

ano 17 - n. 69 | julho/setembro - 2017
Belo Horizonte | p. 1-270 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v17i69
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2017 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15ª andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo &
Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar.
2003) - - Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada
pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de intersecção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

L'inversion des principes du contrat administratif

The inversion of administrative contract principles

Thomas Passos Martins*

Université Montpellier 1 (França)
thom4fr@yahoo.fr

Recebido/Received: 05.06.2017 / June 05th, 2017
Aprovado/Approved: 08.08.2017 / August 08th, 2017

Résumé: Cet article vise à nuancer le postulat traditionnel selon lequel le contrat administratif serait le siège privilégié d'une égalité profitant à l'administration, par opposition à un contrat civil tenu pour un parangon d'égalité. L'examen du droit des contrats administratifs révèle en effet que l'exorbitance peut également se traduire par des sujétions qui s'imposent à l'administration contractante ainsi que par des droits exorbitants octroyés au cocontractant. D'autre part, il convient de souligner que la mutabilité peut se manifester sous une autre forme que la modification unilatérale et ainsi favoriser l'égalité. C'est notamment le cas de l'imprévision fondée sur le droit à l'équilibre financier. Par ailleurs, il importe de rappeler que c'est un besoin grandissant d'équité et de justice contractuelle qui explique l'évolution récente de la jurisprudence de la Cour de cassation à admettre la théorie de l'imprévision dans le cadre des relations entre particuliers, atténuant ainsi l'opposition classique entre contrats administratif et privé.

Mots-clés: Contrat administratif. Egalité. Exorbitance. Mutabilité. France.

Abstract: The goal of this article is to modify the traditional assumption according to which the administrative contract is the privileged center of a form of equality favouring the administration, as opposed to private contracts which are considered the touchstone of equality. By studying the law governing administrative contracts it is revealed in fact that exorbitance can equally appear in the form of constraints imposed on the contracting administration but also in the form of exorbitant rights granted to the co-contracting party. On the other hand, it has to be stressed that mutability can manifest itself in another way than unilateral modification and thus favour equality. This is actually the case of the unpredictability based on the right to

Como citar este artigo/*How to cite this article:* MARTINS, Thomas Passos. L'inversion des principes du contrat administratif. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 33-53, jul./set. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i69.491.

* Doutor e Mestre em Direito Público pela Université Montpellier 1 (Montpellier, França). Graduado pela Université de Toulouse 1 (Toulouse, França), em Direito Internacional e Europeu. Foi docente em Direito Público e Direito Constitucional na Université de Toulouse 1 – França, e na Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines (França). Foi Assessor na Presidência do Supremo Tribunal Federal. Advogado. *E-mail:* <thom4fr@yahoo.fr>.

financial equilibrium. Moreover, it is important to remind that the increasing need for equity and contractual justice can explain the recent evolution of the case-law of the *Cour de cassation* leading it to accept the theory of unpredictability with regard to relations between private individuals and thus alleviate the classical opposition between administrative and private contracts.

Keywords: Administrative contract. Exorbitance. Equality. Mutability. France.

Table de matières: 1 Introduction – 2 L’inversion de l’exorbitance – 3 La prééminence de l’intérêt privé – 4 Conclusion – Bibliografia

1 Introduction

«Des conventions de délégations déséquilibrées»:¹ tel était le constat de la Cour des comptes, dans son rapport public de 2003, concernant l’évaluation du service public communal de la restauration collective en Provence-Alpes-Côte d’Azur. Le déséquilibre mentionné s’appliquant en l’espèce, il est important de le préciser, “au détriment de la collectivité” déléguante.² Aussi, le constat dressé par la juridiction financière surprend par le fait qu’il contredit quelque peu le postulat doctrinal classique selon lequel le contrat administratif se traduit par un rapport inégalitaire profitant à l’administration.

Il est en effet communément admis que le régime du contrat administratif repose sur une “base d’inégalité juridique”³ qui place l’administration contractante dans une position de supériorité par rapport à son partenaire privé.⁴ Voué à accomplir une mission d’intérêt général et responsable de la bonne marche du service public, la personne publique, liée dans les termes d’un contrat administratif avec une personne privée, jouit de prérogatives n’ayant pas d’équivalent au bénéfice du cocontractant et lui appartenant en outre “même sans stipulations en ce sens”.⁵ Les pouvoirs qu’elle tire du régime du contrat administratif sont bien connus: elle dispose d’un droit de

¹ COUR DES COMPTES. *Rapport 2003*. p. 647.

² COUR DES COMPTES. *Rapport 2003*. p. 651. Il ne s’agit pas du reste d’un cas isolé, la même conclusion étant établie dans d’autres rapports en matière notamment de gestion des déchets ménagers, COUR DES COMPTES. *Rapport 2003*; ou dans le domaine des transports publics urbains, COUR DES COMPTES. *Rapport 2005*. Par ailleurs, le Conseil économique et social avait déjà dressé le même constat, soulignant un déséquilibre du rapport de forces au profit des entreprises dites “de réseau”, CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL. Le déséquilibre entre collectivité et grands opérateurs. In: MARTINAND, Claude. *La maîtrise des services publics urbains organisés en réseaux*. Rapport 24 avril 2001. Paris: Les Editions des Journaux Officiels, 2001.

³ WALINE, Jean. *Droit administratif*. Paris: Dalloz-Sirey, 2010. p. 436.

⁴ “Le contrat privé résulte de la rencontre de deux volontés juridiquement *égales*: et cette égalité se retrouve dans la formation et l’exécution du contrat. Dans le contrat administratif, au contraire, la personne publique met en œuvre un certain nombre de *prérogatives* liées à la primauté de *l’intérêt général* dont elle a la garde, et qui placent, par rapport à son cocontractant, en position de *supériorité*; la puissance qui s’affirme dans la décision exécutoire, reparait au sein du procédé contractuel il y a bien accord de volontés, mais sur une base d’inégalité juridique” (RIVERO, Jean. *Droit administratif*. Paris: Dalloz-Sirey, 2011. p. 95).

⁵ SEILLER Bertrand. *Droit administratif*. L’action administrative. Paris: Flammarion, 2010. p. 201. t. 2.

direction et de contrôle afin de s'assurer de la bonne exécution du marché ou de la délégation, elle est autorisée à modifier unilatéralement certaines clauses du contrat selon les besoins du service, et peut également "mettre fin avant son terme à un contrat [...] dès lors qu'il existe des motifs d'intérêt général".⁶ Ces pouvoirs ne sont certes pas sans limites, mais ils expriment tout de même une inégalité manifeste au profit de la personne publique, conduisant ainsi la doctrine à opposer le contrat administratif au contrat de droit privé où les contractants sont "nécessairement" dans une relation d'égalité; celle-ci étant garantie par l'article 1134 du Code civil en vertu duquel "les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites". Autrement dit, si le principe de l'autonomie des volontés, et la force obligatoire des stipulations qui en découlent, fonde de manière absolue le droit des contrats privés, il subit une véritable entorse en droit des contrats administratifs. À cet égard, l'inégalité juridique qu'exprime le contrat administratif s'explique par la différence de nature des intérêts qui animent les parties, l'intérêt général que porte la personne publique prévalant sur l'intérêt personnel de son contractant privé. C'est ainsi que la doctrine oppose de façon dichotomique le contrat privé, tenu pour un parangon d'égalité, et le contrat administratif, siège privilégié de l'inégalité.⁷

Cependant, cette idée, si largement répandue par la doctrine, d'après laquelle le contrat administratif est marqué par une "inégalité fondamentale",⁸ semble ne pas présenter un caractère absolu. Comme en témoignent en effet les conclusions de la Cour des comptes dans certains de ses rapports, l'inégalité peut parfois être inversée ou, plus précisément, dévoyée, Élisabeth Mella constatant à cet égard, concernant certaines conventions de délégations de services publics locaux, un "phénomène de dévoiement des prérogatives de l'administration contractante au profit des délégataires".⁹ De surcroît, d'autres soulignent que "l'originalité du contrat administratif tend à se relativiser en raison de la crise du contrat en droit civil",¹⁰ c'est-à-dire par le "développement de l'unilatéralisme en droit civil".¹¹ D'autre part, il y a lieu de constater que l'essor de la liberté contractuelle des personnes publiques consécutive à la décentralisation a permis à l'administration de "développer avec ses cocontractants des relations fondées sur la collaboration et non plus sur des rapports

⁶ CONSEIL D'ÉTAT. *Union des transports publics urbains et régionaux*. 2 février 1983. Lebon. p. 33.

⁷ "Les contrats civils supposent deux contractants placés sur un pied de parfaite égalité. Le contrat administratif proprement dit suppose essentiellement deux contractants qui se reconnaissent placés sur un pied d'inégalité: l'un représente l'intérêt général, le service public; l'autre, l'intérêt privé du contractant" (JÈZE, Gaston. *Les principes généraux du droit administratif*. Le fonctionnement des services publics. Paris: Dalloz-Sirey, 2011. p. 300. t. 3).

⁸ WALINE, Jean. *Droit administratif*. Paris: Dalloz-Sirey, 2010. p. 446.

⁹ MELLA, Élisabeth. Le dévoiement des prérogatives des collectivités territoriales en matière contractuelle. *Bulletin Juridique des Collectivités Locales*, 2012.

¹⁰ HOEPFFNER, Hélène. *La modification du contrat administratif*. Paris: LGDJ, 2009. p. 36.

¹¹ GUETTIER, Christophe. *Droit des contrats administratifs*. Paris: PUF, 2011. p. 425.

d'autorité".¹² De sorte que le développement de "l'idée de collaboration" au sein du contrat administratif tend à affaiblir sa dimension inégalitaire. Il résulte de tout cela que le postulat d'inégalité du contrat administratif, s'il n'est pas remis en cause, mérite néanmoins d'être nuancé.

L'idée d'inégalité du contrat administratif réside essentiellement dans le fait que "l'administration dispose, à l'égard de son contractant, de *prérogatives* sans équivalent dans les contrats privés".¹³ Les clauses ainsi que les règles caractérisant l'existence de telles prérogatives sont qualifiées d'exorbitantes en cela qu'elles sont "étrangères à celles que l'on rencontre normalement dans les contrats entre particuliers".¹⁴ C'est donc l'exorbitance qui s'attache à ce type de clause qui exprime "l'inégalité des parties au profit de la personne publique"¹⁵ et qui fait dire à la doctrine que le contrat administratif est inégal.

Par ailleurs, les pouvoirs exorbitants, permettant notamment à l'administration de modifier les conditions d'exécution du contrat, "contribuent également à relativiser le postulat d'égalité des partenaires sur lequel repose l'article 1134" du Code civil,¹⁶ étant donné que dans une telle situation – celle d'une modification unilatérale des clauses contractuelles – le contrat "tel qu'il a été signé n'est pas entièrement la loi des parties".¹⁷ Dans le droit privé, l'égalité des parties contractantes repose en effet sur le principe d'immutabilité des clauses contractuelles. Or, en droit administratif, l'inégalité résulte du fait que ce principe n'est pas absolu, l'administration contractante pouvant, si les besoins de l'intérêt général l'exigent, modifier de façon unilatérale les obligations de son partenaire.

Autrement dit, si le contrat administratif est inégal c'est parce qu'il est empreint d'exorbitance et que son exécution est guidée par la primauté de l'intérêt général. En effet, l'exorbitance, en ce qu'elle est supposée définir le contrat administratif et profiter uniquement à l'administration, fonde son caractère inégalitaire, lequel est en outre conforté par la mise en relief de l'intérêt général qui garantit la supériorité juridique de l'administration en lui permettant notamment de modifier le contrat sans le consentement préalable de son partenaire privé. Aussi, si le postulat d'inégalité vaut d'être nuancé c'est en raison du fait que les principes expliquant la prééminence de l'administration peuvent, dans certains cas, s'inverser et ainsi jouer en faveur de son cocontractant.

Une étude attentive du champ d'application du droit exorbitant démontre en effet que l'inégalité qui en résulte ne s'applique ni nécessairement au contrat

¹² HOEPFFNER, Hélène. *La modification du contrat administratif*. Paris: LGDJ, 2009. p. 32.

¹³ RIVERO, Jean. *Droit administratif*. Paris: Dalloz-Sirey, 2011. p. 99.

¹⁴ GAUDEMET, Yves. *Droit administratif*. Paris: LGDJ, 2010. p. 298.

¹⁵ TRUCHET, Didier. *Droit administratif*. Paris: PUF, 2011. p. 265.

¹⁶ SEILLER, Bertrand. *Droit administratif*. L'action administrative. Paris: Flammarion, 2010. p. 191. t. 2.

¹⁷ TRUCHET, Didier. *Droit administratif*. Paris: PUF, 2011. p. 277.

administratif ni au profit exclusif de l'administration contractante. Aussi, bien que le prisme à travers lequel on observe traditionnellement l'exorbitance confirme le postulat classique tel que formulé ci-avant, il suffit néanmoins de changer d'angle de vue pour s'apercevoir qu'elle possède une autre portée susceptible d'entraîner une inversion de l'exorbitance qui est de nature à mettre en défaut la prééminence de l'administration (2). D'autre part, il y a lieu de constater que la mutabilité ne se présente pas seulement sous les auspices de la modification unilatérale, sa mise en oeuvre pouvant ainsi reposer sur des motifs étrangers à l'intérêt général. Il en est ainsi lorsque, en cas de circonstances imprévisibles, la rupture de l'équilibre financier du contrat impose à l'administration d'octroyer une indemnité à son partenaire privé. C'est dans ce cas de figure l'intérêt privé qui est pris en compte, et qui parfois même prédomine comme en témoigne la réalité des relations contractuelles de certaines délégations de services publics locaux dont l'exécution est dictée par les exigences de la personne privée. Autrement dit, en matière de contrat administratif, la priorité traditionnellement accordée à l'intérêt général peut parfois s'inverser pour ainsi profiter à l'intérêt privé (3).

2 L'inversion de l'exorbitance

Ayant un caractère ambivalent, l'exorbitance est susceptible d'entraîner des conséquences différentes à celles qu'on lui associe d'ordinaire. Cette autre portée de l'exorbitance, qui se traduit par des réductions à l'encontre de la personne publique contractante ou des majorations au profit de son partenaire privé, conduit ainsi à affaiblir la prééminence de l'administration (2.1). L'exorbitance est également marquée par l'ubiquité puisque contrairement à ce "schéma simpliste",¹⁸ à cette distinction classique,¹⁹ opposant, d'un côté, un contrat privé ne comprenant que des stipulations conformes au droit privé et de l'autre, un contrat administratif affublé du manteau de l'exorbitance, d'aucuns font valoir que l'exorbitance se déploie également dans le cadre des relations contractuelles de droit privé, en raison notamment du développement du procédé unilatéral en droit civil des contrats.²⁰ Par ailleurs, il y a

¹⁸ CHAUVIN, Francis. Vers la privatisation du droit des contrats de l'administration?. In: *Mélanges en l'honneur de Henry Blaise*. Paris: Economica, 1995. p. 100.

¹⁹ Distinction qui se doit d'être nuancée, en tout premier lieu, par le fait qu' "un contrat administratif et un contrat civil peuvent être rédigés en termes identiques" (CHAUVIN, Francis. Vers la privatisation du droit des contrats de l'administration?. In: *Mélanges en l'honneur de Henry Blaise*. Paris: Economica, 1995. p. 104).

²⁰ BOULOIS, Xavier Dupré de. La puissance privée. Contribution à l'étude du pouvoir de décision unilatérale. Tese (Doutorado) – Paris, 2000; MUNAGORRI, Rafael Encinas de. *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*. Paris: LGDJ, 1995; JAMIN, Christophe; MAZEAUD, Denis (Orgs.). *L'unilatéralisme et le droit des obligations*. Paris: Economica, 1999; LECUYER, Hervé. La modification unilatérale du contrat. In: JAMIN, Christophe; MAZEAUD, Denis (Orgs.). *L'unilatéralisme et le droit des obligations*. Paris: Economica, 1999; ANDRÉ, Marie Elisabeth; RAYNARD Jacques. Regards dubitatifs de juristes de droit privé sur la clause exorbitante. In: CLAMOUR, Guylain; UBAUD-BERGERON, Marion. *Contrats publics*. Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal. Montpellier: Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006; RADE, Christophe. L'exorbitance du

lieu de constater que le phénomène de privatisation du droit de l'administration²¹ a conduit à un certain recul de l'exorbitance au sein même du contrat administratif,²² se traduisant ainsi par une inversion de la nature des rapports contractuels, laquelle s'inscrit chaque fois plus dans une logique de "normalité" (2.2).

2.1 L'autre portée de l'exorbitance

Aux termes de l'arrêt *Stein* du 20 octobre 1950, on peut lire que l'exorbitance vise à "conférer aux *parties* des *droits* ou de mettre à leurs charges 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".²³ La formulation de cet énoncé nous permet tout d'abord de constater que l'exorbitance ne s'attache pas uniquement à des droits mais aussi à des obligations. En second lieu, il convient de souligner que le Conseil d'État, en indiquant que ces droits sont conférés, et ces obligations mises à la charge des "parties", ne précise pas si ces droits bénéficient exclusivement à l'administration ou que ces obligations s'imposent uniquement à son contractant. De telle sorte que la Haute instance administrative n'établit pas de lien irréductible entre d'une part, droits exorbitants et administration et d'autre part, obligations exorbitantes et contractant de l'administration. Cette précision mérite d'être apportée dans la mesure où l'on associe traditionnellement l'exorbitance aux privilèges dont dispose la personne publique contractante alors que, comme le souligne Jean Waline, le régime des contrats administratifs déroge au droit commun des contrats "à la fois par les *prérogatives* qu'il consacre au profit de l'administration, (mais aussi) par les *sujétions* qu'il lui impose".²⁴ En outre, l'administration n'est pas la seule à disposer de prérogatives exorbitantes, le contractant privé pouvant, dans certains cas, jouir de "droits exorbitants".²⁵ Il y a par conséquent, en droit des contrats administratifs, d'autres manifestations, ou d'autres volets de l'exorbitance. En sorte que les règles s'appliquant au contrat administratif peuvent, par rapport à celles de droit privé, s'avérer "moins favorable"²⁶ à l'administration. Les sujétions exorbitantes de l'administration contractante (2.1.1.) et les droits exorbitants du cocontractant (2.1.2) en témoignent.

droit administratif. Regard d'un privatiste. In: MELLERAY, Fabrice (Org.). *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*. Paris: LGDJ, 2003.

²¹ AUBY, Jean-Bernard. Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et ses limites. In: *Études offertes à Jean-Marie Auby*. Paris: Dalloz, 1992. p. 4.

²² MELLERAY, Fabrice. L'exorbitance du droit administratif en question(s). *AJDA*, 2003. p. 1964.

²³ CONSEIL D'ÉTAT. *Stein*. 20 octobre 1950. Lebon. p. 505.

²⁴ WALINE, Jean. *Droit administratif*. Paris: Dalloz-Sirey, 2010. p. 436.

²⁵ WALINE, Jean. La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif. In: *Études à la mémoire du Professeur François Burdeau*. Paris: Lexis Nexis, 2008. p. 975.

²⁶ GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif*. Paris: LGDJ, 2001. p. 27. t. 1.

2.1.1 Les droits exorbitants du cocontractant de l'administration

L'administration n'a pas que des privilèges, elle a aussi des obligations. Des obligations, qui plus est, exorbitantes, que l'on ne trouve donc pas dans le cadre des relations contractuelles régies par le droit commun. Autrement dit, l'exorbitance du droit administratif ne se réduit pas à des prérogatives, elle se matérialise également par des sujétions à l'encontre de l'administration; lesquelles pourtant, il faut bien l'avouer, "sont souvent négligées par les auteurs au contraire des premières".²⁷

Il importe ainsi de rappeler que le "droit administratif se distingue (aussi) par les sujétions particulièrement rigides qu'il fait peser sur l'administration".²⁸ L'administration n'étant en effet pas libre de ses buts – elle est chargée de promouvoir l'intérêt général –, elle se voit soumise à des obligations spécifiques qui sont ignorées par les particuliers. De sorte que le caractère exorbitant du droit administratif, s'il permet de fournir à l'administration les moyens adaptés pour mener à bien ses missions, "lui impose, inversement, de les satisfaire et en trace les limites".²⁹

L'on doit à Jean Rivero d'avoir mis en lumière cet autre aspect de l'exorbitance en indiquant qu'à l'inverse des dérogations "en plus" au droit commun profitant à l'administration, les règles du droit administratif peuvent aussi se caractériser dans le sens d'une "réduction" des droits des personnes publiques.³⁰ Que l'on songe par exemple aux règles d'inaliénabilités du domaine public qui imposent des restrictions à l'exercice du droit de propriété des personnes publiques, ou aux règles du droit de la fonction publique, contraignant l'administration à recourir aux concours administratifs. Mais ces limitations se prolongent au-delà, pour également s'appliquer aux contrats administratifs, soumettant par conséquent l'administration contractante à des sujétions exorbitantes.

Il y a en effet lieu d'observer que la passation des contrats administratifs est régie par un ensemble de règles limitant la liberté contractuelle de l'administration: "la restriction de la liberté contractuelle est une expression maîtresse en matière de contrats administratifs".³¹ Jean Rivero explique à cet égard que l'intérêt général impose à l'administration "des limites auxquelles la volonté privée n'est pas astreinte", les règles propres au contrat administratif ayant ainsi "pour but d'établir ces limitations à la liberté contractuelle de l'administration".³² En effet, le formalisme contractuel s'imposant à l'administration dans l'élaboration de ses contrats, comme en matière d'adjudication, fait que la personne publique n'a pas toujours le choix de

²⁷ MELLERAY, Fabrice. L'exorbitance du droit administratif en question(s). *AJDA*, 2003. p. 1961.

²⁸ SEILLER, Bertrand. *Droit administratif*. L'action administrative. Paris: Flammarion, 2010. p. 297. t. 2.

²⁹ SEILLER, Bertrand. *Droit administratif*. L'action administrative. Paris: Flammarion, 2010. p. 298. t. 2.

³⁰ RIVERO, Jean. Existe-t-il un critère du droit administratif ?. *RDP*, 1953. p. 279.

³¹ LLORENS, François. *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics*. Paris: LGDJ, 1981. p. 107.

³² RIVERO, Jean. *Droit administratif*. Paris: Dalloz-Sirey, 2011. p. 95.

son cocontractant.³³ Il en va de même en ce qui concerne l'élaboration des clauses contractuelles, dès lors que "la liberté dans la rédaction du contrat est elle-même remise en cause par une réglementation croissante des contrats publics".³⁴

Au demeurant, cette multiplicité de restrictions s'explique par le fait qu'il s'agit moins de liberté que de compétence. À la différence des personnes physiques, "les personnes publiques ne tiennent leur qualité juridique que des attributions qui leur sont conférées par la loi à des fins d'intérêt général".³⁵ Autrement dit, la situation des personnes morales de droit public se distingue de celle des particuliers "parce que la limitation de l'objet (du contrat) et l'habilitation procèdent en droit public de la notion de compétence, qui constitue une fonction d'intérêt général et non un droit subjectif".³⁶

Par ailleurs, à ces contraintes juridiques qui limitent la liberté contractuelle des personnes publiques, il faut en ajouter d'autres, qui ne sont pas de droit mais de fait, et qui dans certaines situations tendent à favoriser les partenaires privés de l'administration. Dans son étude sur les prérogatives des collectivités territoriales en matière contractuelle, Élisabeth Mella a démontré que la faiblesse de la concurrence, découlant de la domination des marchés pertinents par des grands groupes industriels en situation d'oligopole, avait pour conséquence non seulement de restreindre le choix par les collectivités de leur délégataire, mais aussi de soumettre l'administration aux règles du jeu contractuel définies par l'entreprise privée.³⁷ Aussi, bien qu'il ne s'agisse pas là de sujétions au sens juridique du terme, il n'en demeure pas moins que le contexte dans lequel s'inscrit certaines relations contractuelles impose à l'administration des "sujétions exorbitantes de nature factuelle" qui créent une situation de déséquilibre au profit de son partenaire privé.

Par conséquent, cet autre volet de l'exorbitance démontre qu'en matière contractuelle, la personne publique est assurément moins libre qu'une personne privée, et que son activité est tout aussi bien soumise à des réductions qu'elle n'est favorisée par des "majorations". Par ailleurs, la force de l'idée d'inégalité qui s'attache au contrat administratif se doit également d'être nuancée par les garanties ou droits exorbitants du cocontractant.

³³ MAUGÜÉ, Christine. Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs. *AJDA*, 1998. p. 694.

³⁴ NICINSKI, Sophie. Le dogme de l'autonomie de la volonté dans les contrats administratifs. In: CLAMOUR, Guylain; UBAUD-BERGERON, Marion. *Contrats publics*. Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal. Montpellier: Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006. p. 51.

³⁵ BRÉCHON-MOULÈNES, Christine. Liberté contractuelle des personnes publiques. *AJDA*, 1998. p. 644.

³⁶ RICHER, Laurent. *Droit des contrats administratifs*. Paris: LGDJ, 2010. p. 133.

³⁷ MELLA, Élisabeth. Le dévoiement des prérogatives des collectivités territoriales en matière contractuelle. *Bulletin Juridique des Collectivités Locales*, 2012.

2.1.2 Les sujétions exorbitantes de l'administration contractante

Les droits exorbitants du cocontractant sont de deux sortes: il peut s'agir de droits s'appliquant à l'égard des usagers et des administrés ou de droits s'appliquant vis-à-vis de l'administration contractante.

Sur le premier point, il est fréquent, dans le cadre d'une concession de service public, que le concédant mette à la disposition du concessionnaire, afin de faciliter l'exécution de ses obligations contractuelles, certaines prérogatives de puissance publique constituant de véritables "privilèges exorbitants du droit commun".³⁸ Le cocontractant peut, en premier lieu, bénéficier de "droits afférents à la gestion du service"³⁹ lui permettant par exemple de recevoir des délégations du pouvoir de police, ainsi que de procéder à une expropriation pour cause d'utilité publique. Il peut, en deuxième lieu, bénéficier de "droits pécuniaires",⁴⁰ et il en va notamment ainsi lorsque "le concessionnaire de service public est autorisé à percevoir sur les usagers des taxes qui constituent la contre-partie du service à eux rendu".⁴¹ Notons enfin qu'il peut aussi bénéficier "d'un monopole de droit" dès lors que l'administration s'engage "à ne pas traiter avec un concurrent, et même à ne pas faciliter indirectement la concurrence".⁴²

Cela étant, ce qui nous intéresse plus particulièrement concerne les droits exorbitants dont dispose le cocontractant dans le cadre de ses rapports avec l'administration. Les "droits exorbitants"⁴³ dont il s'agit, se manifestent essentiellement sur le plan financier et se traduisent par des indemnités d'imprévision, lesquelles tirent leur caractère exorbitant par le fait de constituer, comme le souligne Jean Rivero, des "garanties que le droit privé ignore".⁴⁴ Consacrée par le Conseil d'État, dans le célèbre arrêt du 30 mars 1916 *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, la théorie de l'imprévision donne droit au cocontractant, en cas d'"aléa économique",⁴⁵ c'est-à-dire lorsqu'"un événement imprévisible et étranger à la volonté des parties a provoqué le bouleversement de l'économie du contrat" –⁴⁶ *aléa économique* qui se distingue alors de *l'aléa administratif* s'appliquant dans le cadre de la théorie du fait du prince – de recevoir une indemnité financière versée par l'administration contractante afin de lui permettre d'assurer le fonctionnement continu du service public.

³⁸ RIVERO, Jean. *Droit administratif*. Paris: Dalloz-Sirey, 2011. p. 427.

³⁹ RIVERO, Jean. *Droit administratif*. Paris: Dalloz-Sirey, 2011. p. 427.

⁴⁰ RIVERO, Jean. *Droit administratif*. Paris: Dalloz-Sirey, 2011. p. 427.

⁴¹ RIVERO, Jean. *Droit administratif*. Paris: Dalloz-Sirey, 2011. p. 102.

⁴² RIVERO, Jean. *Droit administratif*. Paris: Dalloz-Sirey, 2011. p. 427.

⁴³ WALINE, Jean. La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif. In: *Études à la mémoire du Professeur François Burdeau*. Paris: Lexis Nexis, 2008. p. 975.

⁴⁴ RIVERO, Jean. *Droit administratif*. Paris: Dalloz-Sirey, 2011. p. 99.

⁴⁵ RIVERO, Jean. *Droit administratif*. Paris: Dalloz-Sirey, 2011. p. 104.

⁴⁶ CHAPUS, René. *Droit administratif général*. Paris: Montchrestien, 2001. p. 1211. t. 1.

L'indemnité d'imprévision consiste ainsi en ce que l'administration apporte un soutien financier au cocontractant afin de l'aider à surmonter les "difficultés temporaires"⁴⁷ relatives à l'exécution du contrat. L'indemnité n'est donc que provisoire puisqu'elle ne vise qu'à permettre au cocontractant de faire face à des "circonstances extracontractuelles",⁴⁸ et non simplement ordinaires, dès lors qu'elles dépassent les calculs et les prévisions envisagés par les parties lors de la passation du contrat. De par son caractère exceptionnelle, la période au cours de laquelle l'imprévision s'applique est censée n'être que provisoire de sorte que si le déséquilibre persiste et devient définitif "la situation nouvelle ainsi créée constitue un cas de force majeure" justifiant la résiliation du contrat.⁴⁹

L'imprévision est en vérité moins une indemnité à proprement parlé qu'une "aide de l'administration" qui, soit dit en passant, ne couvre pas l'intégralité du préjudice subi par le cocontractant.⁵⁰ Il faut en effet préciser que "l'imprévision n'a pas été conçue pour résoudre les difficultés financières structurelle permanentes affectant le contrat".⁵¹ Cela s'explique par le fait que "la théorie de l'imprévision ne trouve pas son fondement essentiel et initial dans le souci d'assurer au concessionnaire une rémunération correcte" mais dans celui "d'éviter la ruine du concessionnaire qui serait susceptible d'entraîner l'interruption du service".⁵² Aussi, envisager l'imprévision, sinon comme une indemnité du moins comme un soutien en vue d'assurer la continuité du service public, témoigne de la "situation de collaboration"⁵³ dans laquelle s'inscrivent l'administration et son cocontractant. Étant donné que celui-ci est devenu, comme l'a écrit le Professeur Waline, un "collaborateur",⁵⁴ il ne peut être vu comme un cocontractant ordinaire, ce qui justifie ainsi les avantages dont il bénéficie, et "qu'on ne rencontre pas dans les rapports entre particuliers".⁵⁵

Du reste, il convient d'observer que le principe de l'équilibre financier "interdit aux parties de limiter à l'avance, ou à a fortiori d'exclure, le droit du cocontractant à l'indemnité pour les sujétions que l'administration lui imposerait en cours de

⁴⁷ CONSEIL D'ÉTAT. *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*. 30 mars 1930. Lebon. p. 125.

⁴⁸ CONSEIL D'ÉTAT. *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*. 30 mars 1930. Lebon. p. 125.

⁴⁹ CONSEIL D'ÉTAT. *Compagnie des tramways de Cherbourg*. 9 décembre 1932. Lebon. p. 1050.

⁵⁰ "Sur le plan financier, l'indemnité à laquelle a droit le cocontractant n'équivaut pas à une garantie de recettes. C'est une aide destinée à lui permettre de continuer à assurer l'exécution du contrat. Ainsi, cette aide ne couvre pas son manque à gagner, mais uniquement la perte qu'il a enregistrée" (GUETTIER, Christophe. *Droit des contrats administratifs*. Paris: PUF, 2011. p. 468).

⁵¹ LACHAUME, Jean-François *et al.* *Droit administratif*. Les grandes décisions de la jurisprudence. Paris: PUF, 2010. p. 596.

⁵² DUFU, Valérie. *Les sujétions exorbitantes du droit commun en droit administratif*. Paris: L'Harmattan, 2000. p. 309.

⁵³ DUFU, Valérie. *Les sujétions exorbitantes du droit commun en droit administratif*. Paris: L'Harmattan, 2000. p. 308.

⁵⁴ WALINE, Marcel. L'évolution des rapports de l'État avec ses cocontractants. *RDP*, 1951. p. 5.

⁵⁵ DUFU, Valérie. *Les sujétions exorbitantes du droit commun en droit administratif*. Paris: L'Harmattan, 2000. p. 308.

contrat”.⁵⁶ Ce qui par conséquent renforce le caractère exorbitant de la garantie d'imprévision, puisqu'il s'agit d'un droit résultant de règles générales applicables aux contrats administratifs et qui, partant, ne peut être exclu par des stipulations consenties préalablement.⁵⁷

L'exorbitance est par conséquent multiple et ne trouve pas son unique traduction dans les prérogatives dont bénéficie l'administration contractante. L'exorbitance s'exprime également par des réductions à l'encontre de la personne publique ou par des majorations au profit de l'entreprise privée. Aussi, cette diversité de l'exorbitance, si elle ne le remet pas totalement en cause, conduit cependant à tempérer le caractère inégalitaire du contrat administratif jouant en faveur de l'administration. Au demeurant, pour ne retenir que cet aspect classique de l'exorbitance, qui place l'administration dans une situation de supériorité, force est de constater qu'elle connaît un certain recul ayant eu pour effet de “normaliser” la nature des rapports contractuels.

2.2 Le recul de l'exorbitance et l'inversion de la nature des rapports contractuels

Contrairement à cette idée reçue, la nature du contrat ne détermine pas son contenu, de sorte que l'exorbitance n'est pas intrinsèquement liée au contrat administratif, comme en atteste le “mouvement de banalisation du droit de l'administration” (2.2.1). De surcroît, il convient de souligner que l'exorbitance connaît un certain nombre de limites, qui en réduit sa portée et son effectivité (2.2.2).

2.2.1 La privatisation des contrats administratifs

La construction européenne, fondée sur une idéologie libérale, a entraîné, sur le plan national, ce que Jean-Bernard Auby qualifie de “mouvement de banalisation du droit de l'administration”, et qui correspond à cette “tendance à soumettre celle-ci aux règles qui régissent les relations juridiques privées, ou à des règles inspirées de celles qui régissent les relations juridiques privées”.⁵⁸ Cette “privatisation du droit des contrats de l'administration”⁵⁹ s'est tout d'abord traduite par un accroissement du nombre des contrats de droit privé conclus par l'administration, celle-ci ayant par

⁵⁶ LLORENS, François. Le pouvoir de modification unilatérale et le principe de l'équilibre financier dans les contrats administratifs. *RFDA*, 1984-1985. p. 50.

⁵⁷ La théorie de l'imprévision est en effet d'ordre public et s'applique de plein droit même en présence d'une clause l'écartant, CONSEIL D'ÉTAT. *Hospice de Vienne*. 10 mars 1958. Lebon. p. 124.

⁵⁸ AUBY, Jean-Bernard. Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et ses limites. In: *Études offertes à Jean-Marie Auby*. Paris: Dalloz, 1992.

⁵⁹ CHAUVIN, Francis. Vers la privatisation du droit des contrats de l'administration?. In: *Mélanges en l'honneur de Henry Blaise*. Paris: Economica, 1995. p. 94.

conséquent de moins en moins recours au contrat administratif,⁶⁰ réduisant par là même les manifestations de l'exorbitance dans le cadre du droit des contrats publics. La réforme de l'administration des postes et des télécommunications témoigne de ce phénomène dès lors que les relations de *La Poste* et de *France Télécom* avec leurs usagers, leurs fournisseurs et leurs tiers, sont dorénavant soumises au droit privé.

Cela étant, il importe de souligner que cette pénétration du droit commun au sein des relations entre les personnes publiques et leurs contractants touchent les "contrats publics" dans leur ensemble: tant les contrats privés de l'administration que les contrats administratifs. À cet égard, d'aucuns soulignent un "phénomène d'immixtion du droit privé dans les contrats administratifs" entraînant l'existence de contrats administratifs ayant un contenu de droit privé et qualifiés pour cette raison de "contrats administratifs de droit privé".⁶¹ Le Professeur Francis Chauvin fait observer que "cette situation est la conséquence d'un principe jurisprudentiel selon lequel les conventions conclues entre une personne juridique et une personne privée ont un caractère administratif dès lors qu'elles ont pour objet l'exécution même du service public", de sorte que "point n'est besoin de rechercher si elles contiennent des clauses exorbitantes du droit commun". Et de poursuivre en indiquant qu'"en pratique il est possible, non seulement qu'elles n'en contiennent pas, mais que l'administration ait prévu expressément l'application de régime de droit privé", pour enfin ajouter qu'"il n'en sera pas tenu compte par le juge pour déterminer la nature du contrat qui sera dit administratif".⁶² Le Professeur Chauvin évoque, à titre d'exemple, les contrats d'engagement de personnels par des personnes morales de droit public, et cite à ce propos la jurisprudence du Tribunal des Conflits qui considère "que les agents participant à l'exécution même du service public ne peuvent être employés dans les conditions du droit privé", pour ensuite ajouter cette précision importante: "quelles que soient les clauses de leur contrat".⁶³

Cette illustration jurisprudentielle révèle ainsi que l'exorbitance n'est pas foncièrement attachée à la nature administrative du contrat. Et quand bien même se voit-il drapé de l'exorbitance, celle-ci connaît des limites affectant le tissu de son enveloppe.

⁶⁰ CHAUVIN, Francis. Vers la privatisation du droit des contrats de l'administration?. In: *Mélanges en l'honneur de Henry Blaise*. Paris: Economica, 1995. p. 97.

⁶¹ CHAUVIN, Francis. Vers la privatisation du droit des contrats de l'administration?. In: *Mélanges en l'honneur de Henry Blaise*. Paris: Economica, 1995. p. 103.

⁶² CHAUVIN, Francis. Vers la privatisation du droit des contrats de l'administration?. In: *Mélanges en l'honneur de Henry Blaise*. Paris: Economica, 1995. p. 103.

⁶³ TRIBUNAL DES CONFLITS. Centre national pour l'aménagement des structures des exploitations agricoles c/ Mlle F... 19 février 1990; TRIBUNAL DES CONFLITS. Préfet de l'Essonne c/ Mme D... 21 juin 1993; TRIBUNAL DES CONFLITS. Préfet de la Gironde c/ Conseil de prud'homme de Bordeaux et M... 11 octobre 1993.

2.2.2 Les limites de l'exorbitance

L'exorbitance connaît des limites quant à son application, notamment lorsque le juge administratif s'emploie à vérifier que l'administration n'utilise pas l'exorbitance dans le seul objectif d'insérer dans le contrat une clause impossible en droit privé. Comme l'explique François Chauvin, "cette évolution s'insère dans une politique jurisprudentielle qui vise à moraliser le comportement de l'administration en mettant un terme à des pratiques contractuelle condamnables. Elle a pour effet de limiter la possibilité offerte aux personnes morales de droit public d'écarter l'application d'une règle de droit privé jugée inopportune, en faisant de cette exclusion une clause exorbitante du droit commun qui transformerait une convention illégale de droit privé en contrat administratif légal".⁶⁴ Aussi, en contraignant l'administratif à se conformer aux règles de droit privé excluant certaines clauses, cette jurisprudence contribue à limiter le recours aux clauses exorbitantes et réduit, en conséquence, la portée de l'exorbitance en droit des contrats administratifs.

Au demeurant, ce n'est pas que l'étendue des prérogatives exorbitantes de l'administration qui connaît des limites, mais aussi leur effectivité, notamment au regard de la pratique ou de la réalité contractuelle de certains contrats administratifs. En premier lieu, on peut en effet s'interroger, comme le fait le Professeur Jean Waline, sur "ce qui se passe lorsque" le contractant de l'administration "est une personne publique et non un simple particulier"; et ainsi se demander si "le pouvoir de modification unilatérale [...] a-t-il un sens lorsqu'il s'agit d'un contrat entre personnes publiques".⁶⁵ Curieuse configuration en effet que celle où il est permis à chacune des deux parties au contrat d'en modifier les termes par la volonté d'un seul. En sorte que toute modification unilatérale d'un des partenaires pourrait être rendue sans effet par l'autre.⁶⁶ Il semblerait cependant, au regard de la jurisprudence du Conseil d'État, qu'une telle prérogative n'existe pas ou, tout au moins, que son effectivité s'en trouve considérablement réduite. Le Conseil d'État a en effet considéré qu'il était impossible, dans le cadre d'une convention entre personnes publiques, "de procéder à une modification unilatérale" de celle-ci. Il a ainsi jugé qu'en décidant, de

⁶⁴ CHAUVIN, Francis. Vers la privatisation du droit des contras de l'administration?. In: *Mélanges en l'honneur de Henry Blaise*. Paris: Economica, 1995. p. 104.

⁶⁵ WALINE, Jean. Les contrats entre personnes publiques. *RFDA*, 2006. p. 230.

⁶⁶ Christophe Guettier s'interroge dans les termes suivant: "Lorsque les deux parties au contrat sont des personnes publiques, ne faut-il pas considérer que dans la mesure où elles se trouvent placées dans une situation d'égalité juridique fonctionnelle dans une optique d'harmonisation de leurs compétences, l'unilatéralisme n'a plus sa place dans le contrat?"; pour ainsi répondre en considérant que: "il semble possible d'admettre que le pouvoir de modification unilatérale, qui se justifie dans les contrats administratifs par une inégalité entre les parties contractantes tenant à leur situation par rapport au service public, disparaît lorsque les contractants apparaissent sur un pied d'égalité, comme c'est par exemple le cas lorsque des personnes publiques organisent leurs services publics communs. Lorsque les contractants sont égaux et gardiens au même titre de leurs services publics, il n'y a aucune raison de laisser subsister un tel pouvoir" (GUETTIER, Christophe. *Droit des contrats administratifs*. Paris: PUF, 2011. p. 430).

façon unilatérale, de ne plus assurer les prestations qui lui incombait, la personne publique contractante – le département, en l’espèce, lié contractuellement avec l’État – avait méconnue les stipulations de la convention, et qu’il appartenait, en conséquence, au “juge du contrat de sanctionner, par l’annulation de cette décision, l’atteinte portée par l’une des parties aux clauses du contrat”.⁶⁷

Enfin, une étude attentive de l’exécution des délégations de service public révèle que, dans la pratique, “le contrôle auquel les collectivités territoriales ont droit est largement dépendant du bon vouloir du délégataire”.⁶⁸ De nombreux rapports de la Cour des comptes mettent en effet en évidence “l’opacité et la confusion des éléments comptables et statistiques fournis par les délégataires aux collectivités”, obstruant ainsi “l’exercice des contrôles incombant à l’autorité délégante”.⁶⁹ Qui plus est, il ressort de ces mêmes rapports que “les pénalités contractuelles pour non-production des documents exigibles ne sont que très rarement appliquées”.⁷⁰ Les observations présentées par la Cour des comptes mettent donc en exergue l’inefficacité des pouvoirs de contrôle dont disposent les collectivités territoriales à l’égard des délégataires, soulignant ainsi le caractère exsangue du droit exorbitant dans le cadre des délégations de service public.⁷¹

3 La prééminence de l’intérêt privé

La mutabilité ne se réduit pas à la modification unilatérale. Elle peut se manifester sous une autre forme, s’inscrire dans un autre contexte et avoir un impact différent sur la nature des relations contractuelles entre les parties. Elle peut en effet consister en un “remodelage judiciaire” du contrat⁷² permettant de corriger un déséquilibre excessif provoqué par des circonstances imprévisibles. Dans cette hypothèse, la mutabilité découle ainsi de la nécessité d’adapter le contrat aux événements le bouleversant en tenant compte de la situation du partenaire privé de l’administration. À l’inégalité par la mutabilité qu’implique l’unilatéralité dans le contrat, et exprimant la prééminence de l’administration, la théorie de l’imprévision met ainsi en évidence cette autre portée de la mutabilité qu’est l’égalité par la mutabilité et qui se concrétise

⁶⁷ CONSEIL D’ÉTAT. *Département de la Moselle*. 31 mars 1989. Lebon. p. 105.

⁶⁸ MELLA, Élisabeth. Le dévoiement des prérogatives des collectivités territoriales en matière contractuelle. *Bulletin Juridique des Collectivités Locales*, 2012.

⁶⁹ COUR DES COMPTES. *Le service public communal de la restauration collective en PACA*. Rapport 2004. p. 649.

⁷⁰ COUR DES COMPTES. *Les collectivités territoriales et la gestion des déchets ménagers*. Rapport 2004. p. 477.

⁷¹ Par ailleurs, en ce qui concerne le pouvoir de modification unilatérale de l’administration, il n’est pas inutile de rappeler que cette prérogative n’est pas absolue dès lors qu’elle ne s’applique pas aux dispositions relatives à la rémunération (RIVERO, Jean. *Droit administratif*. Paris: Dalloz-Sirey, 2011. p. 103). De surcroît, la modification unilatérale des obligations du cocontractant lui donne droit à une indemnisation financière (RIVERO, Jean. *Droit administratif*. Paris: Dalloz-Sirey, 2011. p. 101).

⁷² CADIET, Loïc. Une justice contractuelle, l’autre. In: *Études à la mémoire du Professeur François Burdeau*. Paris: Lexis Nexis, 2008. p. 179.

par le droit au rétablissement de l'équilibre financier au profit du cocontractant privé de la personne publique. Autrement dit, contrairement à la modification unilatérale, où la mutabilité est mise en oeuvre pour des motifs, exclusivement, d'intérêt général, la mutabilité vise ici à adapter le contrat aux nécessités de l'intérêt particulier du cocontractant. En effet, étant donné que le droit à l'équilibre financier repose non seulement sur la notion de continuité du service mais aussi et surtout sur celle de "juste-prix", il convient d'admettre que l'octroi au partenaire privé du droit d'obtenir une indemnité, du fait d'événements extérieurs aux parties s'étant répercutés sur le prix conventionnellement fixé,⁷³ résulte d'une valorisation de l'intérêt du concessionnaire (3.1). Plus qu'une valorisation, certaines situations révèlent néanmoins une véritable survalorisation de l'intérêt privé. Aussi, compte tenu de la réalité des rapports contractuels de certaines délégations de service public, marqués par une inégalité pouvant parfois profiter au cocontractant de l'administration, d'aucuns s'interrogent sur le fait de savoir si ce droit à l'équilibre pourrait également jouer en faveur de la personne publique contractante, lorsque, notamment, son partenaire réalise des profits excessifs. C'est ainsi qu'en fait de contrats de délégation de service public, se pose la question de la réciprocité du droit à l'équilibre en cas de rentabilité excessive du délégataire (3.2).

3.1 La valorisation de l'intérêt du concessionnaire dans la théorie de l'équilibre financier

Le principe de l'équilibre financier ne constitue pas seulement la contrepartie des prérogatives exorbitantes de l'administration. Si le cocontractant a droit à l'indemnisation des charges complémentaires résultant de l'exercice, par la partie publique, de son pouvoir de modification unilatérale ou de ses compétences étrangères à sa qualité de partie au contrat, d'autres événements, extérieurs et indépendants de la volonté des parties, sont également susceptibles d'affecter l'économie générale du contrat et de permettre au partenaire privé de faire valoir son droit au rétablissement de l'équilibre financier. Qu'il s'agisse de la théorie du fait du prince ou de la théorie de l'imprévision, le principe de l'équilibre financier repose sur "l'idée que la rémunération du cocontractant doit se modeler sur les charges qui lui incombent",⁷⁴ de sorte que si ces charges viennent à s'aggraver, en cas d'imprévision ou du fait du prince, "le cocontractant a droit au maintien de l'équilibre financier du contrat initialement convenu avec la partie publique".⁷⁵

⁷³ ANTOINE, Julien. La mutabilité contractuelle née de faits nouveaux extérieurs aux parties. *RFDA*, 2004.

⁷⁴ RIVERO, Jean. *Droit administratif*. Paris: Dalloz-Sirey, 2011. p. 103.

⁷⁵ GUETTIER, Christophe. *Droit des contrats administratifs*. Paris: PUF, 2011. p. 321.

Comme le souligne Jean Rivero, le principe de l'équilibre financier "joue dans la concession, étant donné sa longue durée, un rôle essentiel".⁷⁶ Pour preuve, l'application de la théorie de l'imprévision a été initialement consacrée et limitée aux contrats de délégation de service public dans l'objectif d'assurer la poursuite de leur exécution dans un contexte économiquement troublé par la première guerre mondiale. Aussi, considérant que l'indemnité d'imprévision constitue une aide provisoire allouée au concessionnaire de manière à lui permettre de faire face à des difficultés susceptibles de compromettre l'activité du service public dont il a la charge, une partie de la doctrine fonde le droit à l'équilibre financier sur la continuité du service public. D'autres auteurs estiment cependant que le fondement du droit à l'équilibre est beaucoup plus large, Christophe Guettier écrivant à cet égard que "si cette théorie est largement dominée par la volonté de répondre ainsi aux exigences de la continuité des services publics, des considérations d'équité paraissent également parfois inspirer le juge lorsqu'il vient compenser par le jeu de cette théorie les charges extraordinaires qui pèsent sur le cocontractant de l'administration".⁷⁷ Dans le prolongement de cette idée, d'autres ajoutent en précisant que le droit à l'équilibre repose sur la notion de "juste-prix".⁷⁸

Le Conseil d'État a en effet eu l'occasion de préciser que "la théorie de l'imprévision avait seulement pour objet d'assurer la continuité du service public",⁷⁹ en sorte que la notion de service public constituerait sinon le fondement, du moins la finalité de l'imprévision, et par voie de conséquence du droit au rétablissement de l'équilibre financier. Cette idée est en outre renforcée par le fait que le juge administratif ait admis l'application de la théorie de l'imprévision à un contrat arrivé à son terme,⁸⁰ la continuité du service public ne pouvant dans ce cas être de nature à justifier le versement de l'indemnité requise et en constituer ainsi son seul fondement. Ce n'est donc pas l'intérêt général qui prime, mais bien l'intérêt du concessionnaire, puisque sa prise en compte détermine, sur la base de la notion de "juste prix", l'octroi de l'indemnité d'imprévision.

Par conséquent, certains auteurs, s'appuyant sur la thèse Magnan de Bornier, fondent le droit à l'équilibre financier sur la notion de "juste prix". Selon cette thèse, "le contrat est constitué par la réunion d'un élément subjectif, la volonté des parties, et d'un élément objectif qui est extérieur aux parties, le juste prix".⁸¹ Si l'élément subjectif, en vertu de la force obligatoire du contrat, ne peut être modifié sans l'accord mutuel des deux parties, tout événement extérieurs au contrat se répercutant sur le

⁷⁶ RIVERO, Jean. *Droit administratif*. Paris: Dalloz-Sirey, 2011. p. 472.

⁷⁷ GUETTIER, Christophe. *Droit des contrats administratifs*. Paris: PUF, 2011. p. 469.

⁷⁸ ANTOINE, Julien. La mutabilité contractuelle née de faits nouveaux extérieurs aux parties. *RFDA*, 2004.

⁷⁹ CONSEIL D'ÉTAT. *S.A. des Sablières modernes d'Aressy*. 22 février 1980, Lebon. p. 110.

⁸⁰ CONSEIL D'ÉTAT. *Département des Hautes-Pyrénées c/ Société Sofilia*. 12 mars 1976, Lebon. p. 155.

⁸¹ ANTOINE, Julien. La mutabilité contractuelle née de faits nouveaux extérieurs aux parties. *RFDA*, 2004.

prix conventionnellement fixé, et dépassant le seuil de d'imprévision, constitue un élément objectif qui n'entretient aucun lien avec la volonté des parties et dont la perte devra être compensé par le versement d'une indemnité.⁸² L'application du droit à l'équilibre est ainsi conditionnée par "un dépassement du juste prix",⁸³ lequel repose "sur l'équation financière telle que définie lors de la conclusion de la convention initiale".⁸⁴

Il résulte de cela que l'équité est une des caractéristiques du contrat administratif. Gaston Jèze soulignant à cet égard que "le contrat de concession est essentiellement un contrat de bonne foi. Lorsqu'on conclut il y a une *équation financière*. L'équité veut qu'elle soit maintenue en faisant varier certaines modifications non prévues".⁸⁵ Une équité qui, comme nous venons de le voir, se traduit par la recherche du juste prix et qui nous conduit à nous interroger sur le fait de savoir si cette équité, et plus précisément la notion de "juste prix", peut-elle jouer en faveur de l'administration contractante en cas de déséquilibre financier résultant d'une rentabilité excessive du délégataire sous-tendue par une survalorisation de ses intérêts au détriment de l'intérêt général.

3.2 La survalorisation de l'intérêt du délégataire et la réciprocité du droit à l'équilibre financier

Si le principe de l'équilibre financier du contrat vise à concilier l'intérêt du concessionnaire et les exigences inhérentes à tout service public,⁸⁶ l'on est en droit de se demander si, dans les cas où la rentabilité excessive du délégataire entraîne un déséquilibre financier compromettant les intérêts des usagers et de la collectivité locale, une partie de sa rémunération ne devrait-elle pas être reversée à l'administration.

Une chose digne de remarque, c'est que quand bien même le contrat administratif est par nature déséquilibré en pouvoir juridique, il peut parfois révéler un déséquilibre en pouvoir économique faisant basculer le rapport de force au profit du cocontractant de l'administration.⁸⁷ Aussi, dans une telle situation de renversement du déséquilibre, les pouvoirs exorbitants de la personne publique sont comme supplantés, annihilés, voire inféodés par la supériorité économique de son partenaire privé. Or, comme l'a fait remarqué Élisabeth Mella, malgré cette réalité contractuelle "le droit au

⁸² ANTOINE, Julien. La mutabilité contractuelle née de faits nouveaux extérieurs aux parties. *RFDA*, 2004.

⁸³ ANTOINE, Julien. La mutabilité contractuelle née de faits nouveaux extérieurs aux parties. *RFDA*, 2004.

⁸⁴ ANTOINE, Julien. La mutabilité contractuelle née de faits nouveaux extérieurs aux parties. *RFDA*, 2004.

⁸⁵ JÈZE, Gaston. *Les principes généraux du droit administratif*. Le fonctionnement des services publics. Paris: Dalloz-Sirey, 2011. p. 320. t. 3.

⁸⁶ RIVERO, Jean. *Droit administratif*. Paris: Dalloz-Sirey, 2011. p. 427.

⁸⁷ VIDAL, Laurent. *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*. Bruxelles: Bruylant, 2005. p. 39.

rétablissement de l'équilibre du contrat ne joue qu'au profit du délégataire” et jamais à ses dépens.⁸⁸

Le constat de ce déséquilibre a été mis en lumière par la Cour des comptes dans nombreux de ses rapports. Aussi, dans une étude consacrée aux relations entre les collectivités territoriales et ses partenaires privés dans le cadre des contrats de délégation, Élisabeth Mella, s'appuyant sur les conclusions de la Haute juridiction financière, révèle une situation de soumission des collectivités à l'égard de grands opérateurs, ayant conduit à un “dévoiement” de leurs prérogatives – l'administration n'ayant plus, dans les faits, la main mise sur la négociation et l'exécution des contrats – ainsi qu'à une “valorisation gracieuse du service public par le délégataire”.⁸⁹ Ces rapports dévoilent en effet un “enrichissement du délégataire au-delà de ses obligations de délégation de SP, mais grâce aux moyens que lui procure le service public”. C'est le cas par exemple en matière de restauration collective, où la Cour des comptes a pu souligner que l'activité extérieure développée par le délégataire résultant de l'utilisation “des installations de la cuisine centrale pour confectionner des repas vendus à la clientèle extérieure, donc hors délégation”, et qui était censé n'être qu'une activité accessoire, “a connu une très forte évolution au point d'en devenir l'activité principale pour ce qui est du nombre de repas produits”.⁹⁰ C'est le même état des lieux que dresse Antonin Gras qui constate “une rentabilité excessive de certains contrats de délégation de service public”,⁹¹ source d'une “rémunération injustifiée”,⁹² qui est favorisée d'une part, par une asymétrie d'information entraînant “un déséquilibre du point de vue des données réelles” et d'autre part, par un “manque d'effectivité du contrôle du délégant sur la rentabilité financière du contrat”.⁹³ Il résulte de cela, une création de gains non prévue par l'équilibre financier conduisant à un déséquilibre injustifié.⁹⁴

Or, en raison du caractère d'intérêt général de l'activité de service public, faisant obstacle à ce que l'exploitant puisse en tirer un profit excessif, une partie de la doctrine

⁸⁸ MELLA, Élisabeth. Le dévoiement des prérogatives des collectivités territoriales en matière contractuelle. *Bulletin Juridique des Collectivités Locales*, 2012.

⁸⁹ MELLA, Élisabeth. Le dévoiement des prérogatives des collectivités territoriales en matière contractuelle. *Bulletin Juridique des Collectivités Locales*, 2012.

⁹⁰ Il en va de même en matière de délégation de service public d'élimination des déchets ménagers: “Un syndicat des Pays de la Loire a accordé une augmentation de la partie fixe de la rémunération de l'exploitant de l'usine d'incinération, justifiée par la baisse attendue du tonnage après la mise en place de la collecte sélective. Or, l'usine fonctionne toujours au maximum de sa capacité et l'augmentation de 8% de la rémunération initiale a procuré un avantage à l'exploitant sans contrepartie réelle pour la collectivité” (MELLA, Élisabeth. Le dévoiement des prérogatives des collectivités territoriales en matière contractuelle. *Bulletin Juridique des Collectivités Locales*, 2012).

⁹¹ GRAS, Antonin. Équilibre financier des contrats de délégation de service public. *Droit Administratif*, Juillet, n. 7, 2012.

⁹² GRAS, Antonin. Équilibre financier des contrats de délégation de service public. *Droit Administratif*, Juillet, n. 7, 2012.

⁹³ GRAS, Antonin. Équilibre financier des contrats de délégation de service public. *Droit Administratif*, Juillet, n. 7, 2012.

⁹⁴ GRAS, Antonin. Équilibre financier des contrats de délégation de service public. *Droit Administratif*, Juillet, n. 7, 2012.

fonde l'équilibre financier sur le principe de juste rémunération, de bénéfice normal,⁹⁵ de bénéfice raisonnable,⁹⁶ de rentabilité limitée.⁹⁷ En sorte que certains estiment légitime, concernant les profits que le délégataire peut retirer de "l'exploitation à des fins purement privées des moyens mis à sa disposition pour l'exploitation du service public", d'établir "un mécanisme de redistribution des super-profits"⁹⁸ de façon à permettre un retour à l'équilibre.⁹⁹

Il ne s'agira pas ici d'examiner les mesures envisagées pour restaurer l'équilibre financier affecté par la rentabilité excessive du délégataire. Cela dit, le débat que suscite ce renversement du déséquilibre financier nous permet de mettre en lumière un autre type d'inégalité dans le contrat administratif, une inégalité en défaveur, non pas du cocontractant privé, mais de l'administration, justifiant l'octroi en sa faveur d'un droit à l'équilibre.

4 Conclusion

C'est ainsi que la force du constat en vient à diminuer celle du postulat. À l'idée d'inégalité bâtie par la doctrine classique, les faits opposent une tout autre inégalité, une inégalité inverse, une inégalité qui pèse sur la personne publique contractante. Tout au long de cette étude, un autre regard sur le contrat administratif nous a ainsi permis d'en apprécier tous ses contours, tous ses reliefs, et d'en déduire qu'il n'était pas ontologiquement inégalitaire, qu'il ne pouvait se définir sur le fondement de la supériorité de l'administration contractante et par opposition au contrat privé. En effet, baignant dans les eaux de l'exorbitance, le contrat administratif vogue au gré d'un courant qui n'est pas à sens unique. Autrement dit, l'exorbitance ne conduit pas toujours à la prééminence de la personne publique, puisqu'elle peut tout autant s'imposer à elle que profiter à son cocontractant. L'exorbitance donnant par ailleurs certains signes d'essoufflement, il semblerait que des vents contraires tendent à faire dériver le contrat administratif vers les rives de la "normalité" contractuelle. D'autre part, le sceptre de l'intérêt général, que brandit l'administration pour manifester sa supériorité, a perdu de sa superbe. La théorie de l'imprévision implique en effet une valorisation des intérêts privés du concessionnaire, la réalité de certaines délégations conduisant même à une survalorisation de ses intérêts, et devant lesquels l'administration est souvent contrainte de se soumettre. Somme toute,

⁹⁵ MELLA, Élisabeth. Le dévoiement des prérogatives des collectivités territoriales en matière contractuelle. *Bulletin Juridique des Collectivités Locales*, 2012.

⁹⁶ WALINE, Marcel. L'évolution des rapports de l'État avec ses cocontractants. *RDP*, 1951. p. 18-20.

⁹⁷ MELLA, Élisabeth. Le dévoiement des prérogatives des collectivités territoriales en matière contractuelle. *Bulletin Juridique des Collectivités Locales*, 2012.

⁹⁸ MELLA, Élisabeth. Le dévoiement des prérogatives des collectivités territoriales en matière contractuelle. *Bulletin Juridique des Collectivités Locales*, 2012.

⁹⁹ GRAS, Antonin. Équilibre financier des contrats de délégation de service public. *Droit Administratif*, Juillet, n. 7, 2012.

sans pour autant s'effondrer, le socle théorique du contrat administratif chancelle. La mise en cause de la fixité de ses principes imposant ainsi de reconsidérer le contrat administratif à l'aune de cette nouvelle dynamique qui le sous-tend.

Bibliografia

ANDRÉ, Marie Elisabeth; RAYNARD Jacques. Regards dubitatifs de juristes de droit privé sur la clause exorbitante. In: CLAMOUR, Guylain; UBAUD-BERGERON, Marion. *Contrats publics*. Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal. Montpellier: Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006.

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

AUBY, Jean-Bernard. Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et ses limites. In: *Études offertes à Jean-Marie Auby*. Paris: Dalloz, 1992.

BOULOIS, Xavier Dupré de. La puissance privée. Contribution à l'étude du pouvoir de décision unilatérale. Tese (Doutorado) – Paris, 2000.

BRÉCHON-MOULÈNES, Christine. Liberté contractuelle des personnes publiques. *AJDA*, 1998.

CADIET, Loïc. Une justice contractuelle, l'autre. In: *Études à la mémoire du Professeur François Burdeau*. Paris: Lexis Nexis, 2008.

CHAPUS, René. *Droit administratif general*. Paris: Montchrestien, 2001. t. 1.

CHAUVIN, Francis. Vers la privatisation du droit des contras de l'administration?. In: *Mélanges en l'honneur de Henry Blaise*. Paris: Economica, 1995.

CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL. Le déséquilibre entre collectivité et grands opérateurs. In: MARTINAND, Claude. *La maîtrise des services publics urbains organisés en réseaux*. Rapport 24 avril 2001. Paris: Les Editions des Journaux Officiels, 2001.

DUFAU, Valérie. *Les sujétions exorbitantes du droit commun en droit administratif*. Paris: L'Hamattan, 2000.

GAUDEMET, Yves. *Droit administratif*. Paris: LGDJ, 2010.

GAUDEMET, Yves. *Traité de droit administratif*. Paris: LGDJ, 2001. t. 1.

GRAS, Antonin. Équilibre financier des contrats de délégation de service public. *Droit Administratif*, Juillet, n. 7, 2012.

GUETTIER, Christophe. *Droit des contrats administratifs*. Paris: PUF, 2011.

HOEPFFNER, Hélène. *La modification du contrat administratif*. Paris: LGDJ, 2009.

JAMIN, Christophe; MAZEAUD, Denis (Orgs.). *L'unilatéralisme et le droit des obligations*. Paris: Economica, 1999.

JÈZE, Gaston. *Les principes généraux du droit administratif*. Le fonctionnement des services publics. Paris: Dalloz-Sirey, 2011. t. 3.

LACHAUME, Jean-François et al. *Droit administratif*. Les grandes décisions de la jurisprudence. Paris: PUF, 2010.

LECUYER, Hervé. La modification unilatérale du contrat. In: JAMIN, Christophe; MAZEAUD, Denis (Orgs.). *L'unilatéralisme et le droit des obligations*. Paris: Economica, 1999.

LLORENS, François. *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics*. Paris: LGDJ, 1981.

LLORENS, François. Le pouvoir de modification unilatérale et le principe de l'équilibre financier dans les contrats administratifs. *RFDA*, 1984-1985.

- MAUGÜÉ, Christine. Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs. *AJDA*, 1998.
- MELLA, Élisabeth. Le dévoiement des prérogatives des collectivités territoriales en matière contractuelle. *Bulletin Juridique des Collectivités Locales*, 2012.
- MELLERAY, Fabrice (Org.). *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*. Paris: LGDJ, 2003.
- MELLERAY, Fabrice. L'exorbitance du droit administratif en question(s). *AJDA*, 2003.
- MUNAGORRI, Rafael Encinas de. *L'acte unilatéral dans les rapports contractuels*. Paris: LGDJ, 1995.
- NICINSKI, Sophie. Le dogme de l'autonomie de la volonté dans les contrats administratifs. In: CLAMOUR, Guylain; UBAUD-BERGERON, Marion. *Contrats publics*. Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal. Montpellier: Presses de la Faculté de droit de Montpellier, 2006.
- RADE, Christophe. L'exorbitance du droit administratif. Regard d'un privatiste. In: MELLERAY, Fabrice (Org.). *L'exorbitance du droit administratif en question(s)*. Paris: LGDJ, 2003.
- RICHER, Laurent. *Droit des contrats administratifs*. Paris: LGDJ, 2010.
- RIVERO, Jean. *Droit administratif*. Paris: Dalloz-Sirey, 2011.
- RIVERO, Jean. Existe-t-il un critère du droit administratif ?. *RDP*, 1953.
- SEILLER, Bertrand. *Droit administratif*. L'action administrative. Paris: Flammarion, 2010. t. 2.
- TRUCHET, Didier. *Droit administratif*. Paris: PUF, 2011.
- VIDAL, Laurent. *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*. Bruxelles: Bruylant, 2005.
- WALINE, Jean. *Droit administratif*. Paris: Dalloz-Sirey, 2010.
- WALINE, Jean. La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif. In: *Études à la mémoire du Professeur François Burdeau*. Paris: Lexis Nexis, 2008.
- WALINE, Jean. Les contrats entre personnes publiques. *RFDA*, 2006.
- WALINE, Marcel. L'évolution des rapports de l'État avec ses cocontractants. *RDP*, 1951.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MARTINS, Thomas Passos. L'inversion des principes du contrat administratif. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 33-53, jul./set. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i69.491.
