELO Ernesto, *Derechos y obligaciones del contratante particular. Derecho al precio en los contratos administrativos* », éd. Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002.

CABANELLAS-DE-TORRES Guillermo, *Diccionario jurídico elemental*, 11^{ème} éd. Editions Heliasta SRL, Buenos Aires, 1993.

- CALDERÓN-VILLEGAS Juan, *Constitucionalización del derecho privado*, Temis – Universidad de los Andes, Bogotá, 2011.
- CAMPILLO-PARRA Carlos, *Celebración y ejecución de contratos estatales*, Ecoe, 2ème éd., 2006
- CASSAGNE Juan Carlos, *Curso de derecho administrativo*, La Ley, 2011.
- CASSAGNE Juan Carlos, *El contrato administrativo*, Ed. Lexis Nexis, 2006.
- CASTRO-CUENCA Carlos, GARCÍA-LÓPEZ Luisa et MARTÍNEZ-VARGAS Juan, *Los contratos estatales : teoría general, perspectiva comparada y regulación internacional*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2010.
- Civitas Edic. SL, Madrid, 2008.
- COLMEIRO Manuel, *Derecho administrativo español*, 2^{ème} éd., 1958.
- Colombia, Bogotá, 1979.
- DAVILA-VINUEZA Luis-Guillermo, *Régimen jurídico de la contratación estatal, aproximación crítica a la Ley 80 de 1993*, Legis, Bogotá, 2003.
- DEL ARCO-TORRES Miguel et M. PONS-GONZÁLEZ Manuel, *Diccionario de derecho civil*, Comares, Granada, 1999.
- DROMI Roberto, *Licitación Pública*, Astrea, 2004.
- ESCOBAR-GIL Rodrigo, *Teoría general de los contratos de la administración pública*, Legis, 2003.
- ESCOBAR-HENRÍQUEZ Alvaro, *El Contrato estatal de obra*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1998.
- ESCOBAR-SANÍN Gabriel, *Negocios civiles y comerciales*, t.II, Dike, 1994.
- ESCOLA Héctor-Jorge, *Tratado integral de los contratos administrativos*, t.I. Depalma, 1977.
- FALLA Garrido, *Tratado de derecho administrativo*, t.II, Madrid, 1962.
- GARCÍA-ENTERRÍA Eduardo, *Curso de derecho administrativo*, t.I, 14^{ème} édition,
- GARCÍA-SIERRA Pelayo, *Diccionario filosófico*, Biblioteca de Filosofía, 2000.
- GONZÁLEZ-BALLESTEROS Teodoro, *Diccionario Jurídico*, Dykinson, S.L., 2011.
- GONZÁLEZ-RODRÍGUEZ Miguel, *El contrato administrativo en Colombia*, Librería Jurídica Wilches, Bogotá, 1990.
- GORDILLO Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, t. III, Macchi-López, 1985.
- GORDILLO Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, t. IV, Abeledo-Perrot, 1973.

- GUASH José-Luis, *Concesiones en infraestructura. Cómo hacerlo bien*, Banco Mundial, Washington, 2005.
- HERNÁNDEZ-SAMPIERI Roberto, *Fundamentos de la metodología de la investigación*, McGraw-Hill / Interamericana de España, 2007.
- HINESTROSA Fernando, *Tratado de las obligaciones*, t.I, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- HOAGLAND et WILLIAMSON, *Feasibility Studies*, University of Kentucky, 2000.
- KEYNES John Maynard, *The end of laissez-faire*, L.-V. Woolf, 1926.
- LABRADA Pelayo-Ariel, *Terminología de uso Forense*, Justicia Forense, 2007.
- LAMPREA Pedro, *Contratos del Estado*, Temis, Bogotá, 2007.
- LLAMBIAS Jorge, *Tratado de derecho civil*, t.I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005
- LONDOÑO Jaime-Horacio, *La Interventoría moderna*, Medellín, 1994.
- LÓPEZ-BENÍTEZ Mariano, *Contrato administrativo de suministro y centralización de las compras públicas*, Atelier, Barcelona, 2000
- MARIENHOFF Miguel, *Tratado de derecho administrativo*, , t.I, Abeledo Perrot, 1983
- MARIENHOFF Miguel, *Tratado de derecho administrativo*, , t.III, Abeledo Perrot, 1992.
- MARÍN-HERNÁNDEZ Hugo-Alberto, *Discrecionalidad administrativa*, Universidad Externado de Colombia, 2007
- MEILAN José Luis, *Progreso tecnológico y servicios públicos*, Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2006.
- MESSINEO Francesco, *Derecho civil y comercial*, t.IV, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1955.
- MONEDERO-GIL José-Ignacio, *Doctrina del contrato del Estado*, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 1977.
- MONROY-CABRA Marco Gerardo, *Introducción al derecho*, Temis, 13^{ème} éd., Bogotá, 2003.
- OLANO-GARCÍA Hernán, *Constitución política de Colombia e historia comentada y concordada*, Doctrina y Ley, 2010.
- OLANO-GARCÍA Hernán, *Constitucionalismo histórico. Historia de Colombia a partir de sus constituciones y reformas*, Doctrina y Ley, 2007.
- OLIVERA-TORO Jorge, *Manual de derecho administrativo*, Ed. Porrúa, 1976.
- ORTEGA-RIVERO Ricardo, *La contratación pública*, t.II, Hammurabi, 2006.

- OSPINA-FERNÁNDEZ Guillermo, *Régimen general de las obligaciones*, Temis, 1994.
- PALACIO-HINCAPIÉ Juan-Ángel, *La contratación de las entidades estatales*, Librería Jurídica Sánchez, 2010.
- PAREJA Carlos, *Curso de derecho administrativo. Teórico y práctico*, ABC, 1937.
- PENAGOS Gustavo, *El acto administrativo*, Librería del Profesional, Bogotá, 1987.
- PEREZ-ESCOBAR Jacobo, *Derecho constitucional colombiano*, Temis, Bogotá, 2010
- RAMÍREZ Juan-Carlos, *El contrato administrativo*, Col. Monografías jurídicas, Temis, 1990
- RAMÍREZ Juan-Carlos, *Principios constitucionales del derecho procesal colombiano*, Señal editora, 1995.
- RICCI Pico, *El régimen jurídico de los contratos estatales*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.
- RICO-PUERTA Luis, *Teoría general y práctica de la contratación estatal*, Editorial Leyer, 2007.
- ROCCO Ugo, *Tratado de derecho procesal civil, t.I*, Depalma, Buenos Aires, 1969.
- RODRÍGUEZ Libardo, *Derecho administrativo. General y colombiano*, Temis, Bogotá, 2001.
- RODRÍGUEZ-LÓPEZ Pedro, *Guía práctica de obra pública: el contrato de obra y el contrato de concesión pública*, Aranzadi, Madrid. 2009.
- RODRÍGUEZ-SANTOS Carlos, *Manual de derecho administrativo*, El Profesional, Bogota, 1988.
- ROJAS Gabriel, *El espíritu del derecho administrativo*, Temis. Bogotá, 1972.
- ROMERO Enrique, *Presupuesto público y contabilidad gubernamental*, Ecoe, 2013
- ROSADO Miguel, *Metodología de investigación y evaluación*, Mad, S.L., 2006.
- SAINZ-MORENO Fernando, *Conceptos jurídicos. Interpretación y discrecionalidad administrativa*, Ed. Civitas, Madrid, 1976.
- SAMUELSON Paul et NORDHAUS William., *Economía*, México, 1986.
- SANTOFIMIO-GAMBOA Jaime, *Delitos de celebración indebida de contratos*, Universidad Externado de Colombia, 2000
- SANTOFIMIO-GAMBOA Jaime, *Tratado de derecho administrativo, t.I*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002

- SANTOFIMIO-GAMBOA Jaime, *Tratado de derecho administrativo*, t.II et t.III, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.
- SAYAGUÉS-LASO Enrique, *La licitación pública*, Montevideo, 1940.
- SAYAGUÉS-LASO Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, t.I, 1963.
- SHAVELL Steven, *Foundations of Economic Analysis of Law*, Harvard University Press, 2004.
- STIGLITZ Joseph, *Economía*, Editorial Ariel S.A., 1994.
- TAMAYO-LOMBANA Alberto, *Manual de obligaciones*, 5^{ème} éd., Temis, 1997.
- TÉLLEZ-LUNA Miguel, *Finanzas de la construcción*, 2^{ème} éd. Bhandar, 1993.
- VARGAS Edgar-Fernando, *Interventoría de obras públicas. Conceptualización y procedimentalización*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.
- VARGAS Eduardo, *Las obras públicas* Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2011.
- VÉLEZ-GARCÍA Jorge, *Los dos sistemas del derecho administrativo. Ensayo de derecho público comparado*, 2^{ème} éd., Universidad Sergio Arboleda, 1996.
- VIDAL-PERDOMO Jaime, *El contrato de obras públicas*, Universidad Externado de
- VIDAL-PERDOMO Jaime, *Historia constitucional de Colombia, Siglo XIX*, t.I, Siglo del Hombre, Bogotá, 2010.
- VILLAR-PALASÍ Jose-Luis, *Revisión de precios. Comentarios a la ley de contratos de las administraciones públicas*, Editorial Aranzadi SA, Madrid, 2004.
- ZAGREBELSKY Gustavo, *El derecho Dúctil: Ley, derechos, justicia*, Trotta, 2005.
- ZORRILLA-ARENA Santiago et MÉNDEZ José-Silvestre, *Diccionario de economía*, Limusa S.A, 1994.

2. ARTICLES ET ÉTUDES

A. EN DROIT FRANÇAIS

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

ANTOINE Julien, « La mutabilité contractuelle née de faits nouveaux extérieurs aux parties », *RFDA*, 2004.

- AUBY Jean-François et MAUGÛÉ Christine, « La notion et le régime de la délégation de service public », *JCP*, 1996.
- BELKACEMI Massira, « La limitation de la liberté contractuelle : le contrôle des avenants aux contrats administratifs », *Gaz. Pal.* 20 juin 1998
- BRAIBANT Guy, « La problématique de la codification », *RFAP*, n° 82, avril-juin 1997.
- BRUÈRE Jean-Christophe, « Le consensualisme dans les contrats administratifs », *RDP*, 1996
- CINTURA Paul, « L'usage et la conception de l'équité par le juge administratif », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 24, n° 3, 1972.
- DE LAUBADÈRE André, « Du pouvoir de l'Administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs », *RDP*, 1954.36.
- DELMAS-SAINT-HILAIRE Philippe, « L'adaptation du contrat aux circonstances économiques », *La tendance à la stabilité du rapport contractuel. Études de droit privé*, Paul Durand (dir.) LGDJ, 1960.
- DOUENCE Jean-Claude, « Les contrats de délégation de service public », *RFDA*, 1993
- EISENMANN Charles, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Archives de philosophie du droit*, 1966.
- EMERY Cyrille, « Le régime de la modification des marchés publics avant leur notification », *JCP*, 1999.I.119
- FATÔME Etienne, « Les avenants », *AJDA*, 1998.
- GUGLIELMI Gilles, « L'idée de codification dans la construction du droit administratif français au XIXème siècle », *Annuaire d'histoire administrative européenne*, n° 8, 1996.
- GUIAVARC'H Gweltaz, « Les avenants aux conventions de gestion déléguée : quelles marges de négociation ? », *Revue des concessions et des délégations de service public*, n° 5/1999.
- GUILLERME André, « Chemins, routes et autoroutes », *Cahiers de médiologie*, n° 2, 1996.
- HOEPFFNER Hélène, « La modification des contrats de la commande publique à l'épreuve du droit communautaire », *RFDA*, 2011.

- LACHAUME Jean-François, « L'évolution du contrat administratif en droit français », *L'évolution contemporaine de droit des contrats*, Journées R. Savatier, Poitiers 24-25 oct. PUF, 1985.
- LAVAL Christian, « Penser le néolibéralisme », *La Revue internationale des livres et des idées*, n° 2, nov.-déc. 2007.
- LECUYER Hervé, « La modification unilatérale du contrat », *L'unilatéralisme et le droit des obligations*, Collection Études Juridiques, n° 9, Paris, 1999.
- LEPRON Franck, « Avenant et marché complémentaire », *A.C.C.P.*, 2010.105.
- LIBERT Xavier, « Les modifications du marché en cours d'exécution : avenants, décisions de poursuivre, régularisations », *AJDA*, 1994.
- LIMOUZIN-LAMOTHE Philippe, « Les avenants : observations complémentaires », *AJDA*, 1998.
- LLORENS François et SOLER-COUTEAUX Pierre, « La mise en concurrence des avenants aux marchés publics », *Contrats Marchés Publics*, 2003, repère n° 8.
- LLORENS François, « Réflexions sur le pouvoir de modification unilatérale du maître de l'ouvrage dans les marchés de travaux publics et de travaux privés », *Droit et ville*, no 11/1981.
- MÉNÉMÉNIS Alain, « Passer un marché public : sur quelques innovations du code », *AJDA*, févr. 2004
- MODERNE Franck, « Le travail de la codification », *RFDA*, 2004
- OVERNEY Sophie, « La modification unilatérale d'un contrat est subordonnée à l'intérêt du service », *AJFP*, 2002
- PEYRICAL Jean-Marc, « Les avenants, source d'unification des contrats publics », *Mélanges M. Guibal*, PU Montpellier, 2005, t.I.
- PONS Stéphanie, « Réflexions sur la modification d'un élément essentiel du contrat par les parties », *LPA*, 2008, n° 71.
- ROUGEVIN-BAVILLE Michel, « La sanction administrative en droit français », *Colloque de l'Association des Conseils d'État et des juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne*, octobre 1972.
- ROUHETTE Georges, « La révision conventionnelle du contrat », *RIDC*, 1986.
- SAICHI Chantal, « Avenant ou marché négocié complémentaire? », *MTPB*, mai 2008.
- SAVATIER Jean, « La théorie de l'imprévision dans les contrats », *Travaux et recherches de l'Institut de Droit comparé de l'Université de Paris*, t.15, Sirey, 1959.

SESTIER Jean-François, « Gestion contractuelle des services publics et bouleversement de l'économie des contrats », *BJCP*, n°7, novembre 1999.

SYMCHOWICZ Nil, « La notion de délégation de service public », *AJDA*, 1998.195.

SYMCHOWICZ Nil, « Les renonciations de la personne publique à l'application du contrat », *AJDA*, 1998.770.

TASSONE Adriano, « Avenants aux conventions de délégation de service public », *AJDA*, 2007.

TRUCHET Didier, « Le contrat administratif, qualification juridique d'un accord des volontés », *Le droit contemporain des contrats*, L. Cadet (dir.), Economica, 1987.

B. EN DROIT COLOMBIEN ET IBÉROAMÉRICAIN

ACOSTA Olga Lucía, ROZAS-BALBONTÍN Patricio et d'autres, « Serie recursos naturales e infraestructura », *Comisión Económica para América Latina y el Caribe – CEPAL-*, Santiago de Chile, nov. 2008.

ARDILA-DUARTE Benjamín, « Historia de la legislación contractual », *Contratos administrativos, nuevo régimen legal*, Cámara de Comercio de Bogotá, 1983.

BASTERRA Marcela, « El problema de las lagunas del derecho », *Revista de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2003.

BLANCO Gilberto, « Principios generales del derecho en la Constitución de 1991 », *Revista de derecho de la Universidad del Norte*, n° 17, 2002.

BLÁZQUEZ-ROMAN Alejandro, « Modificaciones a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, introducidas por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible », *Contratación Administrativa Práctica*, n° 108, mai 2011.

BONPLAND Viviana, « La revocación del acto por razones de oportunidad », *Revista Iberoamericana de derecho administrativo y regulación económica*, IJ-LXVI-955, décembre 2012.

BREWER-CARÍAS Allan, « El derecho administrativo y el derecho de la contratación estatal en Colombia y en el panorama jurídico contemporáneo », *La Contratación Estatal: La Reglamentación de la Ley 80 de 1993*, Universidad Javeriana, Cámara de Comercio de Bogotá, 24 octobre - 10 novembre, 1994.

- CALVO-RUATA Pablo, « La zozobra de la modificación de contratos públicos ¿Tiempos de hacer de la necesidad virtud ? », *Anuario Aragonés del Gobierno Local* 2011, n° 3, IFC, Zaragoza, 2012.
- CASSAGNE Juan Carlos, « Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización », *Revista de Administración Pública*, n° 157, Buenos Aires, enero-abril 2002.
- DE LA IGLESIA-CARUNCHO Ignacio, « El precio en el contrato de obra », *Revista de la Asociación de Promotores Inmobiliarios –APROINCO-*, n° 6, décembre 1994.
- ESCOBAR-GIL Rodrigo, « La institución de los contratos de la Administración Pública », *Universitas*, Universidad Javeriana, Bogotá, 1991.
- FERRI Luigi, « La autonomía privada », *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1957.
- FONSECA-PRADA Eduardo, « El contrato de concesión de servicios y de infraestructura », *Revista de Derecho Público*, Universidad de Los Andes, 2004.
- FONSECA-PRADA Eduardo, « La asignación o distribución de riesgos en la contratación de obras públicas », *Revista de Derecho Público*, n° 14, Universidad de Los Andes, juin 2002.
- JARAMILLO Liliana, « Riesgos de corrupción en materia de contratos », *Departamento administrativo de la Función Pública - Banco Mundial*, Bogotá, 2000.
- JIMÉNEZ-SALGADO Gabriel et LÓPEZ-RAMÍREZ Benjamín, « Contratos de la administración pública », *Ministerio de Gobierno*, Bogotá, 1974.
- LAGUADO-GIRALDO Roberto, « Actos administrativos por medios electrónicos » *Universitas*, n° 105, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2003.
- LYNN, Naomi et WILDAVSKY Aaron, « Estudio Introductorio », *Administración Pública, El estado actual de la disciplina*. Fondo de Cultura Económica, 1999.
- MONTES Susana et MIER Patricia, « Marco normativo de la contratación estatal en general, la contratación de obras publicas en infraestructura del transporte y la regulación sobre concesiones en el sector transporte », *Revista de Derecho Público*, n° 11, Universidad de Los Andes, juin 2000.
- MONTES Susana, « Concesiones Viales. La Inadecuada Distribución de los Riesgos, eventual causa de crisis en los contratos », *Revista de Derecho Público*, n° 11, Universidad de Los Andes, juin 2000.
- PALACIOS María-Teresa, « Parámetros constitucionales para la determinación de un régimen jurídico de contratación pública en Colombia », *Revista de derecho público*, n° 4, Universidad de Los Andes, juin 2002.

PALACIOS-MEJÍA Hugo, « La concesión y la teoría económica de los contratos », *Revista de Derecho Público*, n° 11, Universidad de los Andes, 2000.

PALAO-TABOADA Carlos, « Forma y sustancia en derecho », présentation lors du séminaire du 4 juin de 2012, Universidad Autónoma de Madrid, 2012.

público en la Ley de Economía Sostenible », *Legal Today*, 6 avril 2011.

Raymundo Amaro Guzmán, Santo Domingo, República Dominicana, sep. 2012.

RIVEROS Hector et LEÓN Laura, « Perspectiva constitucional de la Ley 80 de 1993 », *Régimen de Contratación Estatal*, Universidad Externado de Colombia, Bogota, 1996.

RODRÍGUEZ Libardo, « La teoría de la imprevisión en los contratos administrativos », Memorias del congreso internacional de derecho administrativo Dr.

ROMERO-JOUVÍN Emilio, « Los límites del derecho », *Revista Jurídica de la*

SANTOFIMIO-GAMBOA Jaime, « Panorama general del derecho administrativo en Colombia », *Derecho administrativo iberoamericano* n° 9. Instituto de investigación urbana y territorial (IUT), Granada, 2005.

THOMPSON Alan, « Business feasibility study Outline », *Entrepreneurship and business innovation*, Best entrepreneur, Perth, 2005.

TRIGO-GARCÍA Belén, « Precio indeterminado: Dogmática jurídica y realidad del tráfico », *Estudios sobre invalidez e ineficacia. Nulidad de los actos jurídicos*, Principal, Madrid, 2006.

Universidad Católica, ed. 10, 1993.

VÉLEZ Manuel, « Nueva regulación de la modificación de los contratos del sector

VIDAL-PERDOMO Jaime, « La noción de contrato estatal en derecho colombiano », *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, Bogotá, 2000.

3. THÈSES ET MÉMOIRES

A. EN DROIT FRANÇAIS

BETTINGER Christian, *L'évolution de la concession, notion de droit administratif français*, thèse Paris II, 1975.

DEL PRETE Didier, *L'avenant dans les contrats administratifs*, thèse Université Paul Cézanne, Aix-en-Provence, 2002.

DESSENS André, *Essai sur la notion d'équité*, thèse Toulouse, Impr. de F. Boisseau, 1934.

MODERNE Franck, *La notion de prérogative de puissance publique en droit administratif français*, thèse Université de Bordeaux, 1960.

SANOGO Alima, *L'obligation essentielle dans le contrat*, mémoire Master II Dijon, Université de Bourgogne, 2005.

SOUCHE Renaud, *Privilège du préalable et contrats administratifs*, mémoire Université de Montpellier I, BNPA, 2011.

VIDAL Laurent, *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, thèse Paris I, 2003, Bruylant, 2005.

B. EN DROIT COLOMBIEN

VALDÉS-PERPIÑAN, Julieth Paola, *Sobrepuestos en la contratación estatal*, mémoire Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 2012.

4. RAPPORTS

CONFIS, rapport D.G.P.P. n° 04/2006 du 6 de mars 2006, « Avis pour le programme de concession 2006-2014 ».

CONPES, rapport 3413 du 6 mars 2006, « Programme pour l'exécution des concessions d'autoroutes 2006-2014 ».

CONPES, rapport 3562 du 31 décembre 2008.

CONPES, rapport 3584 du 29 avril 2009.

CONPES, rapport 3606 du 10 septembre 2009.

CONPES, rapport 3632 du 16 décembre 2009.

5. NOTES, CHRONIQUES ET CONCLUSIONS

BERGEAL Catherine, conclusions sur CE, 22 juin 1998, Préfet du Puy-de-Dôme.

CORNEILLE Louis-François, conclusions sur CE, 3 décembre 1920, Fromassol.

CORNEILLE Louis-François, conclusions sur CE, 8 février 1918, Société d'éclairage de Poissy.

DELVOLVÉ Pierre, chronique BJCP n°34/2004, p. 166 et n°37/2004, p. 434, commentant le décret du 26 juillet 2004.

JACOMET Fabrice, conclusions sur CE, 5 mars 1954, Mlle Soullier.

LLORENS François, note sur CE, 2 février 1983, Union des transports publics urbains et régionaux, Rec. 33. RFDA, 1984.45.

6. INDEX DES DÉCISIONS JURIDICTIONNELLES CITÉES

A. EN DROIT FRANÇAIS ET DE L'UNION EUROPÉENNE

I. COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

CEDH, 9 décembre 1994, Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce, § 74, Série A, vol. 301 - B ; DA 1995.200.

II. COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

CJCE, 29 avril 2004, Commission des Communautés européennes c. CAS Succhi di Frutta SpA. Affaire C-496/99 P.

CJCE, 27 octobre 2005, Commission c/ République Italienne, Affaire C-187/04 et C-188/04.

CJCE, 19 juin 2008, Presstext Nachrichtenagentur GmbH, Affaire C-454/06.

III. CONSEIL CONSTITUTIONNEL

CC, décision n° 84-185 DC du 18 janvier 1985

CC, décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003

IV. CONSEIL D'ÉTAT

CE, 18 mars 1897, Pagés, Rec. 234

CE, 30 décembre 1887, Jauffret, Rec. 873

CE, 20 juillet 1877, Barnay, Rec. 727

CE, 8 février 1880, Corre, Rec. 180

CE, 10 janvier 1902, Compagnie nouvelle du gaz de Déville-lès-Rouen, Rec. 5

CE, 30 juin 1905, Baruel, Rec. 602

- CE, 22 novembre 1907, Sieur Coste, Rec. 849
- CE, 29 janvier 1909, Cie Compagnie des messageries maritimes, Rec. 116
- CE, 22 février 1910, SA des sablières modernes d'Aressy, Rec. 110
- CE, 21 mars 1910, Compagnie générale française des tramways, Rec. 216
- CE, 30 novembre 1910, Département de la Seine Inférieure, Rec. 855
- CE 1er juillet 1914, Monin, Rec. 801
- CE, arrêts du 5 juin 1918, Daux, Rec. 536
- CE, 23 juin 1920, Briançon, Rec. 697
- CE, 8 août 1924, Gaz de Brive, Rec. 818
- CE, 27 février 1925, Dolfini, Rec. 219
- CE, 17 décembre 1926, Sté des chantiers de l'Adour. Rec. 1124
- CE, 19 novembre 1930, Ministre des régions libérées, Rec. 955
- CE, 17 mars 1932, Mourier, Rec. 340
- CE, 4 novembre 1932, Société eau et assainissement, Rec. 916
- CE, 9 décembre 1932, Tramways de Cherbourg, Rec. 1050
- CE, 23 décembre 1932, Département de l'Aisne, 1140
- CE, 15 février 1935, Société française de constructions mécaniques, Rec. 201
- CE, 19 juin 1935, Lefebvre, Rec. 693
- CE, 20 décembre 1935, Descours, Rec. 1100
- CE, 3 janvier 1936, Commune de Tursac, Rec. 6
- CE, 6 juillet 1938, Ville de Reims, Rec. 637
- CE, 7 juin 1939, Pichol, Rec. 379.
- CE, 26 janvier 1940, S.A. Motobloc, Rec. 35
- CE, 11 juillet 1941, Hôpital-Hospice de Chauny, Rec. 129
- CE, 5 janvier 1942, Compagnie du gaz la Ferté-Milon, Rec. 18
- CE, 11 juin 1943, Ministre de la Marine c. Sté des grands travaux de Marseille, Rec. 148
- CE, 29 juillet 1943, Villemain, Rec. 219
- CE, 5 avril 1944, Jourdan, Rec. 402
- CE, 22 février 1946, Établissement Bizouard, Rec. 432
- CE, 9 mai 1947, Établissement Paul Lapra, Rec. 183
- CE, 21 novembre 1947, Petot, Rec. 647
- CE, 10 mars 1948, Hospices de Vienne, Rec. 124
- CE, 14 avril 1948, Ministre des Armées, Rec. 159

- CE, 15 juillet 1949, Ville d'Elbeuf, Rec. 358
- CE, 12 juillet 1950, Viturat, Rec. 433
- CE, 17 juillet 1950, Chouard, Rec. 444
- CE, 20 octobre 1950, Stein, Rec. 505
- CE, 27 juillet 1951, Commune de Montagnac, Rec. 439
- CE, 23 janvier 1952, Secrétaire d'État aux forces armées c. Chambouvet, Rec. 50
- CE, 16 juillet 1952, Électricité de France, Rec. 380.
- CE, 16 nov. 1955, Ville de Versailles, Rec. 544
- CE, 20 avril 1956, Epoux Bertin, Rec. 167
- CE, 11 mai 1956, Société française de transport Gondrand frères, Rec. 202
- CE, 2 mai 1958, Distillerie de Magnac-Laval, Rec. 246
- CE, 14 novembre 1958, Union maritale de la Gironde, Rec. 554
- CE, 23 janvier 1959, Commune d'Huez, AJDA 1959 II, p. 65
- CE, 18 avril 1959, Société industrielle de travaux d'assainissement et d'urbanisme et ville de Nice, Rec. 216
- CE, 2 juin 1961, Leduc, Rec. 365
- CE, 16 février 1962, SARL Orsini Larsatigues, Rec. 1019
- CE, 31 octobre 1962, Sté. Les constructions de l'Ouest, Rec. 583
- CE, 2 décembre 1964, Port autonome de Bordeaux, Rec. 936
- CE, 4 novembre 1966, Sté. nouvelle d'exploitation des plages, piscines et patinoires, Rec. 586
- CE, 1er octobre 1969, Société des établissements privés, Rec. 411
- CE, 23 janvier 1970, Ministre d'État chargé des affaires sociales c. Amoros et autres, Rec. 51
- CE, 25 juin 1971, Société des Établissements Marius Sériés, Rec. 482
- CE, 20 octobre 1971, Compagnie du chemin de fer de Bayonne à Biarritz, Rec. 624
- CE, 24 janvier 1973, Spiteri et Krehl, AJDA 1973, p. 496
- CE, 9 octobre 1974, Maler, R.D.P. 1975.305.
- CE, 19 février 1975, Min. d'État chargé de la défense nationale c. Société Entreprise Campenon-Bernard, Rec. p. 143
- CE, 30 mars 1975, Société d'Équipement de la Région montpelliéraine, AJDA 1975
- CE, 20 juin 1975, Nataf et Ferrari, Rec. 381
- CE, 17 octobre 1975, Commune de Canari, Rec. 516
- CE, 12 mars 1976, Département des Hautes-Pyrénées c. Société. Sofilia, Rec. 155.

- CE, 10 février 1978, Conseil d'administration des restaurants du personnel des Postes et Télécommunications de Dijon, Rec. 638
- CE, 17 février 1978, Société Compagnie française d'entreprise, Rec. 88.
- CE, 25 octobre 1978, Dame Madré, Rec. 391
- CE, 27 octobre 1978, Ville de Saint-Malo, Rec. 401
- CE, 9 mars 1979, Avondo, Rec. 797
- CE, 2 juillet 1982, Huglo et autres, Rec. 258
- CE, 5 novembre 1982, Société Propétrol, Rec. 381
- CE, 2 février 1983, Union des transports publics urbains et régionaux, Rec. 33
- CE, 23 février 1983, Ministre de l'Éducation c. SA SMAC Aciéroïd, Rec. 851
- CE, 5 juin 1985, Ministre délégué au temps libre c. Société Baffrey Hennebique, n° 60.732.
- CE, 3 mars 1989, Société des autoroutes de la région Rhône-Alpes, Rec. 69
- CE, avis du 19 décembre 1995, EDCE 1996, n° 47, p. 430
- CE, 8 mars 1996, Cne de Petit-Bourg, RDI 1996.370
- CE, 31 juillet 1996, Société des téléphériques du massif du Mont-Blanc, Rec. 334
- CE, 13 juin 1997, Commune d'Aulnay-sous-Bois, req. 150681
- CE, 6 février 1998, Tête, Rec. 32
- CE, 12 mars 1999, SA Méribel 92, Rec. 61.
- CE, avis 16 septembre 1999, req. 362908, BJCP, n° 10/2000, p. 199
- CE, 8 novembre 2000, Régie Immobilière de la Ville de Paris, req. 193355
- CE, 14 juin 2002, Ville d'Angers, Rec. 812
- CE, avis 19 avril 2005, EDCE, Rec. 197
- CE, 27 septembre 2006, Société GTM construction, req. 269925
- CE, 23 décembre 2011, Danthony et autres, req. 335033

V. TRIBUNAL DE CONFLICTS

- TC, 20 avril 1959, Société nouvelle d'exploitation des plages, Rec. 866
- TC, 8 juillet 1963, Société Entreprise Peyrot, n° 01804
- TC, 24 juin 1968, Société Distilleries Bretonnes et Société d'approvisionnements alimentaires, Rec. 801
- TC, 20 janvier 1986, Coopérative agricole de déshydratation et de séchage de l'Arne et de la Retourne et autres, n° 02420

VI. COUR DE CASSATION

Cour de Cassation, 16 décembre 2005, BICC n°634 du 15 février 2006

VII. TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS

TA Versailles, 7 janvier 1957, Sté Sutra c. Ville de Pontoise, p. 13

TA Nice, 28 mai 1958, Cazautets, p. 732

TA Rennes, 8 oct. 1987, Préfet d'Ille-et-Vilaine c. Syndicat intercom d'électrification de Rennes sud-est, no 236, p. 15

TA Orléans, 5 mai 1989, Préfet de l'Eure-et-Loir, n° 245, p. 17

TA Rennes, 2 déc. 1992, Préfet du Morbihan, n° 27, p. 32

TA Marseille, 9 juin 1998, Préfet des Bouches-du-Rhône, req. 96MA2934

TA Lille, 2 juillet 1998, Préfet du Nord, BJCP no1/1998, p. 72

TA Paris, 4 avr. 2000, Préfet de Paris, req. 99-153086

TA Toulouse, 13 avr. 2000, Jacques Levy c. Cne de Toulouse, BJCP n°12/2000

TA Cergy-Pontoise, 23 janvier 2001, Préfet de la Seine-Saint-Denis, req. 99-997713

TA Cergy-Pontoise, 12 févr. 2002, Préfet de la Seine-Saint-Denis, req. 99-14236/3, BJCP n°23/2002, p. 322

B. EN DROIT COLOMBIEN

I. COUR CONSTITUTIONNELLE

ARRÊTS :

T-442 du 3 juillet 1992

T-049 du 15 février 1993

T-240 du 23 juin 1993

T-163 du 24 mars 1994

C-414 du 22 septembre 1994
T- 446 du 12 octobre 1994
T-445 du 12 octobre 1994
C-029 du 2 février 1995
C-069 du 23 février 1995
C-205 du 11 mai 1995
C-230 du 25 mai 1995
C-154 du 18 avril 1996
C-178 du 29 avril 1996
C-333 du 1 août 1996
C-415 du 22 septembre 1996
C-489 du 26 septembre 1996
T-515 du 9 octobre 1996
C-028 du 30 janvier 1997
C-154 du 19 mars 1997
T-340 du 18 juillet 1997
C-350 du 29 juillet 1997
SU-477 du 25 septembre 1997
C-400 du 2 juin 1999
C-088 du 2 février 2000
SU-090 du 2 février 2000
C-646 du 31 mai 2000
C-666 du 8 juin 2000
C-1045 du 10 août 2000
C-1436 du 25 octobre 2000
C-1514 du 8 novembre 2000
SU-1723 du 12 décembre 2000
C-008 du 17 janvier 2001
C-096 du 31 janvier 2001
C-815 du 2 août 2001
C-892 du 22 août 2001
C-949 du 5 septembre 2001
D-3277 du 5 septembre 2001
C-1065 du 10 octobre 2001

C-339 du 7 mai 2002
C-372 du 15 mai 2002
T-838 du 10 octobre 2002
C-037 du 28 janvier 2003
C-035 du 30 janvier 2003
SU-058 du 30 janvier 2003
C-095 du 11 février 2003
T-196 du 6 mars 2003
T-668 du 6 août 2003
T-701 du 14 août 2003
T-910 du 8 octobre 2003
C-965 du 21 octobre 2003
C-1114 du 25 novembre 2003
C-043 du 27 janvier 2004
C-578 du 8 juin 2004
C-060 du 1^{er} février 2005
T-1279 du 6 décembre 2005
T-1318 du 14 décembre 2005
C-341 du 3 mai 2006
C-353 du 9 mai 2006
C-250 du 6 juin 2006
T-631 du 3 août 2006
C-993 du 29 novembre 2006
C-932 du 8 novembre 2007
C-690 du 8 juillet 2008
C-693 du 9 juillet 2008
C-1158 du 26 novembre 2008
C-068 du 10 février 2009
C-713 du 26 mars 2009
C-486 du 22 juillet 2009
C-762 du 29 octobre 2009
T-792 du 3 novembre 2009
T-033 du 1 février 2010
C-403 du 27 mai 2010

T-575 du 15 juillet 2010
C-980 du 1 décembre 2010
C-186 du 16 mars 2011
C-300 du 25 avril 2012
C-012 du 23 janvier 2013
C-016 du 23 janvier 2013
T-215 du 16 avril 2013
T-288 du 20 mai 2013
T-444 du 11 juillet 2013

II. CONSEIL D'ÉTAT

1. ARRÊTS :

Arrêt du 6 août 1987, req. 3886
Arrêt du 15 juillet 2004, req. 76001-23-31-000-2002-1164-02(AP)
Arrêt du 27 septembre 1979, req. 2742
Arrêt du 15 février 1983, req. 3762
Arrêt du 16 février 1984, req. 2509
Arrêt du 4 juillet 1984, req. 4261
Arrêt du 6 août 1987, req. 3886
Arrêt du 8 octobre 1987, req. 3726
Arrêt du 13 mai 1988, req. 4303
Arrêt du 18 avril 1989, req. 5426
Arrêt du 11 octobre 1990, req. 5753
Arrêt du 31 janvier 1991, req. 4739, 4642 et 5951
Arrêt du 27 mars 1992, req. 6353
Arrêt du 18 juin 1992, req. 6579
Arrêt du 13 août 1992, req. 6580
Arrêt du 1 octobre 1992, req. 6631
Arrêt du 5 mars 1993, req. 6225
Arrêt du 13 juillet 1993, req. 8163
Arrêt du 13 décembre 1993, req. AC-1415
Arrêt du 17 février 1994, req. AC-1535

Arrêt du 24 mars 1994, req. 9354
Arrêt du 17 mai 1994, req. 601
Arrêt du 19 septembre 1994, req. 637
Arrêt du 5 octobre 1994, req. 8223
Arrêt du 28 octobre 1994, req. 8092
Arrêt du 28 octobre 1994, req. 8096
Arrêt du 8 mai 1995, req. 8118
Arrêt du 26 mai 1995, req. 5797
Arrêt du 6 septembre 1995, req. 7625
Arrêt du 31 octobre 1995, req. 1438
Arrêt du 27 novembre 1995, req. 8791
Arrêt du 9 mai 1996, req. 10151
Arrêt du 15 octobre 1997, req. 11212
Arrêt du 5 février 1998, req. AC-5436
Arrêt du 19 février 1998, req. 4490
Arrêt du 20 février 1998, req. 11101
Arrêt du 16 mars 1998, req. 11196
Arrêt du 2 juillet 1998, req. 11818
Arrêt du 7 septembre 1998, req. 10660
Arrêt du 29 avril 1999, req. 14855
Arrêt du 3 mai 1999, req. 12344
Arrêt du 11 mai 1999, req. 10196
Arrêt du 21 juin 1999, req. 14943
Arrêt du 13 septembre 1999, req. 10264
Arrêt du 2 décembre 1999, req. 15751
Arrêt du 3 février 2000, req. 10399
Arrêt du 8 juin 2000, req. ACU-1309
Arrêt du 29 juin 2000, req. 16756
Arrêt du 1 de février 2001, req. 2301-00
Arrêt du 16 février 2001, req. 12660
Arrêt du 22 mars 2001, req. 9840
Arrêt du 3 mai 2001, req. 12083
Arrêt du 24 mai 2001, req. 13598
Arrêt du 7 juin 2001, req. 13405

Arrêt du 11 juin 2001, req. AC-0317
Arrêt du 19 juillet 2001, req. 12037
Arrêt du 26 juillet 2001, req. 6717
Arrêt du 19 novembre 2001 req. 6094
Arrêt du 22 novembre 2001, req. 13356
Arrêt du 12 décembre 2001, req. 17938
Arrêt du 13 décembre 2001, req. 20822
Arrêt du 21 février 2002, req. 14112
Arrêt du 7 mars 2002, req. 21588
Arrêt du 7 mars 2002, req. AC-2556
Arrêt du 20 juin 2002, req. 19488
Arrêt du 18 juillet 2002, req. 22179
Arrêt du 9 septembre 2002, req. 12726
Arrêt du 24 octobre 2002, req. 220199
Arrêt du 28 novembre 2002, req. 14040
Arrêt du 29 mai 2003, req. 14577
Arrêt du 21 juin 2003, req. 14943
Arrêt du 17 juillet 2003, req. 24041
Arrêt du 4 septembre 2003, req. 10883
Arrêt du 4 septembre 2003, req. 22952
Arrêt du 11 septembre 2003, req. 14781
Arrêt du 18 septembre 2003, req. 15119
Arrêt du 30 octobre 2003, req. 17213
Arrêt du 27 novembre 2003, req. 14431
Arrêt du 11 décembre 2003, req. 16433
Arrêt du 29 janvier 2004, req. 10779
Arrêt du 26 février 2004, req. 14043
Arrêt du 11 mars 2004, req. 13355
Arrêt du 21 avril 2004, req. 12852
Arrêt du 21 avril 2004, req. 12960
Arrêt du 22 avril 2004, req. 14292
Arrêt du 20 mai 2004, req. 3314
Arrêt du 17 juin 2004, req. 13272
Arrêt du 2 septembre 2004, req. 14578

Arrêt du 13 décembre 2004, req. 1614
Arrêt du 24 février 2005, req. 21120
Arrêt du 14 avril 2005, req. 01577
Arrêt du 14 avril 2005, req. 28616
Arrêt du 20 avril 2005, req. 14519
Arrêt du 5 mai 2005, req. 15326
Arrêt du 23 juin 2005, req. 12846
Arrêt du 24 août 2005, req. 3171
Arrêt du 20 octobre 2005, req. 14579
Arrêt du 10 novembre 2005, req. 14392
Arrêt du 10 décembre 2005, req. 14157
Arrêt du 26 janvier 2006, req. 3761
Arrêt du 26 janvier 2006, req. 505403
Arrêt du 16 février 2006, req. 13414
Arrêt du 1 mars 2006, req. 14576
Arrêt du 1 avril 2006, req. 12482
Arrêt du 22 avril 2006, req. 8830
Arrêt du 8 juin 2006, req. 15005
Arrêt du 28 juin 2006, req. 19482
Arrêt du 26 octobre 2006, req. 740405
Arrêt du 29 novembre 2006, req. 24414
Arrêt du 29 novembre 2006, req. 16855
Arrêt du 30 novembre 2006, req. 30832
Arrêt du 30 novembre 2006, req. 18059
Arrêt du 4 décembre 2006, req. 15239
Arrêt du 2 mai 2007, req. 14464
Arrêt du 3 mai 2007, req. 16209
Arrêt du 6 juin 2007, req. 17253
Arrêt du 27 juillet 2007, req. 14776
Arrêt du 29 août 2007, req. 15469
Arrêt du 29 août 2007, req. 14854
Arrêt du 29 août 2007, req. 15469
Arrêt du 29 août 2007, req. 14854
Arrêt du 31 octobre 2007, req. 15475

Arrêt du 3 décembre 2007, req. 14715
Arrêt du 3 décembre 2007, req. 24715
Arrêt du 20 février 2008, req. 16247
Arrêt du 5 mars 2008, req. 15600
Arrêt du 21 mai 2008, req. 15963
Arrêt du 4 juin 2008, req. 17783
Arrêt du 30 juillet 2008, req. 21574
Arrêt du 13 août 2008, req. 17042
Arrêt du 20 novembre 2008, req. 17031
Arrêt du 20 novembre 2008, req. 1703
Arrêt du 1er décembre 2008, req. 35827
Arrêt du 4 décembre 2008, req. 00837
Arrêt du 11 février 2009, req. 16458
Arrêt du 25 février 2009, req. 15797
Arrêt du 25 février 2009, req. 16103
Arrêt du 13 mai 2009, req. 27832
Arrêt du 22 juillet 2009, req. 17552
Arrêt du 20 août 2009, req. 5876-05
Arrêt du 7 octobre 2009, req. 18509
Arrêt du 4 février 2010, req. 15400
Arrêt du 18 février 2010, req. 15596
Arrêt du 14 avril 2010, req. 17214
Arrêt du 23 juin 2010, req. 16367
Arrêt du 11 août 2010, req. 18499
Arrêt du 31 janvier 2011, req. 17767
Arrêt du 9 février 2011, req. 17558
Arrêt du 10 mars 2011, req. 15666
Arrêt du 24 mars 2011, req. 19067
Arrêt du 30 mars 2011, req. 20917
Arrêt du 31 mars 2011, req. 16246
Arrêt du 30 juin 2011, req. 38619
Arrêt du 7 juillet 2011, req. 18762
Arrêt du 7 juillet 2011, req. 19707
Arrêt du 26 juillet 2011, req. 16131

Arrêt du 25 août 2011, req. 14461
Arrêt du 31 août 2011, req. 18080
Arrêt du 14 octobre 2011, req. 21491
Arrêt du 19 octobre 2011, req. 18082
Arrêt du 3 novembre 2011, req. 17454
Arrêt du 29 février 2012, req. 16371
Arrêt du 19 avril 2012, req. 21515
Arrêt du 10 mai 2012, req. 18836
Arrêt du 28 juin 2012, req. 21990
Arrêt du 3 octobre 2012, req. 26140
Arrêt du 19 novembre 2012, req. 24897
Arrêt du 30 janvier 2013, req. 24217
Arrêt du 28 février 2013, req. 24266
Arrêt du 2 mai 2013, req. 23949
Arrêt du 12 juin 2013, req. 23831
Arrêt du 13 juin 2013, req. 23730
Arrêt du 16 septembre 2013, req. 30571

2. AVIS :

Avis du 11 mars 1972, req. 561
Avis du 20 février 1975, req. 953
Avis du 30 juillet 1981, req. 1563
Avis du 2 décembre 1982, req. 1812
Avis du 26 mars 1987, req. 097
Avis du 15 mars 1990, req. 350
Avis du 17 mai 1994, req. 601
Avis du 19 septembre 1994, req. 637
Avis du 12 décembre 1997, req. 1050
Avis du 26 août 1998, req. 1121
Avis du 6 avril 2000, req. 1263
Avis du 12 avril 2000, req. 1272
Avis du 14 décembre 2000, req. 1293
Avis du 25 avril 2002, req. 1417

Avis du 18 juillet 2002, req. 1439
Avis du 15 août 2002, req. 1429
Avis du 14 avril 2005, req. 1636
Avis du 26 septembre 2005, req. 165-96323-2003
Avis du 9 septembre 2008, req. 1920
Avis du 13 août 2009, req. 1952
Avis du 25 septembre 2012, req. 2122
Avis du 2 août 2013, req. 2149
Avis du 23 août 2013, req. 2148

3. ORDONNANCES :

Ordonnance du 23 août 1991, req. 6582
Ordonnance du 6 août 1998, req. 14558
Ordonnance du 20 août 1998, req. 14202
Ordonnance du 30 janvier 2003, req. 23508
Ordonnance du 9 décembre 2004, req. 27921
Ordonnance du 16 mars 2005, req. 29119
Ordonnance du 2 août 2006, req. 30141
Ordonnance du 29 janvier 2009, req. 14941
Ordonnance du 1 avril 2009, req. 36476
Ordonnance du 24 septembre 2009, req. 17760
Ordonnance du 11 novembre 2009, req. 17366
Ordonnance du 4 février 2010, req. 16540
Ordonnance du 18 mars 2010, req. 17756
Ordonnance du 10 mars 2011, req. 15666

III. COUR SUPRÊME DE JUSTICE

Cour Suprême de justice, arrêt du 5 juillet 1935
Cour Suprême de justice, arrêt du 13 novembre 1962
Cour Suprême de justice, arrêt du 31 mai 1965, G.J. CXI-CXII
Cour Suprême de justice, arrêt du 20 novembre 1989
Cour Suprême de justice, arrêt du 7 octobre 1993

Cour Suprême de justice, arrêt du 3 juin 2000, req. 5475

Cour Suprême de justice, arrêt du 10 juillet 2001, req. 13681

Cour Suprême de justice, arrêt du 14 décembre 2001, req. 6230

IV. TRIBUNAUX ADMINISTRATIFS

Tribunal Administratif du Cundinamarca, arrêt du 29 juillet 2004, req. 00083.

Tribunal administratif d'Antioquia, arrêt du 13 juin 2013, req. 05001-33-31-011-2010-00188-01.

V. SENTENCES ARBITRALES

Construcciones Domus Ltda. c. Caja de Retiro de la Policía Nacional, CASUR, décision du 22 novembre 1985.

Mora-Mora, Conciviles c. INCORA, décision du 19 mars 1996.

Sepúlveda Lozano y cía. Ltda. c. Instituto de Desarrollo Urbano, IDU, décision du 5 mai 1997.

Ingenieros Constructores Tecnología y Equipo Ltda. INECONTE et autres c. Instituto Nacional de Vías, INVIAS, décision du 15 septembre 1998.

Giraldo Sánchez y cía. Ltda. c. Instituto Nacional de Vías, INVIAS, decisión du 15 mai 2000.

Skanska Aktiebolag y Construcciones Civiles S.A., Conciviles S.A., decisión du 16 de mayo de 2001.

Equipo Universal y cía. Ltda. c. Instituto Nacional de Vías, INVIAS, decisión du 11 août 2001.

Santa Marta Paraguachón SA c. INVIAS, decisión du 24 aout 2001.

INDEX

Les chiffres renvoient aux pages de la thèse.

A

Actualisation, 58, 75, 195, 226, 228, 229, 235, 242, 245, 246, 288, 316, 323
Addition, 42, 75, 124, 151, 165, 166, 167, 169, 179, 186, 191, 246, 315, 350, 361, 362, 366, 399, 400, 401, 403, 419, 423, 431, 488, 500, 509, 517
Ajout, 41, 122, 124, 128, 151, 168, 179, 201, 315, 363, 376, 393, 413, 419, 445, 462, 475, 517
Ajustement, 58, 64, 75, 154, 199, 223, 226, 236, 239, 250, 287, 323
Atteinte grave au service public, 41, 85, 90, 93, 95, 98, 125, 129, 132, 151, 153, 185, 203, 370, 376, 377, 380, 393, 435, 445, 475
Augmentation des quantités d'ouvrage, 209, 224, 225, 247, 322, 323
Autonomie de la volonté, 16, 28, 31, 47, 50, 51, 52, 53, 55, 73, 89, 103, 170, 182, 184, 190, 230, 234, 353, 419
Autorisations préalables, 214, 483, 505, 506, 511, 516, 521
Avenant, 147, 157, 168, 169, 188, 202, 234, 252, 320, 321, 338, 362, 381, 389, 392, 394, 409, 417, 418, 436, 467, 482, 507, 508, 509, 516

B

Bouleversement de l'équilibre financier, 32, 57, 196, 200, 206, 211, 245, 255, 268, 271, 272, 294, 314, 324

C

Cession du contrat, 58
Compétence, 19, 20, 72, 84, 98, 104, 111, 226, 472, 496
Concession, 25, 31, 33, 41, 60, 64, 85, 87, 120, 131, 145, 162, 170, 187, 271, 305, 315, 320, 349, 369, 374, 383, 418, 454, 466, 468, 485, 497, 509, 510
Concessions d'infrastructure routière, 420, 422

Conditions d'exécution du contrat, 121, 127, 154, 155, 179, 255
Consensualisme, 11, 51, 149, 484
Contrat additionnel, 75, 155, 163, 187, 196, 315, 345, 347, 361, 399, 517
Contrat d'intervention, 22, 88, 118
Contrat de services de consultation, 88, 89
Contrat synallagmatique, 63, 126, 195, 318
Contrats d'ouvrage public, 61, 228, 357, 485
Contrats de droit privé de l'administration, 21, 28
Contrats de travaux publics, 18, 20, 60, 61, 66, 209, 212, 215, 219, 227, 230, 271, 281, 322
Contrats électroniques, 491
Contrôleur (maître d'oeuvre), 22, 88, 478

D

Déchéance, 18, 19, 20, 21, 31, 41, 59, 85, 89, 98, 110, 117, 118, 141, 504
Décision de poursuivre, 150, 252, 320, 341, 392, 396
Décision discrétionnaire, 99
Décision exécutoire, 105, 107, 108, 109, 114
Décision implicite, 447, 454, 457, 458, 459, 460, 461
Délégation de compétences, 479
Délégations des services publics, 64
Dématérialisation de l'écrit, 491
Dénaturation, 68, 351, 360, 362, 367, 368, 373, 385, 412, 434, 436, 515, 519
Domage anti-juridique, 285, 306, 308, 309, 310, 312

E

Équilibre économique, 134, 138, 139, 140, 143, 196, 226, 238, 242, 243, 244, 245, 247, 252, 255, 256, 266, 267, 270, 271, 274, 278, 279, 280, 282, 290, 296, 298, 300, 309, 311, 312, 315, 349, 368, 388, 390, 403, 412
Équité, 44, 136, 139, 206, 296, 306, 312, 313, 512, 520
Équivalence entre les droits et les obligations des parties, 139, 254, 294, 390
État compétitif, 25
Exécution d'office, 113, 114, 117
Exécution progressive, 170, 171, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 190, 200
Exorbitant, 102, 104, 117

F

Fait du prince, 32, 57, 142, 261, 264, 276, 277, 278, 280, 281, 283, 296, 298, 304, 316, 318, 325, 427

Faits imprévisibles, 250, 267, 290, 294, 296, 300, 315, 319, 320, 324, 325

Faits prévisibles, 250

Force exécutoire, 107, 108, 109, 205, 499

Force majeure, 32, 256, 257, 258, 259, 261, 270, 294, 295, 302

Formalités budgétaires, 468, 472

I

Imprévisibilité, 253, 254, 257, 258, 263, 278

Imprévision, 32, 57, 58, 142, 143, 241, 244, 255, 256, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 275, 276, 278, 281, 282, 285, 289, 290, 295, 296, 300, 301, 302, 304, 305, 315, 316, 318, 320, 321, 325, 427, 466

Incapacités pour la passation de contrats, 28

Indemnisation du cocontractant, 136, 140, 268, 293, 295

Inexécution des obligations, 31, 97, 142, 274, 283, 284, 291, 292, 293, 296, 298, 304, 315, 317

Interventionnisme de l'État, 16, 19

Irrésistibilité, 258, 259, 294, 295

Ius variandi, 119, 142, 143, 378, 381, 412

L

Libéralisme classique, 16

Liberté contractuelle, 11, 16, 24, 38, 48, 50, 52, 54, 55, 56, 72, 73, 86, 89, 147, 182, 183, 184, 187, 189, 193, 212, 215, 353, 518, 521

Liberté économique, 24, 25, 34, 182, 384

Libre concurrence, 23, 24, 25, 30, 34, 38, 42, 43, 45, 56, 152, 193, 384, 385, 414

Licitation, 18, 19, 29, 30, 36, 161

M

Marché de travaux publics, 23, 27, 62, 63, 95, 121, 189, 408, 435

Marchés complémentaires, 150, 151, 156, 157, 158, 159, 163, 167, 190, 202, 363, 396, 399, 400

Matérialisation de l'acte, 449

Menace de paralysie, 90, 97, 98, 100, 129, 153, 203, 206, 207, 369, 378, 380, 435, 476

Modification conventionnelle, 12, 14, 40, 55, 75, 77, 96, 149, 179, 200, 202, 246, 256, 294, 304, 317, 320, 324, 333, 338, 340, 342, 346, 361, 365, 372, 393, 399, 400, 406, 419, 428, 436, 441, 464, 482, 488, 489, 490, 491, 493, 496, 501, 511, 513

Modification de l'objet (du contrat), 154, 155, 164, 165, 166, 171, 192, 198, 199, 203, 247, 332, 333, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 359, 360, 361, 364, 365, 366, 367, 369, 370, 373, 374, 375, 381, 435

Modification implicite, 457, 514

Modification unilatérale, 11, 14, 40, 57, 75, 80, 93, 101, 109, 117, 151, 153, 185, 203, 207, 229, 255, 276, 304, 334, 338, 340, 345, 376, 393, 406, 419, 422, 437, 441, 445, 460, 468, 472, 489, 497, 501, 506, 511, 514, 517, 519, 521

Motivation de l'acte, 96, 379, 445, 446

Mutabilité (principe de), 11, 57, 58, 73, 77, 79, 80, 91, 92, 93, 119, 120, 131, 134, 206, 251, 252, 304, 308, 333, 346, 348, 349, 351, 360, 367, 382, 436

Mutabilité raisonnable, 348, 349, 351, 360, 367, 436

N

Nouveau contrat, 151, 160, 161, 165, 166, 169, 199, 330, 333, 340, 351, 352, 353, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 368, 380, 383, 386, 391, 398, 417, 418, 434, 436, 437, 441, 505, 517

Novation, 184, 353, 354, 355, 356, 358, 359, 360, 365

O

Objet de la modification, 122, 129, 147, 328, 392, 424, 468, 490

Objet du contrat, 32, 41, 59, 62, 125, 127, 128, 131, 133, 154, 160, 166, 172, 177, 178, 179, 185, 187, 189, 190, 198, 199, 201, 220, 222, 253, 331, 333, 334, 336, 342, 343, 344, 345, 347, 348, 365, 372, 385, 386, 410, 435, 516

Obligations accessoires, 125

Obligations principales, 124, 125, 126

Opportunité (administrative), 22, 53, 94, 100, 131, 152, 220, 343, 369, 370, 375, 377, 378, 379, 380, 381, 435, 445, 450, 454, 463, 475, 502, 505, 508

Opposabilité (de l'acte), 107, 111, 444

Ouvrage imprévu, 337

P

Paralysie administrative, 23

Pouvoir d'auto-tutelle, 109, 115, 118

Pouvoirs exceptionnels, 28, 30, 55, 82, 84, 86, 87, 88, 89, 90, 94, 98, 102, 104, 117, 140, 141, 143, 277, 475, 476, 481

Prévisibilité des travaux, 176, 177

Principe d'économie, 34, 35, 325, 468

Principe d'égalité, 20, 30, 34, 37, 43, 312, 371, 380, 384, 391

Principe de la bonne fois, 34

Principe de la procédure régulière, 34

Principe de légalité, 34, 39, 45, 72, 90, 378, 442, 473, 519

Principe de publicité, 35

Principe de transparence, 30, 35, 36, 37, 43, 45, 385, 430

Privilège du préalable, 48, 106, 111, 116, 466

Prix du contrat, 12, 36, 58, 125, 128, 164, 187, 192, 193, 196, 201, 205, 211, 213, 217, 218, 221, 225, 229, 232, 233, 235, 237, 238, 239, 241, 244, 284, 288, 289, 295, 296, 314, 316, 323, 324, 347, 391, 406, 425, 433, 437

Prix forfaitaire, 68, 211, 212, 213, 214, 221, 225, 227, 230, 395

Prix unitaires, 68, 209, 210, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 225, 227, 230, 238, 240, 245, 247, 322, 395

Procédures de passation, 20, 26, 28, 38, 495

Progressivité, 172, 173, 174

Prorogation, 155, 187, 201, 203, 204, 289, 290, 349, 374, 385, 425, 509, 510

R

Réajustement, 145, 226, 227, 239, 240, 243, 354, 399

Remplacement de l'objet, 352, 360, 362, 367, 368, 436

Résiliation, 17, 18, 41, 59, 84, 85, 98, 117, 118, 135, 141, 259, 266, 277, 294, 335, 342, 349, 353, 362, 368, 380, 407, 409, 411, 413, 437, 441, 466, 499

Rétablissement, 32, 134, 135, 139, 140, 141, 143, 144, 145, 242, 244, 245, 250, 252, 253, 254, 255, 266, 269, 270, 276, 297, 300, 303, 308, 325, 391

Révision des prix, 59, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 248, 287

Révision du contrat, 240, 241, 245

S

Seuil financier, 12, 40, 153, 197, 406, 411, 433, 437

Sujétions imprévues, 32, 252, 256, 264, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 285, 301, 302, 316, 319, 320

T

Travail public, 21, 62, 63, 121

Travaux supplémentaires, 124, 128, 269, 286, 314, 315, 337, 395, 449, 506

TABLE DE MATIÈRES

INTRODUCTION	11
SECTION 1 : LE DROIT DES CONTRATS ADMINISTRATIFS EN COLOMBIE	14
A. L'évolution du droit des contrats administratifs en Colombie	14
1. La formation du régime juridique des contrats administratifs	15
a) Le libéralisme classique	16
b) L'interventionnisme de l'État	19
2. La liberté économique prévue par la Constitution de 1991	24
a) Vers un nouvel État compétitif	24
b) Une nouvelle législation contractuelle	26
B. Le droit de la modification des contrats administratifs	39
1. Les normes de la loi 80 de 1993	40
a) Les règles précises	40
b) Les principes	42
2. Le droit commun : droit applicable ?	47
a) Le droit commun en tant que réponse à la déréglementation du droit public	48
b) La modification et la liberté contractuelle du droit commun	52
SECTION 2 : DOMAINE DE LA RECHERCHE, MÉTHODE ET ENJEUX	56
A. Délimitation de l'étude	56
1. La portée de la modification	56
a) La modification du contrat	56
b) La modification du contenu	58
2. Les contrats de travaux publics	59
a) Les contrats d'ouvrage public	61
b) Les concessions d'ouvrage	64
B. La méthode et les objectifs et de la recherche	70
1. La méthode	70
2. Les objectifs de la recherche	71
PREMIÈRE PARTIE :	74
LA DÉFINITION DE LA MODIFICATION	74

TITRE I : LA DÉFINITION POSITIVE DE LA MODIFICATION	76
CHAPITRE 1 : LA MODIFICATION UNILATÉRALE	78
SECTION 1 : LA MODIFICATION UNILATÉRALE EN TANT QUE POUVOIR	
EXCEPTIONNEL.....	80
<i>§1. LE CARACTÈRE RESTRICTIF.....</i>	<i>85</i>
A. La détermination des contrats susceptibles de modification unilatérale	85
1. La détermination légale.....	86
2. La détermination arbitraire par les personnes publiques	88
B. L'atteinte grave à la gestion du service public en tant que cause de la modification unilatérale	90
1. La motivation de menace de paralysie ou d'atteinte au service public	90
2. La motivation d'intérêt public	95
<i>§2. LE CARACTÈRE IMPÉRATIF.....</i>	<i>101</i>
A. Le fondement normatif.....	102
1. La modification unilatérale en tant que décision exorbitante	102
2. La modification unilatérale en tant que décision exécutoire	105
B. Le fondement théorique.....	109
1. La théorie classique des privilèges de la puissance publique.....	109
2. La théorie du pouvoir d'auto-tutelle.....	115
SECTION 2 : LA MODIFICATION UNILATÉRALE EN TANT QU'INSTRUMENT DE	
CHANGEMENT	119
<i>§1. LA PORTÉE DE LA MODIFICATION UNILATÉRALE</i>	<i>119</i>
A. L'objet de modification unilatérale prévu par la loi.....	123
1. Les obligations principales susceptibles de modification.....	124
2. Les obligations accessoires susceptibles de modification	125
B. L'objet élargi de la modification unilatérale.....	129
1. L'indépendance entre l'objet de la modification et l'objet du contrat.....	129
2. La modification du contrat par l'interprétation unilatérale des stipulations.....	132
<i>§2. LA COMPENSATION DECOULANT DE LA MODIFICATION</i>	<i>134</i>
A. Le principe de l'équilibre économique.....	134
1. La solution de la jurisprudence et de la doctrine	135
2. Le fondement normatif de l'équilibre financier.....	138
B. L'indemnisation du cocontractant.....	140
1. La portée de l'obligation de rétablissement	141
2. Les instruments utilisés pour réaliser l'indemnisation.....	144
CHAPITRE 2 : LA MODIFICATION CONVENTIONNELLE.....	147
SECTION 1 : LA MODIFICATION LIÉE À L'OBJET DU CONTRAT.....	154
<i>§1. LE CONTRAT ADDITIONNEL.....</i>	<i>155</i>
A. La mauvaise transposition des instruments européens.....	156

1. Les marchés complémentaires du droit français.....	156
2. La solution du droit espagnol	159
B. Le contrat additionnel en droit colombien	163
1. La réglementation des statuts précédents	163
2. Le silence de la loi 80 de 1993.....	166
§2. L'« EXÉCUTION PROGRESSIVE ».....	170
A. L'« exécution progressive » en tant qu'instrument de planification.....	171
1. La progressivité.....	172
2. L'exécution conditionnée du projet	173
B. L'« exécution progressive » en tant qu'instrument de modification.....	175
1. Les travaux susceptibles d'exécution	175
2. La prévisibilité des travaux.....	176
SECTION 2 : LA MODIFICATION DES OBLIGATIONS DÉTACHÉES DE L'OBJET	179
§1. L'AJOUT	179
A. L'absence d'analyse des sources de droit administratif colombien.....	179
1. L'origine de l'instrument.....	180
2. L'usage fréquent en droit administratif.....	184
B. L'ajout et la modification du contrat administratif	185
§2. L'ADDITION	191
A. L'addition et la modification du prix	192
1. La nature du prix dans les contrats administratifs.....	193
2. Les causes de la modification du prix.....	196
B. La portée indéterminée de l'addition.....	198
CONCLUSION DU TITRE I	204
TITRE II: LA DEFINITION NEGATIVE DE LA MODIFICATION: LES NOTIONS	
JURIDIQUES VOISINES	207
CHAPITRE 1 : LES NOTIONS QUI DIFFÉRENT DE LA MODIFICATION.....	208
SECTION 1 : L'AUGMENTATION DES QUANTITÉS D'OUVRAGE	208
§1. LES PRIX UNITAIRES EN TANT QUE SYSTÈME DE FIXATION DES PRIX.....	208
A. Les prix unitaires en droit espagnol	208
2. La transposition des prix unitaires en droit administratif espagnol	211
B. Les prix unitaires en droit administratif colombien	214
1. Les prix unitaires et le prix global.....	214
2. La source jurisprudentielle du système de prix unitaires	215
§2. LA NATURE DE L'AUGMENTATION DES QUANTITÉS D'OUVRAGE	217
A. La nature du prix des contrats payés à prix unitaires	218
1. L'incertitude des unités d'ouvrage à exécuter	218
2. Le prix du contrat : indéterminé mais déterminable.....	220
B. L'augmentation des unités d'ouvrage ne modifie pas le contrat.....	221

SECTION 2 : LA VARIATION DU PRIX	225
§1. LES MECANISMES DE VARIATION DU PRIX	225
A. La reconnaissance des mécanismes par la loi colombienne.....	225
B. La portée imprécise des notions.....	228
1. La révision des prix	228
2. L'actualisation, l'ajustement et les autres formes de révision.....	234
§2. LA NATURE DES MECANISMES DE VARIATION DU PRIX.....	240
A. Le but des mécanismes de variation du prix.....	241
1. L'anticipation des possibles bouleversements de l'équilibre financier	241
2. La révision et le rétablissement de l'équilibre financier du contrat.....	243
B. La révision et l'actualisation ne modifient pas le contrat administratif.....	245
CHAPITRE 2 : LES NOTIONS MODIFICATIVES DOUTEUSES.....	249
SECTION 1 : LES ALTÉRATIONS PAR DES FAITS IMPRÉVISIBLES.....	251
§1. LES ALTÉRATIONS PAR DES FAITS EXTÉRIEURS AUX PARTIES.....	255
A. La force majeure.....	255
1. L'extériorité et l'imprévisibilité.....	256
2. L'irrésistibilité	257
B. L'imprévision	259
1. La définition de l'imprévision.....	259
2. Les conséquences de la théorie de l'imprévision	264
C. Les sujétions imprévues.....	269
1. L'inexistence des sujétions imprévues en droit colombien.....	269
2. L'assimilation des sujétions imprévues à la théorie d'imprévision	274
§2. LES ALTÉRATIONS PAR DES FAITS DE L'ADMINISTRATION	275
A. Le fait du prince	276
1. Les éléments de la définition	277
2. Les débats sur des aspects ponctuels.....	278
B. L'inexécution des obligations contractuelles de l'administration.....	283
1. La mise à disposition de l'information technique de l'ouvrage.....	284
2. L'exécution tardive des obligations de paiement.....	286
3. L'inexécution administrative et la « prolongation du temps d'exécution des travaux »	
.....	288
SECTION 2 : LE BOULEVERSEMENT DE L'ÉQUILIBRE ÉCONOMIQUE ET LA	
MODIFICATION DU CONTRAT.....	293
§1. L'INDEMNISATION EN TANT QU'UNE AIDE ECONOMIQUE	295
A. L'indemnisation variable	297
1. L'indemnisation intégrale.....	297
2. L'indemnisation jusqu'au point de non-perte	299
B. L'indemnisation ne protège pas l'équilibre mathématique.....	301

§2. <i>LE FONDEMENT DE L'INDEMNISATION</i>	303
A. Le partenaire de l'administration.....	305
B. Le dommage anti-juridique dérivé de la rupture de l'équilibre économique.....	308
CONCLUSION DU TITRE II.....	322
DEUXIÈME PARTIE :.....	326
LES LIMITES DE LA MODIFICATION.....	326
TITRE I : LES LIMITES RELATIVES AU CONTENU DE LA MODIFICATION	329
CHAPITRE 1 : LA MODIFICATION DE L'OBJET DU CONTRAT	331
SECTION 1 : LES LIMITES DEGAGÉES PAR LA JURISPRUDENCE	332
§1. <i>LA RÉGLEMENTATION DU DROIT ADMINISTRATIF FRANÇAIS</i>	332
A. L'aménagement raisonnable de l'objet	333
1. L'affirmation du principe	333
2. Les notions de base pour déterminer la limite de la modification	335
B. L'interdiction de substituer un nouvel objet à l'objet initial	339
§2. <i>LA SOLUTION INCERTAINE DU DROIT COLOMBIEN</i>	344
A. La solution jurisprudentielle face à l'interdiction légale	344
1. L'interdiction légale.....	344
2. L'interprétation du Conseil d'État	346
B. La consolidation du principe de modification de l'objet.....	348
1. Le critère de la mutabilité raisonnable dégagé par la jurisprudence	348
2. La solution légale	349
SECTION 2 : LE DÉPASSEMENT DES LIMITES ENCOURAGÉ PAR LA	
JURISPRUDENCE	352
§1. <i>DES LIMITES DIFFUSES</i>	352
A. La novation et la passation d'un nouveau contrat	353
1. Le droit commun de la novation	353
2. La novation en droit administratif.....	356
B. La passation d'un nouveau contrat entre les mêmes parties sans mise en concurrence	
.....	361
1. Les parties du nouveau contrat.....	361
2. Les risques de la solution jurisprudentielle	365
§2. <i>LE CHANGEMENT DE L'OBJET POUR DES RAISONS D'OPPORTUNITÉ</i>	369
A. La portée illimitée de la modification de l'objet.....	370
1. Les antécédents de la consultation.....	370
2. Les considérants du Conseil d'État.....	372
B. Les motifs d'opportunité pour modifier l'objet des contrats.....	375
1. L'opportunité par rapport aux motifs prévus par la loi.....	376
2. La solution du Conseil d'État par rapport à la mise en concurrence	381

CHAPITRE 2 : LES LIMITES FINANCIÈRES DE LA MODIFICATION.....	388
SECTION 1 : LE BOULEVERSEMENT DE L'ÉCONOMIE DES CONTRATS D'OUVRAGE PUBLIC.....	393
§1. LA MODIFICATION CONVENTIONNELLE DES ELEMENTS FINANCIERS	394
A. La limite financière des avenants en France	394
1. L'approche normative.....	394
2. L'analyse in concreto du juge administratif.....	396
B. La limite financière des additions en droit colombien	398
1. Le plafond légal.....	399
2. Les inconvénients de la solution colombienne	401
§2. LA MODIFICATION UNILATÉRALE DES ÉLÉMENTS FINANCIERS	406
A. La limite financière de la modification unilatérale en France	406
B. La limite financière de la modification unilatérale en droit colombien.....	409
1. L'absence de limites financières	409
2. Les effets de l'absence de limites financières.....	412
SECTION 2 : LE BOULEVERSEMENT DE L'ÉCONOMIE DES CONCESSIONS	416
§1. LES LIMITES FINANCIÈRES PRÉVUES PAR LA LOI.....	418
A. La limite prévue par la loi 80 de 1993	418
B. L'exception en matière de concessions d'infrastructure routière.....	420
§2. LES LIMITES SPÉCIALES DÉCOULANT DES RÉFORMES DE LA LOI 80	422
A. Les limites découlant de la loi 1150 de 2007	423
1. La limite spéciale d'application préférentielle.....	423
2. La portée de la limite prévue par la réforme.....	424
B. Les limites fixées par la loi 1508 de 2012.....	428
1. Les conditions pour convenir la modification.....	429
2. Les limites financières de la modification des concessions.....	430
CONCLUSION DU TITRE I	434
TITRE II : LES LIMITES FORMELLES DE LA MODIFICATION.....	439
CHAPITRE 1 : LES EXIGENCES DE LA MODIFICATION UNILATÉRALE.....	442
SECTION 1 : LA FORME ET LA PROCÉDURE DE L'ACTE.....	447
§1. LES CONDITIONS DE PRÉSENTATION.....	447
A. La décision explicite et écrite	447
1. La matérialisation de l'acte sur support papier.....	449
2. Le support écrit dématérialisé	451
B. La décision implicite et verbale	454
1. La modification verbale.....	454
2. La modification implicite	457
§2. LES CONDITIONS DE PRÉPARATION	461
A. Le désaccord du cocontractant	462

1. La négociation avortée.....	462
2. La contradiction de la loi face à la tentative de négociation	464
B. Les formalités budgétaires	468
1. La disponibilité budgétaire	468
2. Le registre budgétaire.....	470
SECTION 2 : LA COMPÉTENCE	472
§1. LA COMPÉTENCE TEMPORELLE.....	474
A. La clarté de la limite temporelle.....	475
B. Le recours devant le juge administratif.....	476
§2. LA COMPÉTENCE MATÉRIELLE.....	477
A. La fonction du titulaire.....	477
B. La délégation de compétences.....	478
CHAPITRE 2 : LES EXIGENCES DE LA MODIFICATION CONVENTIONNELLE.....	482
SECTION 1 : LES CONDITIONS EXIGÉES	483
§1. LA FORME	483
A. La forme écrite.....	483
1. L'exigence du contrat écrit	484
2. L'exigence d'un acte de modification écrit.....	488
B. La dématérialisation de l'écrit.....	491
1. La création des règles sur les contrats électroniques	491
2. La forme électronique en matière de contrats administratifs	494
§2. LA COMPÉTENCE ET LA CAPACITÉ.....	496
A. La compétence temporelle	497
1. Le délai du contrat et le délai d'exécution.....	498
2. La solution jurisprudentielle	500
B. La capacité du cocontractant.....	502
SECTION 2 : LES CONDITIONS OUBLIÉES	505
§1. LES AUTORISATIONS PRÉALABLES	506
A. Les autorisations préalables en droit français.....	506
B. La solution du droit colombien	509
§2. L'OBLIGATION D'EXPRIMER LES MOTIFS	511
CONCLUSION DU TITRE II	513
CONCLUSION GÉNÉRALE	517
BIBLIOGRAPHIE.....	522
INDEX.....	552
TABLE DE MATIÈRES	558



Université Panthéon-Assas

NOM Prénom | Thèse de doctorat | mois année

Résumé :***La modification du contrat administratif en droit colombien***

Bien que la modification du contrat administratif soit par principe libre, elle ne peut s'exercer que dans le cadre de certaines limites. En France, les règles de publicité et mise en concurrence imposent des conditions de fond, de forme et de procédure qui déterminent la légalité de l'instrument modificatif. L'interdiction d'un objet nouveau, les restrictions au bouleversement de l'économie du contrat, la fixation des seuils par le juge, etc. révèlent un contrôle rigoureux des modifications. En Colombie, par contre, il semble que la liberté des parties est beaucoup plus étendue. Un seuil général de cinquante pourcent du montant initial, la possibilité des parties de bouleverser l'économie du contrat et même la modification fondamentale de l'objet, font partie d'un système juridique qui tend à supprimer toutes les restrictions à la volonté des parties à l'égard de la modification. S'il est même de l'essence du contrat administratif d'admettre des modifications aux conditions fixées initialement, un sujet d'une grande importance sera celui de la nature de la modification en droit colombien pour dévoiler tous les défis de sa mise en œuvre.

Descripteurs :

Contrat administrative – modification unilatérale – modification conventionnelle – révision – avenant – ajustement – indexation – faits imprévisibles – bouleversement de l'économie – modification de l'objet – mise en concurrence – forme – procédure

Title and Abstract :***The modification of the public contract under Colombian law***

Although the modification of the public contract is in principle free, it can only take place under certain limitations. In France, the rules of advertising and competition impose substantive conditions of form and procedure to determine the legality of the modifying instrument. The prohibition of agreeing to a new object, restrictions on altering the economic balance, setting financial thresholds, etc., reveal a rigorous control for any modifications. In Colombia, however, it appears that the freedom of the parties is much broader. A general threshold of fifty percent of the initial price, the possibility of altering the economics of the contract and even the fundamental modification of the object, are part of a legal system that tends to abolish all restrictions to the will of the parties regarding modification. Although it is of the essence of contract modifications to disclose the conditions initially established, a major theme is that of the nature of the change in Colombian law to reveal all the challenges of its implementation.

Keywords :

Public contract – unilateral modification – bilateral modification – revision – additional clause – amendment – adjustment – indexation – unpredictable events – disturbance of the economy – modification of the object – competition – form – procedure