

**Résumé de la thèse (21 pages)**

**Le risque dans les contrats administratifs**

**sous la direction de Monsieur le professeur Pierre DELVOLVÉ**  
**Université Panthéon-Assas (Paris II)**

*Prix de thèse de l'Association française pour la recherche en Droit administratif (AFDA)*

*Prix de thèse de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)*

Au premier abord, l'étude du risque dans les contrats administratifs peut laisser perplexe. La notion de risque n'apparaît **pas d'une parfaite clarté ni d'une parfaite cohérence**. Elle est complexe et ses contours sont fuyants. Le terme est polysémique. La multiplication de ses emplois donne le vertige et laisse un sentiment de **désordre**. Le risque est à la mode, il est partout si bien qu'il peut paraître impossible d'en donner une définition unitaire. Non que le terme ne figure pas dans la loi, la jurisprudence, plus généralement dans le droit positif, mais plutôt parce que le droit en fait un usage sans rigueur. Le succès du mot n'a d'égal que l'**appauvrissement de son sens**. Le risque a pris une signification très large, trop large, et, de ce fait, peu précise.

Le risque est alternativement **confondu avec le danger et l'incertitude y compris avec des événements imprévisibles**. Il finit par ne plus désigner qu'une *éventualité négative* alors que cette orientation n'épuise pas sa signification. Le danger, la perte, l'incertitude négative ne sont que l'une des **deux modalités du risque**. Le risque correspond également à l'*éventualité positive* et peut s'analyser en un gain. De même, le terme est trop souvent employé pour désigner des événements *imprévisibles* au point de dévoyer la notion de risque de son véritable sens : **la prévisibilité est son essence**. Les usages du risque mettent en lumière l'indétermination qui caractérise encore la notion. Il faut mieux le distinguer du danger et de l'incertitude, car s'il emprunte aux deux, il ne se confond pas avec eux. C'est ce qui se dégage de l'approche *sociologique* et de l'approche *économique* du risque ainsi que de son *étymologie*. Le terme qui est généralement considéré comme issu du droit des assurances maritimes (le risque comme écueil), avait en réalité un sens non juridique antérieur que révèle sa véritable étymologie (le risque comme *partage* dans la *lutte*), et acquis un sens économique postérieur qui l'enrichit encore un peu plus (le risque comme l'incertitude *mesurable*, positive ou négative).

L'usage qui est fait du risque dans les contrats administratifs n'ignore aucune de ces dimensions. Le risque a, au sens technique de la notion, une signification précise. Il faut en limiter les usages aux seuls qui sont pertinents et lui sont spécifiques et qui peuvent se rattacher directement aux idées que véhicule le mot, et rejeter les autres qui ne font qu'en affaiblir le sens, et obérer sa fortune en tant que notion. Il faut faire le tri parmi les usages du risque pour donner au terme un sens défini et permanent pour dissiper le sentiment de flou et d'imprécis qui l'entoure. C'est à ce prix que la cohérence de la notion peut apparaître. Il existe cependant encore de nombreuses questions mal élucidées, des incertitudes affectant aussi bien les **frontières** de la notion que ses **fonctions**. L'étude du risque dans les contrats administratifs oblige à une **remise en ordre**. Donner du sens au risque, un sens juridique, est la première des conditions de cette remise en ordre. La notion juridique du risque

doit être identifiée et la distinction de ses fonctions doit être mise en évidence dans les contrats administratifs.

\*

**1) L'identification de la notion de risque dans les contrats administratifs** invite à en dégager les *critères*. Le risque, parce qu'il est l'une des formes de l'*incertitude* présente un point commun avec l'aléa. Mais parce qu'il est la seule *incertitude prévisible*, le risque doit être différencié des autres aléas. Le risque est un **événement incertain mais prévisible que les parties ont accepté de courir en contractant**.

a) Le risque est comme tout aléa un **événement incertain** en ce sens que sa réalisation n'est pas certaine de même que ses conséquences qui peuvent être aussi bien positives que négatives.

*L'association traditionnelle du risque et du péril* témoigne du premier sens du risque. Mais progressivement *le risque s'émancipe du péril* : ses conséquences ne sont plus seulement négatives, il est admis qu'elles puissent être positives. L'économie et la finance enseignent que le risque est une *fluctuation à la baisse ou à la hausse*. Le droit connaît les risques de gain autant que les chances de perte (article 1104 du Code civil). Les commissaires du gouvernement et les grands arrêts du Conseil d'État admettent depuis longtemps l'*aléa favorable* dans les concessions de service public. De même, l'idée du *risque de bénéfices* n'est exclue ni des marchés publics ni des contrats de partenariat. La possibilité du risque positif est admise malgré la légende étymologique (l'écueil, le danger) qui contraint parfois la signification du terme.

Si la connotation négative du risque a dominé de manière excessive, elle ne mérite cependant pas d'être abandonnée. Le risque n'est ni seulement défavorable, ni seulement favorable. Il peut être l'un ou l'autre. Il ne s'agit là que de ses modalités. Son essence est ailleurs. Elle doit être découverte dans sa *prévisibilité*.

b) Le risque est un **événement incertain mais prévisible**. Il est l'une des deux formes d'aléas. Il correspond aux situations *prévues* par les parties, auxquelles il faut ajouter les situations qu'elles *auraient dû normalement prévoir*, mais il exclut les *aléas imprévisibles*.

Bien qu'elle soit souvent ignorée à l'heure actuelle, la **distinction du risque et de l'imprévision** peut être déduite de l'arrêt du Conseil d'État du 30 mars 1916, *Gaz. de Bordeaux* et des conclusions Chardenet. *Le risque va jusqu'au maximum de l'amplitude des variations dont la prévision était possible au moment de contracter*. L'imprévision est au-delà de ce maximum, au-delà des prévisions : elle est cet aléa qui, déjouant tous les calculs, dépasse certainement les limites extrêmes des majorations ayant pu être envisagées par les parties lors de la passation du contrat. *Le risque s'arrête là où l'imprévision commence*. Le *maximum prévisible* constitue la frontière entre les deux. Le *prix-limite* est le plafond du risque et le seuil de l'imprévision. Le risque marque ainsi la limite entre les situations contractuelles et les situations extracontractuelles. L'imprévision n'est pas un risque mais l'imprévision permet de définir le risque en creux.

Une autre caractéristique du risque, qui le distingue de l'aléa au sens strict (événement imprévisible), est le rôle joué à son propos par l'**intention des parties**. La commune intention des parties se traduit d'abord par la *volonté de courir le risque* et rejoint ainsi la *commune prévision* des parties. À côté d'éléments certains, le contrat comporte des éléments aléatoires, il comporte un risque pour l'avenir, risque que les cocontractants connaissent et qu'ils courent parce qu'ils veulent le courir (conclusions Blum sur C.E. 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*). Alors que l'aléa est subi, le risque, lui, est couru.

L'intention des parties est également indissociable de la question de la **répartition des risques**. Le risque est destiné à être réparti, ce qui le distingue de la *chance*. Alors que la chance est conservée par celui à qui elle sourit, le risque fait toujours l'objet d'une interrogation : sur qui doit-il peser ? Peu importe la forme de la répartition – couverture ou transfert, partage – elle est toujours présente lorsqu'il s'agit du risque. L'explication se trouve dans l'étymologie : *le risque c'est ce qui partage, ce qui se partage* parfois dans la lutte. Il fait l'objet d'âpres négociations. Les parties contractantes s'efforcent, en fonction des calculs qu'elles ont pu faire, de se répartir les conséquences incertaines de leur engagement : chacune essaie de tirer à elle les conséquences positives et de reporter sur l'autre les conséquences négatives. La *couverture des risques*, leur « allocation optimale », importe autant que l'existence du risque dans les contrats administratifs. À cet égard, le *contrat* apparaît comme un *instrument d'encadrement et de répartition des risques*.

Le risque peut aller **au-delà de la commune intention des parties**. Il peut recouvrir des événements qui bien que prévisibles n'ont pas été effectivement prévus. Le risque désigne ainsi les **prévisions raisonnables**, c'est-à-dire ce que les parties auraient dû, selon le juge, *normalement* prévoir. Il y a dans les contrats administratifs des prévisions malgré l'absence d'intention comme le révèle là encore l'arrêt *Gaz de Bordeaux* et les conclusions Chardenet. Le lien entre le risque et le caractère raisonnable des prévisions se retrouve dans la responsabilité contractuelle y compris en droit civil (Pothier, *Traité des obligations*). La prise en compte des prévisions raisonnables permet au juge de réintégrer un risque à la charge des cocontractants alors même qu'ils avaient entendu l'exclure. Par exemple, les *travaux supplémentaires*, dès lors qu'ils sont indispensables à la bonne exécution des ouvrages compris dans un marché, entrent dans ce qu'il est raisonnable d'inclure dans les prévisions normales des parties : il s'agit de risques qui peuvent être mis à la charge des cocontractants, à la différence des *sujétions imprévues*.

En définitive, le risque peut être défini comme un **événement incertain** qui a été **effectivement prévu** par les parties **ou qui aurait normalement dû l'être**. Dès lors, ne sont des risques ni la situation d'imprévision, ni les sujétions imprévues, ni la force majeure imprévisible, ni les faits du prince également imprévisibles. Ces événements méritent en revanche d'être qualifiés d'aléas (purs ou imprévisibles) du contrat. Au contraire, sont des risques les travaux supplémentaires de même que ceux des événements perturbateurs de l'exécution du contrat pour lesquels il est parfois admis que la condition d'imprévisibilité puisse faire défaut. Tel est certainement le cas du fait du prince prévisible, tel est encore probablement le cas, même si ce point mérite d'être discuté, des cas de force majeure pour lesquels la condition d'imprévisibilité ne serait pas exigée.

\*

2) Une fois la notion juridique de risque identifiée, la **distinction des fonctions du risque dans les contrats administratifs** peut être mise en évidence.

Le risque est caractérisé par son cloisonnement. Le terme est utilisé dans le domaine de la responsabilité extracontractuelle, il est utilisé aussi pour distinguer les marchés publics des concessions et des délégations. Mais il est fréquemment affirmé que, dans chacun de ces domaines, il ne peut s'agir du même risque. Le risque dans le contrat et le risque dans la responsabilité ne désigneraient pas la même notion. Que dire alors du risque dans la responsabilité *contractuelle* ? La distinction de l'exécution et de l'inexécution des obligations contractuelles permet de prendre conscience que le risque, bien qu'il soit une notion unique, n'a pas dans l'une et dans l'autre la même fonction.

a) Le risque n'y jouant pas le même rôle, il faut **distinguer l'exécution des obligations contractuelles** qu'engendre le contrat administratif de leur **inexécution**. Cette distinction a fait l'objet d'une controverse en droit privé qui n'a que peu retenu l'attention en droit public.

Distinguer, en droit public, l'exécution de l'inexécution des obligations conventionnelles n'est pas aisé tant **la conception du contrat administratif est centrée sur son exécution**. Des événements affectant le contrat qui en droit privé seraient analysés comme des inexécutions de la convention, sont souvent présentés en droit public comme des *modalités de son exécution*. L'analyse du fait du prince en témoigne.

Le **fait du prince** (modification et résiliation unilatérales) est en effet très généralement étudié comme une *modalité de l'exécution des contrats administratifs*. Parce que l'exercice d'un tel pouvoir est enserré dans des limites rigoureuses qui interdisent le bouleversement de l'économie du contrat et l'atteinte aux clauses financières, le cocontractant étant au surplus toujours indemnisé, parce que le maintien du contrat malgré sa modification est justifié par l'impératif d'exécution de la prestation qui en est l'objet (service public ou intérêt général), le fait du prince n'est jamais analysé par les auteurs comme une *inexécution* des obligations contractuelles à la charge de l'administration. Que le fait du prince soit permis n'est pas contestable : les principes applicables aux contrats administratifs le justifient. En revanche, il n'est pas cohérent d'affirmer dans le même temps que le fait du prince est une *forme d'exécution* du contrat administratif et qu'il constitue un cas de *responsabilité contractuelle même sans faute*.

À cet égard, la présentation classique du fait du prince comme mode d'exécution du contrat administratif doit être rapprochée de la **controverse sur l'existence même du concept de responsabilité contractuelle** qui a animé la doctrine de droit privé ainsi que la jurisprudence judiciaire. Affirmer que le fait du prince est un mode normal d'exécution du contrat administratif et dire que la « responsabilité » contractuelle n'est rien d'autre qu'une forme d'exécution du contrat relève de la même logique : dans les deux cas, le versement d'une indemnité ne serait qu'une exécution par d'autres moyens, une « exécution par équivalent ». Le fait du prince serait une manifestation normale de l'exécution des contrats administratifs, son indemnisation s'analysant en une *exécution par équivalent* de la convention. Une telle présentation serait cohérente si la doctrine de droit public avait adhéré à l'idée selon laquelle la responsabilité contractuelle serait un faux concept. Or tel n'est pas le cas : les dommages et intérêts versés en compensation du fait du prince sont généralement analysés comme une véritable *réparation*, comme une vraie responsabilité contractuelle. La responsabilité contractuelle n'étant rien d'autre que *l'obligation de réparer le préjudice causé par l'inexécution d'une obligation contractuelle*, le fait du prince ne témoigne pas de l'exécution des obligations mais de leur inexécution (non fautive).

La distinction du *fait juridique* (l'inexécution, source de l'obligation de réparer le préjudice) et de l'*acte juridique* (le contrat, source de l'obligation qui doit être exécutée) de même que l'*exigence d'un préjudice* tant par la Cour de cassation que par le Conseil d'État permettent d'établir que la responsabilité contractuelle n'est pas une simple modalité de l'exécution des obligations conventionnelles. La responsabilité contractuelle compense par une indemnité l'inexécution préjudiciable du contrat, mais elle n'est pas en elle-même une forme d'exécution de celui-ci. Il ne s'agit pas tant d'une exécution par équivalent, que d'un *équivalent de l'exécution* : le débiteur ne continue pas d'exécuter l'obligation contractuelle initiale (qui demeure inexécutée), mais il exécute une *nouvelle obligation*, égale en valeur, celle de réparer le préjudice. L'indemnisation du fait du prince, qu'il s'agisse du versement d'une indemnité pour modification unilatérale ou pour résiliation unilatérale pour faute ou sans faute du cocontractant, ne peut pas être assimilée au paiement, au sens juridique, de l'obligation contractuelle : elle est une indemnité en réparation du *préjudice* subi du fait de l'*inexécution* de l'obligation de l'administration contractante. Si le fait du prince est un cas de responsabilité contractuelle, c'est qu'il doit s'analyser en une *inexécution préjudiciable* ; il ne peut pas être une modalité d'exécution du contrat administratif.

**b)** Si le versement d'une indemnité compensatrice, y compris celle qui répare le fait du prince, ne peut être présenté comme une exécution de l'obligation contractuelle, il est, en revanche, l'un des *effets du contrat*. La responsabilité contractuelle est *indissociable* du contrat, mais elle ne se confond pas avec l'exécution de ses obligations. *Le contrat intègre les risques d'inexécution de ses obligations autant que les risques d'exécution*. Toutefois, le risque joue dans la responsabilité contractuelle un rôle différent de celui

qui lui est reconnu à propos de l'exécution des obligations. Les contrats administratifs comportent deux types d'incertitudes prévisibles qui n'ont pas la même fonction. Il faut **distinguer les risques liés à l'exécution des obligations contractuelles et les risques liés à leur inexécution**.

Le contrat peut être exécuté sans que son *résultat* ne soit exactement ce que les parties avaient pu envisager. La comparaison entre les obligations contractuelles telles qu'elles ont été *définies* et telles qu'elles ont été *exécutées* met en lumière un **risque d'exécution**. Les cocontractants ne sont pas certains que le résultat du contrat se conformera aux prévisions en vertu desquelles ils se sont engagés. Il n'en demeure pas moins que *le contrat est respecté par les deux parties*. Par ailleurs, au cours de sa période d'exécution, le visage du contrat peut ne pas correspondre à ce qui avait été envisagé pour la simple raison que les obligations contractuelles qu'il engendre *n'ont pas été exécutées* comme elles auraient dû l'être par l'administration ou son cocontractant. L'inexécution des obligations contractuelles n'est jamais certaine, mais elle peut, dans certains cas, être prévisible, d'autant plus prévisible que le contrat est administratif et qu'il emporte avec lui l'application de règles générales qui lui sont particulières (fait du prince). Il s'agit alors d'un **risque d'inexécution** sanctionné par la responsabilité contractuelle. Les risques d'inexécution sont en germe dans les contrats administratifs. Le risque d'inexécution comme le risque d'exécution sont *dans* les contrats administratifs. Le contrat comporte en lui l'éventualité de son inexécution de même que les incertitudes inhérentes à son exécution.

L'objectif premier de la thèse est de mettre en évidence que le risque constitue une notion unique dans le droit des contrats administratifs qui remplit **deux fonctions distinctes** selon qu'il révèle l'*exécution des obligations contractuelles* telles qu'elles ont été définies par les contractants ou qu'il témoigne de l'*inexécution des obligations contractuelles*. Dans le premier cas, le risque est utilisé comme *critère de classification* des contrats, spécialement comme *critère d'identification des conventions de gestion déléguée*. Dans le second cas, le risque peut servir de *fondement à certains cas de responsabilités contractuelles sans faute* et de *mesure à l'indemnisation du préjudice subi*. Le juge et la doctrine s'interrogent abondamment sur le rôle que le risque est susceptible de jouer quant à la distinction des marchés publics et des délégations de service public. Le rôle du risque dans le domaine de la responsabilité contractuelle n'a en revanche pas suscité la curiosité. Il n'est cependant pas d'un intérêt théorique et pratique moindre. La démonstration de l'existence de *responsabilités contractuelles pour risque*, de même que celle de la *réparation du risque de préjudice*, doivent retenir l'attention autant que l'étude des *liens que le risque entretient avec la rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation* et qui en font le critère de la typologie des contrats administratifs.

\*

\* \*

## **Première Partie – Le risque, la définition de l'obligation contractuelle et son exécution**

**Le risque d'exécution des obligations contractuelles** est révélé par *l'écart entre la définition des obligations contractuelles et leur exécution*, entre les *prévisions* des parties et le *résultat* du contrat ; il existe alors même que le contrat est respecté. La question essentielle est de savoir s'il peut servir à la *typologie des contrats administratifs* et comment il s'articule avec le critère actuellement admis en droit positif qui caractérise la délégation ou la concession en la distinguant du marché public (*rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation* ou *contrepartie consistant dans le droit d'exploiter l'ouvrage ou le service*).

\*

**I) La confusion du risque et de la rémunération, critère de la classification des contrats administratifs.** La doctrine et la jurisprudence tant administrative que communautaire voient dans le risque un **critère d'identification de la délégation de service public**. Le risque est l'élément-clé de la distinction des marchés publics et des conventions de gestion déléguée ; il serait même consubstantiel à la concession. La **confusion du risque et de la rémunération** repose cependant sur des arguments particulièrement fragiles.

1) *L'omniprésence* du risque dans la doctrine contraste avec sa *relative discrétion* dans le droit positif qui a semblé plus prudent à le consacrer. Le droit positif y cède néanmoins progressivement comme l'on se soumet à un **dogme**.

a) **La doctrine est nettement favorable au critère du risque.** Les commissaires du gouvernement l'utilisent pour **expliquer le critère de la rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation**. Les avocats généraux près la Cour de justice des Communautés européennes et la Commission voient en lui **l'indice ultime de la concession**. Les **tribunaux administratifs** et les cours administratives d'appel en font un **usage de plus en plus fréquent**. Toutefois, le Conseil d'État ne s'y est expressément référé que dans l'arrêt du 15 juin 1994, *Syndicat intercommunal des transports publics de la Région de Douai*, et il n'apparaît dans la jurisprudence de la Cour de justice qu'avec l'arrêt du 13 octobre 2005, *Parking Brixen*. Le risque est présent dans les textes relatifs aux marchés publics mais absent de ceux relatifs aux délégations. On constate une tendance à la *réinterprétation de la jurisprudence* à l'aune de l'engouement de la doctrine pour le critère du risque.

b) Le lien entre la rémunération et le risque d'exploitation s'expliquerait par des considérations économiques. C'est la **combinaison de la variabilité et de l'élasticité de la rémunération** qui révélerait un risque. La condition de la variabilité de la rémunération est nécessaire, mais elle n'est pas suffisante. La *fixité de la rémunération* reçue par l'opérateur exclut la délégation de service public. En revanche, le fait que la rémunération soit *variable* ne suffit pas à écarter la qualification de marché public. Pour qu'un véritable risque existe, il faut, selon les partisans du dogme du risque, que la rémunération de l'entrepreneur, en plus d'être variable, traduise *l'élasticité-prix de la demande*. Une telle analyse qui est celle de la majorité de la doctrine française ne s'intéresse cependant qu'au **risque affectant les recettes** (risque de recettes ou risque de produits). Elle omet le **risque affectant les dépenses** (risque de dépenses, risque de coûts ou risque de charges) ainsi que le **risque affectant le résultat final du contrat** (risque de résultat, risque d'exploitation ou risque économique) qui ne sont pourtant pas absents du raisonnement de la doctrine des avocats généraux près la Cour de justice ni de la jurisprudence communautaire et nationale.

**2) Contrairement à une idée reçue, le risque n'est pas consubstantiel à la délégation.** Il ne l'est ni historiquement ni économiquement.

a) S'il a pu être présenté comme un critère historiquement incontestable, c'est au prix d'un **malentendu historique** puisque la jurisprudence du Conseil d'État applique le *principe de l'exécution aux risques et périls* aussi bien aux concessions (C.E. 30 mars 1916, *Gaz de Bordeaux*) qu'aux marchés publics. L'extension de la théorie de l'imprévision a pour corollaire l'application du principe de l'exécution aux risques et périls aux marchés publics (C.E. 8 février 1918, *Gaz de Poissy*) y compris aux marchés publics à exécution instantanée (C.E. 3 décembre 1920, *Fromasso*). Historiquement, le risque n'est pas employé pour distinguer la concession du marché public, mais pour opposer la concession ou le marché, d'une part, aux régies directe ou intéressée, d'autre part (Aucoc, Chardenet, Jèze, Hauriou, Waline). La prise de risques caractérise *l'entrepreneur* qu'il soit titulaire d'un marché ou concessionnaire. En définitive, alors qu'il est aujourd'hui présenté comme le *critérium distinctif* de la délégation de service public, le risque n'a jamais été un critère immédiat de la concession. Au mieux a-t-il acquis le statut de critère médiateur de cette catégorie de contrat au travers de l'origine, puis de la nature, de la rémunération (voir les conclusions Gentot sur C.E. Sect. 26 novembre 1971, *SIMA* qui sont à l'origine du malentendu historique).

**b) La justification économique du critère du risque présente également des lacunes.** En premier lieu, elle omet les enseignements de **la comptabilité et de la gestion financière**. Le risque, spécialement le *risque d'exploitation* (ou « risque économique »), c'est-à-dire le *risque affectant le résultat d'exploitation* (différence des recettes et des dépenses d'exploitation), a pourtant acquis dans ces disciplines un sens technique précis et fort utile à la compréhension de la jurisprudence administrative. **Le risque d'exploitation traduit la sensibilité du résultat d'exploitation à une variation du niveau d'activité.** La distinction des **charges variables** et des **charges fixes** est essentielle à son identification. L'élasticité du résultat d'exploitation au niveau d'activité dépend en effet de la position de l'entreprise par rapport à son *seuil de rentabilité* d'exploitation ou *point-mort* qui dépend lui-même de la *structure des charges* de l'entreprise. Les charges fixes sont indépendantes des quantités produites ou du niveau d'activité de l'entreprise alors que les charges variables en dépendent. Pour évaluer le risque d'exploitation, il faut donc déterminer préalablement le caractère fixe ou variable des charges (coûts, dépenses) ainsi que la proportion de chacune d'elles dans les coûts totaux de l'entreprise. Plus les coûts fixes sont élevés, plus leur proportion est importante, plus le résultat est volatil, plus le risque d'exploitation est élevé. On ne peut donc évaluer le risque d'exploitation qui pèse sur le cocontractant de l'administration, en faisant l'économie d'une analyse de la structure des coûts dans les différentes catégories de contrats administratifs, structure des charges qui est influencée par l'intensité de la concurrence et l'importance des investissements. La comptabilité et la gestion invitent également à ne pas s'intéresser au seul **risque affectant les recettes**, ni au seul **risque affectant les résultats**, il faut aussi s'intéresser au **risque affectant les dépenses**. En effet, analyser le risque qui affecte un solde ne suffit pas à expliquer les risques qui affectent chacune de ses composantes et, inversement, n'analyser que les risques de ses composantes ne renseigne qu'incomplètement sur les risques du solde. Il faut en effet être conscient des difficultés relatives à la mesure du risque d'exploitation et qui tiennent au « principe de stabilité » du résultat (*corrélation des dépenses et des recettes* dont témoigne déjà la notion de charge variable) ainsi qu'à l'« effet ciseau » (*évolution divergente des produits et des charges*).

La justification économique du critère du risque présente une **seconde lacune**. Elle fait dire à la **théorie des incitations** ce qu'elle ne dit pas : les économistes ne distinguent pas les marchés et les délégations en fonction du risque. Au contraire, selon eux, **le risque est présent dans tous les contrats à prix fixé**, ce que sont les délégations autant que les marchés publics, même lorsqu'ils comportent une clause de rattrapage des coûts. Les marchés publics pas plus que les délégations ne sont des *contrats à coûts remboursés*. Les catégories de contrats que fait émerger la théorie économique des incitations confirment l'importance de la prise en compte des coûts et de leur couverture pour l'étude du risque dans les contrats administratifs. Le risque assumé par le délégataire est limité, au même titre que celui du titulaire d'un marché public, par le caractère inélastique de la demande et les clauses de variation des prix (dans les délégations de service public, le tarif est fréquemment fixé en considération d'un volume de la demande). Le *prix fixé* dans les conventions de gestion déléguée (J. Tirole, E. Ginglinger) correspond au *prix garanti* dans les marchés publics (C. Bergeal) et constitue pour les économistes la preuve du risque et non de son absence comme le pensent trop souvent les juristes. Alors que la majorité des juristes déduisent de la fixité de la rémunération que le contrat est un marché public, la majorité des économistes en font l'un des attributs des contrats de délégation de service public en France. Alors que les juristes déduisent du fait que les recettes sont garanties qu'il n'existe pas de risque à la charge du cocontractant de l'administration, les économistes en tirent la conclusion inverse que le contrat est *incitatif*, c'est-à-dire qu'il laisse un risque à la charge de l'entrepreneur. En effet, c'est le prix qui est garanti, c'est-à-dire la recette, pas la marge, pas le résultat, pas le bénéfice ou le profit. Ce n'est donc pas la couverture des charges qui est promise par le contrat. Une recette figée au moment du contrat ne couvre avec certitude les charges que si elles n'augmentent pas par rapport aux prévisions initiales. Si elles augmentent, il y a un risque que la recette qui est fixée lors de l'échange des consentements ne les couvre qu'imparfaitement. Les seuls contrats dans lesquels il n'y aurait éventuellement pas de risque sont les contrats à *résultat garanti* (marge garantie), ceux dans lesquels la différence entre le prix et les charges est garantie de manière à ce qu'elle soit au mieux positive, au pire nulle. Or, en France, ni les marchés publics, ni les concessions, ne répondent à cette qualification.

\*

**II) La dissociation du risque et du critère de la rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation.** L'étude des différents risques du contrat – **risque de recettes, risque de dépenses et risque de résultat** – ainsi que de leurs modalités de **couverture**, démontre que **le risque n'est pas exclu des marchés publics et qu'il n'est pas toujours déterminant dans les contrats de gestion déléguée** et invite à dissocier le risque du critère de la rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation et à reconnaître l'existence d'une *échelle des risques* dans les principaux contrats administratifs.

1) Contrairement à une idée reçue, **le risque n'est pas exclu des marchés publics** : il existe, dans ces contrats, un risque de demande dont la couverture est imparfaite.

a) **L'existence d'un risque de demande dans les marchés publics** est niée par ceux qui veulent réserver le critère à l'identification des contrats de gestion déléguée. Le risque de demande est pourtant bien réel dans les marchés et s'y décompose en un **risque sur les recettes** et un **risque sur les dépenses**.

Il y a bien un *risque de demande dans les marchés publics*. Les marchés publics à bons de commande, les marchés publics à tranches conditionnelles, les accords-cadres, la passation de marchés en lots séparés dans certaines circonstances de même que la reconduction des marchés publics, en fournissent des exemples. Dans tous ces contrats, une incertitude pèse sur le *volume* de la commande. L'entrepreneur ne sait pas avec certitude, au moment où il présente son offre, voire au moment où il contracte, la quantité de prestations qui lui sera commandée par l'acheteur public. Cette incertitude sur le volume se traduit par un **risque de recettes**. Le cas des contrats de mobilier urbain est également révélateur de l'existence d'un risque de demande dans les marchés publics : un *risque de recettes* affecte également ces contrats qui correspond à l'incertitude de la *valeur* de la demande adressée à l'entreprise. Sa rémunération sera fonction de la valeur publicitaire de l'emplacement qu'il occupe : un tel risque se rapproche du risque de fréquentation si caractéristique des contrats de gestion déléguée.

Il y a bien aussi un **risque de charges** dans les marchés publics qui est induit par l'incertitude qui pèse parfois sur la demande qui est adressée par l'administration à son cocontractant. Ce risque n'affecte pas seulement les *charges variables* (variations du prix des matières premières essentiellement), il concerne également les *charges fixes*. En effet, *plus le volume des prestations commandées est faible, plus les charges fixes, rapportés à l'unité de prestation, seront importantes*. Et comme le prix versé en contrepartie, lui, est en principe fixé dans le contrat, rien ne permet de s'assurer au moment de l'échange des consentements que la somme payée par l'administration suffira à couvrir l'ensemble des charges fixes effectivement exposées par l'entrepreneur pour réaliser la prestation. Là encore, les marchés à bons de commande, les accords cadres de même que les marchés à tranches conditionnelles ou les marchés passés en lots séparés en fournissent des illustrations. Il n'est pas possible d'ignorer le risque de charge, il est le révélateur d'un risque de demande autant qu'il en est la conséquence. S'il peut être légitime d'exclure les charges fixes que l'entrepreneur peut récupérer sur d'autres contrats, tel n'est en revanche pas le cas des charges fixes qui sont directement liées à la prestation objet du marché. La différence entre les *charges fixes indirectes* et les *charges fixes directes* mériterait d'être mieux prise en considération : elle permet de saisir ce qu'est le risque de charges de l'entrepreneur qui n'est pas nécessairement couvert par la rémunération fixée dans le contrat.

b) **La couverture des risques dans les marchés publics est imparfaite.** La couverture du risque relatif aux charges variables focalise l'attention des contractants, tel n'est en revanche pas le cas de celui affectant les charges fixes. La couverture, par les recettes de l'entrepreneur, du niveau des charges, de l'éventail des charges et de l'évolution des charges est imparfaite. Ni la majoration initiale du prix, ni le caractère forfaitaire du prix, ni l'évolution des prix en cours d'exécution (prix actualisable,

prix ajustable, prix révisable et prix provisoire) ne suffisent à faire disparaître les risques du titulaire d'un marché public.

En ce qui concerne le **niveau des charges**, il existe des limites importantes à la couverture du risque de charges par la **majoration du prix** dans les marchés publics. En effet, comme le révèlent les enseignements de la comptabilité analytique et de la gestion qui ne sont pas ignorées par la doctrine administrative relative aux marchés publics, le prix n'est pas toujours calculé par l'entrepreneur pour couvrir l'intégralité de ses charges et les charges ne sont pas les seuls déterminants du prix. L'entrepreneur peut avoir un intérêt à soumissionner à un marché public qui ne couvre que partiellement ses frais fixes : il peut proposer un prix qui ne couvre pas totalement ses coûts (la méthode dite de *coût partiel* comme celle du *coût direct* est le plus souvent préférée à celle du *coût complet de revient*) en estimant que le contrat contribuera malgré tout, à la couverture partielle de ses charges fixes que de toute façon il supporterait intégralement s'il refusait de contracter à un prix qui ne suffit pas à les couvrir. Par ailleurs, les charges ne sont pas les seuls déterminants du prix : le candidat à un marché public doit également prendre en compte les *réactions de la demande au prix* et la *pression de la concurrence*.

En ce qui concerne l'**éventail des charges**, le **caractère forfaitaire du prix** dans les marchés publics ne garantit pas la couverture des risques de charges. Contrairement à certaines idées reçues, ni le prix forfaitaire, ni ses éventuels suppléments ne participent à la couverture du risque de dépenses. À l'inverse, ils attestent du maintien du risque à la charge du titulaire du marché public.

Enfin, l'**évolution des prix** ne permet que de manière limitée de couvrir l'**évolution des charges**. Le caractère *actualisable* du prix ferme de même que le caractère *ajustable* du prix variable n'assure qu'un encadrement limité du risque de charges. Le caractère *révisable* du prix variable ne transforme pas les marchés publics en contrat à coût remboursé en raison du caractère forfaitaire, nécessairement simplificateur et incomplet de la formule de révision. En revanche, outre les anciens marchés rémunérés sur la base des *dépenses contrôlées*, les marchés publics conclus à *prix provisoire* sont proches des contrats à coût remboursé, mais demeurent exceptionnels.

**2) Le risque n'est pas toujours déterminant dans les contrats de gestion déléguée.** Il existe de nombreuses **délégations de service public** dans lesquelles bien que la rémunération soit considérée comme substantiellement liée aux résultats de l'exploitation, elle a pour effet d'**alléger la charge du risque du délégataire en le transférant sur les usagers**. Au surplus, le délégataire bénéficie parfois de **soutiens publics** dont certains, mais pas tous, peuvent avoir pour effet de **transférer le risque sur le délégant**.

**a) Le risque du délégataire est parfois transféré aux usagers.** Ce mode de **couverture** est fréquent et concerne aussi bien le risque de dépenses, que le risque de recettes et le risque de résultat.

Le **risque de dépenses du délégataire** peut être transféré aux usagers en raison notamment des modalités de détermination initiale et d'évolution des tarifs des redevances. Parce que le tarif doit être initialement établi de manière à couvrir les estimations de coûts ou la valeur de la prestation (règle de *l'équivalence des redevances*), il assure une **couverture** de principe au risque de charges dans les délégations de service public. La partie fixe de la redevance assure spécifiquement la couverture des charges fixes. Le tarif couvre ainsi au moins les coûts dans les délégations de service public. En vertu des *limites à la liberté tarifaire* du délégataire et, pour les services publics industriels et commerciaux, en vertu du *principe de l'équilibre budgétaire*, le tarif couvre au mieux les coûts dans les contrats de gestion déléguée. En outre, la couverture du risque de dépenses est assurée dans le temps par la variation des recettes. Il y a un décalage temporel entre le moment où les tarifs sont établis (*ex ante*) et le moment où les charges affectées à l'exploitation du service ou de l'ouvrage publics peuvent être appréciées (*ex post*). Le tarif est déterminé lors de la définition des obligations contractuelles alors que les charges ne pourront être évaluées qu'au cours de l'exécution du contrat. Le principe de l'équilibre financier du contrat et son corollaire, la « juste rémunération » du cocontractant, parce qu'il n'ont pas pour effet d'assurer la permanence de la couverture du risque de dépenses, atteste de l'existence de ce décalage.

Les clauses de variation des tarifs, elles, parce qu'elles ont précisément pour objet d'assurer l'évolution de la couverture des charges par l'augmentation des recettes, contribuent à le réduire.

La charge du **risque de recettes du délégataire** peut d'abord être allégée en raison de la **variation des tarifs**. Les *clauses de renégociation*, qui sont fréquemment prévues dans les modèles de contrats de gestion déléguée (restauration scolaire, distribution d'eau, parcs de stationnement, transports publics urbains), assurent une **couverture** du risque de recettes, essentiellement du *risque de fréquentation*, encore meilleure que celle que procure les *clauses de variation automatique*. En revanche, la couverture du *risque de recouvrement* qui est un risque sur les produits puisqu'il concerne les recettes d'exploitation ne devrait normalement pas pouvoir être assurée par l'évolution des tarifs, ce qui en fait une caractéristique des délégations. La couverture du risque de recettes peut également se faire sans variation des tarifs **grâce à une variation de la durée** comme en témoigne l'admission des *concessions à durée variable*, spécialement dans le domaine des autoroutes (enchère en fonction de la valeur actualisée des péages la plus faible ou « LPVR »). La couverture du risque de recettes sans variation des tarifs est également possible grâce à une **exclusion de la concurrence** qui doit être prévue par une clause contractuelle ou une disposition législative. Les clauses d'exclusivité permettent spécialement de limiter le risque de fréquentation.

Enfin, le **risque de résultat du délégataire** peut également être **atténué**. Il peut l'être du fait de la prise en compte de la *marge* du délégataire dans la fixation du montant des redevances. Le Conseil d'Etat admet indirectement la *rentabilité*, comme un déterminant du tarif des redevances en l'assimilant à un coût. À l'inverse, même si elle est rare, l'introduction dans le contrat d'une *clause de renégociation du résultat en cas de profit excessif* du délégataire permettrait de limiter la couverture de ce risque.

**b) Les soutiens publics au délégataire** peuvent au surplus réduire le risque qui pèse sur lui en le transférant notamment sur le délégant.

Les soutiens publics sont aussi divers qu'anciens. Ils traduisent la *solidarité financière* entre le délégant et le délégataire qui est l'une des caractéristiques fréquentes de la délégation. Ils sont enserrés dans des **bornes strictes qui en limitent d'autant l'influence éventuelle sur la prise de risques par le délégataire**. Le soutien financier ne peut avoir qu'un caractère non substantiel. Il ne peut contrevenir aux règles communautaires relatives aux aides d'Etat (art. 107 TFUE, ex-art. 87 TCE) pas plus qu'au droit des aides publiques locales. Le principe de l'équilibre budgétaire des services publics industriels et commerciaux limite le soutien financier des communes et des départements à leurs délégataires. Les concours financiers aux sociétés d'économie mixte délégataires de service public sont également suspectés d'entraîner une *dégradation du risque*.

Toutefois, contrairement à une idée répandue, **parmi les différents soutiens publics, tous ne réduisent pas le risque à la charge du délégataire**. Les effets de la solidarité financière sur la répartition du risque ne sont pas uniformes. Il faut **distinguer deux catégories de soutiens publics** selon leurs effets sur le risque du délégataire : il y a **ceux qui laissent le risque à la charge du délégataire** et **ceux qui assurent une couverture du risque du délégataire**. Le caractère forfaitaire de la participation de la collectivité publique laisse entier le risque que prend le cocontractant de l'administration. En revanche, une participation publique fonction des résultats de l'exploitation atténue fortement le risque à la charge du délégataire. La question se pose alors de savoir, pour les soutiens publics qui ont un effet sur la répartition des risques, s'ils ne sont pas susceptibles d'entraîner une **requalification des conventions en cours d'exécution**.

Parce qu'il n'est pas étranger aux marchés publics et qu'il n'est pas consubstantiel à la notion de concession ni toujours déterminant dans les délégations, le risque doit être dissocié du critère de la rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation qui trace, en droit français, la frontière entre ces deux catégories de contrat.

\*

**III) La combinaison du risque et de l'équivalence des prestations.** Avec les **contrats globaux**, spécialement avec l'introduction en droit français des contrats de partenariats, le risque a changé de statut. Il est placé au cœur de la négociation contractuelle. L'étude des contrats globaux témoigne de la prise de conscience progressive que la répartition du risque participe de la détermination de l'équilibre contractuel au moins autant qu'elle sert à la distinction des différentes catégories de contrats administratifs. Mais les deux ne sont pas incompatibles : le risque peut être à la fois un déterminant de l'équilibre contractuel et un instrument de classification des conventions. La transposition en droit public de la **distinction des contrats aléatoires et des contrats commutatifs** en témoigne. Il est même permis de penser que les deux rôles du risque s'enrichissent mutuellement et qu'une *synthèse* est possible. Par un mouvement de balancier, le risque passerait ainsi du statut de *critère de qualification juridique* à celui de *déterminant de l'équilibre contractuel* comme l'illustrent les contrats globaux, puis du statut d'élément influençant l'équivalence des prestations à celui d'indice d'une nouvelle classification des contrats administratifs, celle des contrats administratifs aléatoires et des contrats administratifs commutatifs.

**1) Le débat autour de la notion de risque s'est déplacé avec les contrats globaux :** le risque y est de moins en moins présenté comme un *critère de qualification* alors que son lien avec la *définition de l'équilibre contractuel* est mis en avant.

**a) La qualification juridique des contrats globaux** se présente comme largement **indépendante du risque**. Le risque brille particulièrement par son absence dans la controverse relative aux contrats de partenariat de l'ordonnance du 17 juin 2004. Alors même que l'objet des contrats globaux n'exclut pas leur assimilation aux délégations et concessions, le risque ne joue pas véritablement de rôle dans l'**objet** du contrat qui est réaffirmé comme critère premier de la qualification juridique des contrats administratifs. L'effacement du risque se constate aussi et surtout à propos du critère de la **rémunération** : alors même que la rémunération du partenaire de l'administration peut être liée aux résultats de l'exploitation, le risque n'est invoqué ni pour expliquer ce lien ni pour apprécier son caractère substantiel.

**b) Le risque n'est plus un critère de classification, pourtant la question des risques est au cœur des contrats globaux.** Le risque devient davantage **un enjeu de la négociation contractuelle qui participe à la détermination de l'équilibre financier de la convention** qu'un critère distinctif d'une catégorie de contrats administratifs. *L'omniprésence du risque* dans les contrats globaux est acquise, la question essentielle devient celle de la *répartition optimale des risques* entre les parties. Même si la répartition des risques n'est pas étrangère aux contrats de délégations, ni aux marchés publics, comme l'a révélé la mise en évidence de mécanismes de couverture dans ces catégories de contrats administratifs, elle n'y est pas toujours conçue comme déterminante de l'équation contractuelle. Elle n'y traduit pas autant que dans les contrats globaux *l'équivalence des prestations*. Elle n'y est pas *obligatoire* comme elle peut l'être dans certains contrats globaux (« partage des risques » dans les contrats de partenariat, « répartition des risques » dans les baux emphytéotiques hospitaliers). Il n'est dès lors guère étonnant que les contrats globaux soient caractérisés par une *diversification des risques* et une *sophistication des modalités de leur couverture*. À la *mosaïque des risques* répond le principe de leur *allocation optimale* concrétisé dans la *matrice des risques*. À la démarche énumérative qui prévaut généralement dans les études consacrées aux contrats globaux et qui rend difficile toute systématisation, on peut préférer retenir une **typologie des risques** déjà mise en évidence pour les autres contrats administratifs. La distinction des *risques de dépenses* et des *risques de recettes* notamment invite à des reclassements et permet de nuancer l'originalité de la répartition des risques dans les contrats globaux. La répartition n'est toutefois pas le seul moyen d'atténuer le risque qui pèse sur les partenaires. Sa *réduction* peut également être envisagée.

La répartition des risques, spécialement des *risques de dépenses* et des *risques de recettes*, en vertu des *clauses du contrat* ou en raison des différentes formes de *soutien public au cocontractant*, y occupe certes une place centrale, mais les **mécanismes de couverture des risques** ne sont pas fondamentalement différents de ceux déjà mis en évidence. Le **risque de dépenses** est pris en compte dans toutes ses dimensions : coûts fixes et coûts variables, coûts directs et coûts indirects, charges d'exploitation et charges financières. La **couverture du risque de dépenses** s'opère notamment grâce à une variation de la rémunération (clause obligatoire dans les contrats de partenariat). Le transfert des risques de dépenses liés à la construction est l'occasion de la mise en œuvre de techniques plus originales (« pass through », « back to back ») qui consistent, pour l'opérateur, à adosser plusieurs contrats afin de reporter sur les constructeurs des risques que la collectivité publique avait initialement entendu faire peser sur lui. La couverture des risques connaît dans les contrats globaux des **limites** similaires à celles qui existent dans les autres contrats administratifs. Elles sont spécialement mises en évidence par l'existence d'instruments qui leurs sont propres et qui servent à ajuster la rémunération du partenaire de l'administration au cours de l'exécution de la convention (« test du marché » et « parangonnage »). Elles rappellent que les coûts de revient ne sont pas les seuls déterminants du prix : il faut y ajouter la sensibilité de la demande au prix et la pression de la concurrence.

Un **risque de recettes** peut également être mis en évidence dans les contrats globaux. Il correspond principalement au *risque de fréquentation*. Les difficultés de l'allocation optimale du *risque de fréquentation* y apparaissent particulièrement en raison de la technique de financement qui est généralement associée à ce type de contrat. Dans le *financement de projet* (« project finance »), le remboursement des emprunts est assuré exclusivement ou principalement par les ressources d'exploitation du projet : le financement est fonction des *recettes prévisibles* (surplus monétaire potentiel ou « cash-flow ») et donc de la fréquentation du service ou de l'ouvrage. Là aussi des **mécanismes de couverture** existent. Le risque de fréquentation peut notamment être atténué par l'octroi d'une *exclusivité*. De même, la couverture du risque de volume de la commande publique peut prendre la forme d'un ajustement du « loyer » comme cela est prévu pour les contrats de partenariat.

2) Ce qui retient désormais l'attention c'est **moins l'existence du risque dans le contrat que son incidence sur l'équivalence finale des prestations**. Cette incidence étant le critère essentiel des contrats aléatoires, il est proposé d'éclairer **la classification des contrats administratifs à l'aune de la distinction du contrat commutatif et des contrats aléatoires** tout en distinguant à l'intérieur des contrats aléatoires entre les contrats aléatoires en raison d'un *aléa juridique* et les contrats aléatoires en raison d'un *aléa économique*. La transposition de la distinction qu'opère l'article 1104 du Code civil et que précise son article 1964 paraît d'autant plus légitime que la définition généralement admise du marché public évoque celle du contrat commutatif alors que la nature de la rémunération caractéristique de la délégation de service public rapproche ce contrat du contrat aléatoire en raison d'un aléa économique.

a) L'idéal de la **délégation de service public** retenu par le juge et la doctrine évoque le **contrat aléatoire en raison d'un aléa économique**. Le critère de la rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation fait écho aux critères du contrat aléatoire à aléa économique. L'analyse confirme ainsi l'utilité du risque dans la qualification des contrats en la précisant : à l'existence de la *prise de risque lors de l'échange des consentements* s'ajoute principalement son *incidence sur l'équivalence finale des prestations*. Plus précisément, les contrats qui méritent incontestablement la qualification de conventions de gestion déléguée remplissent les **trois conditions du contrat aléatoire en raison d'un aléa économique**. En premier lieu, il existe dans les véritables délégations un **aléa économique contemporain de l'échange des consentements**, c'est-à-dire une *incertitude* pesant sur la *valeur* de l'une des prestations qui prend la forme d'un *risque de recettes* ou d'un *risque de dépenses*. En deuxième lieu, ce risque a des **effets sur l'équivalence finale des prestations** : l'existence de l'aléa ne suffit pas, il faut encore qu'il ait pour conséquence de créer une incertitude sur le *solde définitif des prestations*, ce que la notion de rémunération substantiellement liée aux *résultats de l'exploitation* semble traduire. Il ne faut toutefois pas que les parties aient entendu paralyser l'incidence de l'aléa économique sur l'équilibre définitif des prestations, notamment en définissant leurs obligations contractuelles de manière à couvrir l'incertitude pesant sur la valeur de la prestation par la *variation corrélative de la contreprestation* ;

L'« indétermination symétrique de la contreprestation » est une forme de *couverture du risque*, les clauses de variation des tarifs ou de renégociation peuvent en constituer des illustrations. En troisième lieu, les conventions de gestion déléguée vérifient le dernier critère du contrat aléatoire à aléa économique, celui de la **réciprocité du risque** : l'aléa joue en sens contraire pour le délégataire et le délégant.

Le **marché public** tel qu'il se présente idéalement en droit positif correspond généralement au **contrat commutatif**. En effet, le contrat commutatif est défini comme le *contrat à titre onéreux* dans lequel *la contrepartie est certaine et déterminée dès l'échange des consentements*. Cette définition doit être rapprochée de celle du marché public qui est un contrat à titre onéreux dans lequel le prix versé par l'administration est déterminé à l'avance (fixité de la rémunération). Le rapprochement entre le contrat commutatif et le stéréotype du marché public s'impose : le prix préfixé est au cœur des deux notions. Classiquement, le marché public présente les mêmes caractéristiques que le contrat commutatif ; il est le *modèle du contrat administratif commutatif*. Il n'est cependant pas exclu que **certains marchés publics particuliers** puissent appartenir à la catégorie des **contrats aléatoires**. C'est le cas, en vertu des textes (article 1964 du Code civil), des *marchés publics d'assurance* qui sont des *contrats aléatoires en raison d'un aléa juridique*. C'est encore le cas, en dehors des textes, de certains marchés publics dont la qualification de contrat aléatoire résulte d'un *aléa économique*. On retrouve dans cette dernière catégorie les marchés publics dans lesquels existent un risque de recettes ou un risque de dépenses dont la couverture est imparfaite. C'est souvent le cas des marchés publics fractionnés et des contrats de mobilier urbain, voire des marchés passés en lots séparés. C'est encore le cas de tous les marchés publics dans lesquels existe un doute sur la valeur de l'une des prestations lors de leur passation (risque sur les recettes ou risque sur les dépenses) qui a une incidence sur l'équivalence finale du contrat (risque sur le résultat) que les stipulations contractuelles ne viennent pas neutraliser (absence d'indétermination symétrique de la contreprestation) et dans lesquels le risque est réciproque. C'est en définitive le cas des marchés publics dont la qualification oblige à interroger la pertinence du critère du risque.

Un raisonnement similaire peut être tenu à propos des **autres contrats administratifs** : **conventions d'occupation du domaine public** et **contrats globaux** sont, selon les cas, des contrats commutatifs ou des contrats aléatoires. La distinction inspirée du Code civil au cœur de laquelle se trouve le risque échappe ainsi à l'une des critiques adressées à l'opposition binaire actuellement admise en droit administratif : elle ne concerne pas seulement les marchés et les délégations.

**b)** En plus de ses **vertus explicatives**, la distinction des contrats commutatifs et des contrats aléatoires en raison d'un aléa économique n'est pas dépourvue de toute **portée normative**. Elle permet de mettre en évidence certaines approximations et incohérences de la jurisprudence actuelle et d'expliquer différemment le droit positif grâce à un raisonnement plus argumenté que celui qui prévaut souvent dans la jurisprudence. Elle invite à corriger les incohérences des classifications actuelles en se fondant sur une analyse juridique empruntée au Code civil et à la jurisprudence judiciaire sans pour autant renoncer au rôle central du risque.

La théorie des contrats aléatoires en raison d'un aléa économique confirme les conclusions qui ont été tirées de l'étude du risque dans les différentes catégories de contrats administratifs : les mécanismes de couverture du risque peuvent faire douter de la pertinence du critère de l'*existence* du risque pour identifier la délégation de service public. Son effet sur l'équivalence de prestations doit être mis en avant, il permet de prendre la véritable mesure du risque. Dans le même temps, il rapproche les délégations des contrats aléatoires. Plus précisément, dans les délégations de service public où le risque initialement accepté par l'exploitant n'est pas parfaitement couvert en cours d'exécution du contrat, l'équivalence finale des prestations demeure soumise à une incertitude (risque sur le résultat). Les délégations de service public aléatoire correspondent précisément au modèle auquel la doctrine et les juges se réfèrent lorsqu'ils font du risque un critère d'identification. Les partisans du dogme du risque découvrent cependant ce critère dans des contrats qui ne sont pas aléatoires (les délégations de service public *commutatives* en raison de la couverture des risques), et refusent de le voir dans certains contrats qui sont pourtant aléatoires en raison d'un aléa économique, mais qu'ils qualifient de marchés publics (les marchés publics *aléatoires*). S'il est justifié d'exclure de la catégorie à laquelle appartiennent les

délégations de service public aléatoires, des contrats, comme les marchés publics commutatifs, dans lesquels le risque n'a pas de conséquence sur l'équivalence finale des prestations, il n'est pas parfaitement légitime d'y inclure les délégations de service public commutative et d'en exclure les marchés publics aléatoires.

Ériger en critère les *conséquences du risque sur le résultat définitif du contrat*, qui semble être le véritable critère retenu, explicitement ou implicitement par le juge, le substituer à celui insatisfaisant de la seule existence du risque dans le contrat, oblige à s'interroger sur la pertinence de certaines qualifications et invite à **certains reclassements**. Il y a peut-être dans la notion de contrat aléatoire à aléa économique une explication du critère de la rémunération substantiellement assurée par les *résultats* de l'exploitation et du penchant des juges et de la doctrine à l'expliquer par le risque. Les effets du risque sur le résultat du contrat sont le critère des contrats aléatoires, ils pourraient bien inspirer le véritable critère des délégations de service public, à l'occasion d'un détour par la nature de la rémunération. En définitive, il faut proposer de maintenir le critère de la rémunération substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation tout en s'efforçant de l'expliquer d'une manière plus juridique en recourant à des notions et à des raisonnements empruntés au droit des obligations. La justification du critère du risque est d'abord une **justification juridique**. Ainsi le juge administratif devrait davantage fonder la qualification du contrat en recourant aux notions de prestation et de contreprestation, d'incertitude qui pèse sur la valeur de l'une d'elles mais que les parties ont malgré tout accepté de regarder comme équivalentes. Il devrait faire une place centrale à **l'incidence sur le résultat final du contrat de l'incertitude qui affecte la valeur de l'une des prestations au moment de l'échange des consentements**.

La Cour administrative d'appel de Paris s'est déjà engagée dans cette voie. Elle qui n'ignore pas la distinction entre contrat commutatif et contrat aléatoire, ne serait-ce que parce qu'elle applique directement l'article 1104 du Code civil (C.A.A. Paris, 22 juin 2000, *Société Sopiza*, à propos d'une concession d'occupation du domaine public), a eu l'occasion de justifier la qualification d'une délégation de service public en retenant le « caractère aléatoire » de la convention malgré la prise en charge des déficits d'exploitation du délégataire par le délégant (C.A.A. Paris, 24 janvier 2005, *Province des Îles Loyautés*).

Pour l'essentiel, ces analyses ont été récemment confirmées tant par le Conseil d'État (arrêt du 7 novembre 2008, *Département de la Vendée*) que par la Cour de justice de l'Union européenne (arrêt du 10 mars 2011, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, aff. C-274/09) ce qui témoigne de la portée normative de la thèse.

\*  
\* \*

## Seconde Partie – Le risque, l'inexécution de l'obligation contractuelle et sa sanction

**Aux risques d'exécution s'ajoutent des risques d'inexécution.** En vertu du principe de l'exécution « aux risques et périls » des contrats administratifs, le cocontractant de l'administration est tenu de respecter ses engagements jusqu'aux limites extrêmes des prévisions contractuelles. En vertu des principes qui régissent la responsabilité contractuelle, l'administration comme son cocontractant sont tenus de réparer les inexécutions contractuelles qui leur sont imputables, notamment celles qui peuvent s'analyser en un risque en ce sens que si elles étaient incertaines elles n'étaient pas pour autant imprévisibles. Il existe des risques d'inexécution dans les contrats administratifs, c'est-à-dire des **inexécutions incertaines mais prévisibles**, qui appellent une sanction qui prend principalement la forme de la réparation du préjudice qu'ils causent. **Le risque** qui témoigne de **l'inexécution des obligations contractuelles** ne sert pas à la distinction des contrats administratifs, mais peut constituer

un **fondement d'une partie de la responsabilité contractuelle** et la **mesure de la réparation du préjudice**.

Les **rappports du risque et du fait générateur de responsabilité** invitent à mieux distinguer la faute du risque parmi les conditions de la responsabilité et à découvrir dans le risque un fait générateur d'une responsabilité sans faute dans les contrats administratifs et à admettre ainsi un premier cas de responsabilité contractuelle pour risque. Les **rappports du risque et du lien de causalité** obligent principalement à s'interroger sur les causes exonératoires de responsabilité et à mettre en évidence l'existence de responsabilités causales à l'occasion des contrats administratifs qui constituent un second cas de responsabilité contractuelle pour risque distinct du précédent. Peuvent ainsi être établis, de manière inédite, en raisonnant successivement sur le fait générateur et sur le lien de causalité, deux cas distincts de *responsabilité contractuelle pour risque*. Enfin, les **rappports du risque et du préjudice** mettent en évidence qu'un risque peut s'analyser comme un préjudice réparable (le *risque de préjudice*) et que la réparation ne suffit pas toujours dans les contrats administratifs à assurer la couverture des risques encourus par le cocontractant de l'administration.

\*

**I) Risque et fait générateur d'une responsabilité sans faute dans les contrats administratifs**. Définir le risque, fait générateur d'une responsabilité contractuelle, comme une **inexécution non fautive des obligations contractuelles** oblige non seulement à distinguer nettement le risque de la faute, mais aussi à remettre en cause la notion traditionnelle de faute contractuelle. Ainsi, **l'étude des rapports du risque et du fait générateur de la responsabilité contractuelle** invite à mieux distinguer la faute du risque parmi les conditions de l'obligation de réparer et à faire une place, à côté des inexécutions fautives des obligations, aux **inexécutions non fautives**, dont certaines, parce qu'elles sont **incertaines mais prévisibles**, peuvent s'analyser en un risque. Le risque, fait générateur d'une responsabilité contractuelle, présente ainsi trois caractéristiques : il est un **fait non fautif**, constitutif d'une **inexécution des obligations contractuelles** qui présente la particularité d'être **prévisible**.

**1) Le risque, fait générateur d'une responsabilité contractuelle est un fait non fautif. Le risque et la faute s'opposent** : le *fait non fautif* exclut le *fait fautif*. Leur coexistence n'est pas impossible, mais leur confusion doit être évitée. Il n'y a pas plus de faute dans le risque que de risque dans la faute. La confusion des deux notions est pourtant fréquente.

Ainsi, les **présomptions mixtes** de faute sont-elles présentées comme mêlant les deux fondements de la responsabilité : la présomption s'appuie à titre principal sur le risque et à titre complémentaire sur la faute (caractère exonératoire de l'absence de faute qui ne peut être établie que par la preuve de la cause étrangère). En réalité et contrairement à l'opinion généralement admise, la présomption mixte, comme la présomption irréfragable, révèle une responsabilité pour risque.

De même, l'**acceptation des risques**, c'est-à-dire le fait d'avoir volontairement pris le risque d'un dommage, est souvent présentée comme traduisant la fusion du risque et de la faute. Il n'en est rien. L'acceptation des risques peut être en elle-même constitutive d'une faute (acceptation *fautive* des risques) : faute de la victime (ou du créancier) elle joue alors le rôle exonératoire de responsabilité qu'une telle qualification implique. Dans ce cas, il n'y a pas d'acceptation de *risques fautifs* mais une *acceptation fautive* des risques. L'acceptation des risques peut aussi être *non fautive* et fournir une explication du fondement de la responsabilité : dans un système de responsabilité fondée sur la faute, l'acceptation non fautive des risques par le créancier de l'obligation apparaît comme un élément d'appréciation de la faute du débiteur ; dans un système de responsabilité sans faute, l'acceptation non fautive des risques constitue un renoncement à se prévaloir du régime de responsabilité sans faute. En matière contractuelle, l'acceptation des risques est un critère de la distinction des obligations de

moyens et de résultat et manifeste une responsabilité dont le fondement n'est pas la faute mais le risque. Dans tous les cas, le risque et la faute ne se confondent pas. L'étude de la théorie de l'acceptation des risques invite en définitive à préférer à la distinction des « risques normaux » et des « risques anormaux », celle du risque (prévisible) et de l'aléa (imprévisible).

Enfin, certains se sont laissés tenter par l'affirmation d'un « risque fautif ». Le « **risque pénal** » dans les marchés publics et les délégations de service public est la meilleure illustration de cette superposition du risque et de la faute. Cette construction doctrinale qui repose en définitive sur une confusion des mobiles et de l'intention est cependant particulièrement critiquable. Il n'y a pas de responsabilité pénale sans faute ; la responsabilité pénale à l'occasion des contrats administratifs est toujours fondée sur la *faute pénale*, jamais sur le risque.

2) Négativement le risque doit ainsi être nettement distingué de la faute ; positivement, **le risque, fait générateur d'une responsabilité contractuelle, doit s'entendre d'une inexécution des obligations contractuelles**, ce qui oblige à remettre en cause la notion traditionnelle de faute contractuelle.

Il y a en effet une **contradiction entre la définition traditionnelle de la faute contractuelle et la reconnaissance d'une responsabilité contractuelle sans faute** (dont la responsabilité pour risque est un cas particulier). La définition de la faute contractuelle comme *toute inexécution des obligations contractuelles* ne laisse guère de place à une *responsabilité contractuelle sans faute*. Si toute inexécution est une faute, puisque la responsabilité contractuelle n'est que l'autre nom de la réparation du préjudice causé par une inexécution des obligations contractuelles, toute responsabilité contractuelle devrait être fautive. Or tel n'est pas le cas : **l'existence d'une responsabilité contractuelle sans faute est traditionnellement admise dans les contrats administratifs**. Elle correspond à la réparation du préjudice causé au cocontractant de l'administration par le **fait du prince**.

La **modification unilatérale** ou la **résiliation unilatérale** du contrat administratif par l'administration contractante sont des mesures régulières en ce qu'elles sont permises par le droit (faits licites ou non fautifs). Mais leur indemnisation correspondant à la **réparation d'un préjudice**, elles sont à l'origine d'une véritable **responsabilité contractuelle**. Dès lors, **le fait du prince ne peut s'analyser autrement qu'en une inexécution d'une obligation contractuelle**. Cela impose de retenir une nouvelle définition de la faute contractuelle au moins en droit administratif : elle ne peut recouvrir toutes les inexécutions des obligations mais seulement les **inexécutions fautives** et laisse ainsi la place à des **inexécutions non fautives** telles la modification unilatérale et la résiliation unilatérale. Certaines de ces inexécutions non fautives présentent la particularité d'être incertaines mais prévisibles et méritent en conséquence d'être qualifiées de risque.

3) **Le risque, fait générateur d'une responsabilité contractuelle est une inexécution non fautive des obligations contractuelles qui présente la caractéristique essentielle d'être incertaine mais prévisible**. Il existe une responsabilité contractuelle sans faute fondée sur le risque dans les contrats administratifs. Son champ d'application est peut-être limité, mais son existence, même si sa démonstration est originale, n'en est pas moins certaine. L'arrêt du Conseil d'État du 5 janvier 1972, *Société Unitchadienne*, ne constitue pas un obstacle à sa reconnaissance. Il concerne la *primauté* de la responsabilité contractuelle sur la responsabilité *extracontractuelle* (pour risque), mais ne dit rien des fondements de la responsabilité contractuelle ; il ne consacre certainement pas l'incompatibilité entre la théorie du risque et la responsabilité contractuelle.

La responsabilité contractuelle pour risque, qui est exclusivement à la charge de l'administration contractante, correspond aux **seuls cas où le fait du prince est prévisible**. Si l'imprévisibilité est généralement considérée comme l'un des critères du fait du prince, il a fort justement été établi (P. Delvolvé) qu'elle n'est pas toujours exigée : elle ne l'est que pour les mesures qui concernent indirectement le contrat. La condition d'imprévisibilité, qui empêcherait d'y découvrir

un risque, n'est en revanche pas exigée lorsque le fait du prince prend la forme de **mesures qui se rapportent directement au contrat**. Il existe donc des faits du prince incertains mais prévisibles.

Il en est ainsi **lorsque les clauses du contrat ont expressément prévu** que l'administration pourrait modifier les conditions d'exécution de la convention ou la résilier avant son terme. La mesure unilatérale de modification ou de résiliation est alors non seulement prévisible mais prévue, ce qui n'empêche pas que l'administration doive en répondre : sa responsabilité contractuelle sans faute est engagée dès lors qu'elle provoque un préjudice à son cocontractant. Il en va de même pour les mesures qui, bien que n'ayant fait l'objet d'aucun aménagement contractuel, sont **intrinsèquement liées au contrat administratif** : de telles mesures étant toujours susceptibles d'intervenir dans son exécution, tout cocontractant potentiel sait donc normalement et par avance, que s'il signe un tel contrat, l'administration pourra y apporter des modifications ou le résilier. La qualification de risque est d'autant plus justifiée que dans les cas où la mesure était certaine dès la conclusion du contrat la responsabilité est exclue : au critère de la *prévisibilité* s'ajoute celui de l'*incertitude* pour tracer la frontière de la responsabilité contractuelle sans faute. Il existe ainsi une responsabilité contractuelle sans faute pour risque d'inexécution. Ce risque d'inexécution se décline en un risque de modification et un risque de résiliation. Parmi les mesures licites adoptées par l'administration contractante qui se rapportent directement au contrat, il faut faire une place particulière aux résiliations unilatérales.

Le **fait du prince** lorsqu'il est **prévisible** constitue ainsi un fait générateur non fautif d'une responsabilité contractuelle, un **premier cas de responsabilité contractuelle pour risque**.

L'étude des rapports du risque et du fait générateur permet d'établir que dans une large mesure la *responsabilité contractuelle pour fait du prince* est de même nature que la *responsabilité pour risque*. Partant de ce constat, le professeur Camille BROUELLE a récemment prolongé cette analyse en la portant sur le terrain de la responsabilité extracontractuelle (R.D.P. 2009, n°2, p. 321) : des mécanismes habituellement mis en œuvre sur le terrain contractuel semblent ainsi justifier la solution retenue dans l'arrêt *Conitéas* et la responsabilité extracontractuelle pour rupture d'égalité devant les charges publiques s'inspire directement de la responsabilité contractuelle pour fait du prince.

\*

**II) Risque et lien de causalité : le fondement des responsabilités causales à l'occasion des contrats administratifs.** L'étude des rapports du risque et du lien de causalité met en évidence un **second cas de responsabilité pour risque à l'occasion des contrats administratifs très différent du précédent** et dont la démonstration est également originale. Il s'agit d'un cas de **responsabilité dite causale** qui correspond à l'obligation de réparer l'inexécution d'une **obligation de résultat** dont la **jurisprudence administrative fournit des illustrations**.

**1) La place de la responsabilité causale parmi les responsabilités sans faute**, son originalité, ainsi que ses **liens avec la théorie du risque** doivent d'abord être précisés. La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat et la différenciation des causes exonératoires de responsabilité qu'elle implique sont au cœur de la notion de responsabilité causale.

Pour la majorité des auteurs, la **distinction** établie par Demogue pour concilier deux articles du Code civil entre les **obligations de moyens** et les **obligations de résultat** permettrait seulement d'expliquer des différences relatives à la **charge de la preuve**. L'article 1137 du Code civil concerne les obligations de moyens et exige que le créancier établisse la preuve de la faute du débiteur (faute prouvée) ; l'article 1147 concerne les obligations de résultat et crée une présomption de faute dont le débiteur ne peut se dégager qu'en prouvant la cause étrangère (présomption mixte de faute). Toutefois, de manière plus ambitieuse, il peut être établi que cette distinction n'explique pas seulement des différences dans le régime de la preuve, mais qu'elle a également des implications quant au **fondement**

**de la responsabilité contractuelle.** Le débiteur d'une **obligation de moyens** peut s'exonérer par la **preuve de l'absence de faute**, ce qui explique que sa responsabilité contractuelle est une responsabilité pour faute. En revanche, le débiteur d'une **obligation de résultat** ne pouvant s'exonérer **que par la preuve d'une cause étrangère, la preuve de l'absence de faute étant inopérante**, sa responsabilité contractuelle est une **responsabilité sans faute**.

Dans le cas des obligations de résultat, il ne peut en effet s'agir d'une responsabilité pour faute car, contrairement à ce qui est parfois affirmé, il n'y a pas d'équivalence absolue entre la preuve de la cause étrangère et la preuve de l'absence de faute. Le caractère exonératoire de la force majeure ne préjuge pas du fondement de la responsabilité. Il n'y a pas dans le cas des obligations de résultat de présomption de faute mais une **présomption de causalité** : la cause étrangère ne prouve pas l'absence de faute, qui est une question relative au fait générateur, mais elle détruit le lien de causalité. C'est pour cette raison qu'elle est qualifiée de responsabilité *causale*. La responsabilité pour inexécution d'une obligation de résultat peut dès lors être qualifiée de *responsabilité sans faute* ou de *responsabilité de plein droit*. Elle a pu être implicitement ou explicitement rattachée à la *théorie du risque*.

**2) Le risque est le fondement des responsabilités causales.** La responsabilité contractuelle sans faute du fait de l'inexécution d'une obligation de résultat peut être qualifiée de **responsabilité pour risque** dans la mesure où la première condition de la cause étrangère exonératoire de responsabilité, c'est-à-dire l'*imprévisibilité*, correspond *en creux* aux critères du *risque*.

**Dans la mesure où il ne peut s'exonérer que par la preuve de la cause étrangère imprévisible, le débiteur d'une obligation de résultat est responsable de tous les événements incertains mais prévisibles, mais il n'est pas responsable au-delà de ce qu'il pouvait prévoir, il n'est pas responsable des événements imprévisibles.** Plus précisément, le risque explique les limites au caractère exonératoire des causes étrangères pour une double raison. Parce qu'il renvoie à la notion de *prévisibilité*, il s'oppose à l'*imprévisibilité* de la force majeure. Parce qu'il renvoie à la *volonté des parties de le courir*, il s'oppose au caractère *insurmontable* de la force majeure.

En d'autres termes, le débiteur d'une obligation de résultat inexécutée est responsable jusqu'aux limites extrêmes des prévisions raisonnables du contrat. Le risque, événement incertain mais prévisible, correspond au plafond de la responsabilité pour inexécution d'une obligation de résultat et au plancher de l'exonération de cette responsabilité.

**3) Il existe dans la jurisprudence administrative des manifestations des responsabilités causales pour risque.** L'existence d'**obligations de résultat dans les contrats administratifs** est, en effet, fréquemment admise. Elle est la preuve qu'existe une responsabilité contractuelle, voire postcontractuelle, fondée sur le risque et vient ainsi valider l'explication du droit positif qui a été proposée.

**a) Les « garanties » des constructeurs**, plus précisément la « garantie décennale » et la « garantie de bon fonctionnement » sont des cas particuliers qui manifestent l'existence de responsabilités causales, responsabilités pour risque, *à l'occasion* des contrats administratifs. Ces « garanties » sont en réalité des *responsabilités* reposant sur une *présomption de causalité*. Elles ne sont pas à proprement parler des garanties mais des *responsabilités sans faute*. L'article 1792 du Code civil qui définit la « garantie décennale » est d'ailleurs le pendant de l'article 1147 qui fonde la responsabilité pour inexécution d'une obligation de résultat. La responsabilité de plein droit qui pèse sur les constructeurs apparaît ainsi comme un cas particulier de sanction de l'inexécution d'une obligation contractuelle. Elle demeure cependant analysée **en droit public** comme une obligation de réparation qui **se distingue de la responsabilité contractuelle**, ce qui justifie qu'elle soit le plus souvent qualifiée de responsabilité *postcontractuelle*. À l'inverse, pour la **doctrine de droit privé**, elle est incontestablement une **responsabilité de nature contractuelle** précisément parce qu'elle est un cas particulier de cette responsabilité objective qui sanctionne l'inexécution d'une obligation de résultat. Une telle opposition invite à réévaluer le caractère contractuel de la garantie décennale.

La *responsabilité pour risque de l'administration à l'égard de ses agents contractuels* (C.E. 21 juin 1895, *Cames*, avec les conclusions Romieu), qui repose également sur une « présomption de causalité », est une autre illustration, trop souvent oubliée, de la responsabilité contractuelle pour risque. Elle correspond à l'inexécution de l'*obligation de sécurité de résultat* dont l'employeur est tenu en vertu du contrat de recrutement (par analogie : Cass. Soc., 28 février 2002 ; 11 avril 2002). Elle bénéficie aux agents publics contractuels chaque fois qu'ils peuvent obtenir une *indemnité complémentaire*, au-delà de l'indemnité forfaitaire prévue par la législation sur les forfaits de pension (cas de certains militaires, par extension du principe dégagé par C.E. Ass. 4 juillet 2003, *Mme Moya-Caville*) ou sur les accidents du travail et les maladies professionnelles (cas général). Cette responsabilité pour risque pouvant être invoquée par un agent à l'encontre de l'administration dont il est le *contractant*, est nécessairement une *responsabilité contractuelle*.

b) Plus généralement, **toute inexécution d'une obligation de résultat témoigne de l'existence d'une responsabilité contractuelle pour risque en droit administratif** en raison de l'impossibilité du débiteur de s'exonérer autrement qu'en prouvant la cause étrangère. La démonstration de cette responsabilité se fait soit en passant par la découverte d'une obligation de résultat soit sans même en faire mention, ce qui en réalité revient au même. En effet, les obligations de résultat ayant été découvertes dans l'article 1147 du Code civil par opposition à l'article 1137, leur logique apparaît chaque fois que la seule cause exonératoire de responsabilité est la cause étrangère, l'effet libératoire étant refusé à la preuve de l'absence de faute. Aux obligations de résultat qui ont été explicitement découvertes par la jurisprudence relative aux contrats administratifs, il convient donc d'ajouter les cas, encore plus nombreux, qui témoignent d'une réception implicite en droit administratif des responsabilités contractuelles causales. C'est le cas de la responsabilité contractuelle afférente aux réserves et de la « garantie » de parfait achèvement. C'est encore le cas chaque fois que le juge administratif admet le caractère exonératoire des causes étrangères imprévisibles en même temps qu'il rejette la preuve de l'absence de faute.

En définitive, la responsabilité causale fondée sur le risque à l'occasion des contrats administratifs présente une **triple originalité** qui justifie que son étude ait fait l'objet de développements spécifiques. Son existence ne peut être établie qu'à la suite d'un raisonnement relatif au lien de *causalité* (et aux *causes* exonératoires) et non au fait générateur de responsabilité. Elle constitue un *cas de responsabilité contractuelle sans faute en dehors même du fait du prince*. Elle ne pèse pas seulement sur l'administration, mais peut également être à la charge de son *cocontractant* (dès lors qu'il est tenu d'une obligation de résultat).

\*

**III) Risque et préjudice dans les contrats administratifs. L'étude des rapports entre le risque et le préjudice** invite à distinguer deux questions qui valent tant pour les cas de *responsabilité contractuelle sans faute* que pour les cas de *responsabilité contractuelle pour faute*. La première question est relative aux effets de l'évaluation du préjudice sur la couverture des risques encourus par les cocontractants. La seconde concerne la réparation du préjudice incertain mais prévisible (*risque de préjudice*) à l'occasion des contrats administratifs.

1) En droit administratif, **l'évaluation du préjudice causé par l'inexécution d'une obligation contractuelle**, qu'elle soit le fait du juge ou le fait des parties, **ne suffit pas toujours à assurer la parfaite couverture des risques encourus**.

a) **L'évaluation du montant du dommage par le juge administratif témoigne de l'imperfection de la couverture du risque d'inexécution**. C'est ce que révèle l'évaluation du

préjudice causé par la *non réalisation du minimum prévu dans un marché public à bons de commande*. Dans un tel cas, le juge administratif n'indemnise que la *perte de marge*. Il cherche à limiter l'évaluation du préjudice aux seules charges effectivement exposées : il indemnise tout le manque à gagner de recettes mais qu'une partie de la perte subie en raison des charges. Le juge entend ainsi éviter que l'indemnisation couvre des charges récupérables par ailleurs.

Une telle solution est critiquable dans la mesure où elle *omet les charges fixes* dans l'évaluation du préjudice. Elle n'est pas non plus parfaitement cohérente avec la jurisprudence relative aux marchés publics à tranches conditionnelles dans lesquels il est admis que les charges fixes doivent être prises en compte dans la détermination du prix versé par l'administration. Surtout, elle témoigne d'une *application souple du principe de la réparation intégrale*. En l'état actuel de la jurisprudence, le refus d'indemniser les charges fixes est donc la preuve qu'existe un risque dans les marchés publics : il s'agit d'un risque de dépenses, *risque d'inexécution* d'une obligation contractuelle qui n'est *pas couvert par l'indemnisation du préjudice* causé à l'entrepreneur.

**b) Lorsque les parties prévoient des clauses portant sur la réparation du préjudice** (clauses de répartition des « risques » relatives au fait du prince, aux imprévus et à la force majeure), **les principes qui régissent la responsabilité tendent à en limiter les effets.**

Les **clauses de répartition des risques d'inexécution** dans les contrats administratifs peuvent s'analyser en des **conventions portant sur la réparation du préjudice** : *clauses limitatives du droit à réparation, clauses pénales et forfaits conventionnels d'indemnisation*. Ces clauses ont pris une ampleur considérable dans les *contrats administratifs globaux*, ce qui explique que ces derniers aient pu être distingués en raison du caractère *endogène* de la maîtrise des risques qu'ils manifestent : l'une de leur caractéristique est qu'ils opèrent un transfert *contractualisé* des risques. Ces clauses n'en sont pas moins traditionnelles dans les *marchés publics* et les *conventions de gestion déléguée*, principalement dans les concessions et les affermages : la sanction contractuelle de l'*exécution « aux frais, risques et périls » du cocontractant défaillant* (mise en régie, marché par défaut et mise sous séquestre) en est une illustration.

Les clauses de répartition des risques peuvent s'analyser en une forme de **contractualisation des aléas**. Elles font entrer dans la commune prévision des parties des événements normalement considérés comme imprévisibles. Elles illustrent l'idée répandue, mais contestable, de la *supériorité de la complétude des contrats*. De telles clauses invitent à s'interroger sur la frontière entre les risques, prévisibles, et les aléas, imprévisibles. Les aléas ainsi contractualisés deviennent-ils pour autant des risques ? La répartition des risques d'inexécution dans les contrats administratifs s'inscrit ainsi dans des clauses qui ont pour objet de répartir entre les cocontractants la charge du fait du prince, de l'imprévision et de la force majeure. Il s'agit de dérogations au droit commun de la responsabilité. Mais les principes du droit public, spécialement les principes applicables aux contrats administratifs posent des limites à la liberté contractuelle : si les conventions relatives à la répartition de ces événements perturbateurs de la marche normale du contrat ont pour *objet* de déroger au droit commun, elles n'ont pas toujours cet *effet*. Ainsi les clauses relatives à la *résiliation unilatérale* sont neutralisées lorsqu'elles sont défavorables à l'administration. De même, la répartition contractuelle des conséquences de l'*imprévision* et des *sujétions imprévues* connaît les limites inhérentes aux clauses réduisant la responsabilité *extracontractuelle*. De même encore, les clauses d'un contrat qui garantissent le cocontractant contre les conséquences dommageables de l'inexécution des obligations en raison d'un cas de *force majeure* ne s'appliquent plus lorsque ces circonstances rendent l'exécution du contrat définitivement impossible.

**2) L'étude de la réparation du risque de préjudice** oblige, enfin, à s'interroger sur la **prévisibilité du dommage**. Elle invite à distinguer le **préjudice incertain mais prévisible** du **préjudice incertain et imprévisible**.

**a) La réparation du préjudice incertain mais prévisible** semble déjà admise à l'**occasion des contrats administratifs**. Il est traditionnellement affirmé que *seul le préjudice certain est réparable* et que le *préjudice éventuel* est *insusceptible de réparation*. Le *risque de préjudice* étant par définition un préjudice

incertain, il ne devrait pas être réparable. Pourtant, l'indemnisation de la *perte de chance sérieuse* d'obtenir un contrat à la suite de l'éviction illégale de sa passation est la preuve qu'une telle réparation du **risque de dommage** est déjà admise.

Le rattachement, tant en droit public qu'en droit privé, de la **perte de chance** à la certitude du préjudice pour expliquer son indemnisation n'est guère convaincant. La perte de chance est plus certainement un indice de la relativité de la distinction entre *préjudice certain* et *préjudice incertain*. La théorie de la responsabilité pour perte de chance qui trouve particulièrement à s'appliquer à l'occasion de la passation des contrats administratifs invite à remettre en cause la présentation traditionnelle selon laquelle seul le préjudice certain est réparable. **La réparabilité des préjudices incertains peut être admise dès lorsqu'ils sont prévisibles**. Il y a lieu de distinguer le préjudice réparable, soit parce qu'il est certain, soit parce que bien qu'incertain il est prévisible, du préjudice qui n'est pas réparable parce qu'il est imprévisible.

b) Alors qu'elle est exclue en droit privé, l'article 1150 du Code civil limitant la réparation au seul dommage contractuel *prévisible*, la **réparation du dommage contractuel imprévisible** est admise dans les **contrats administratifs**.

Cette solution, qui est toujours considérée, malgré les critiques qui peuvent lui être adressées et certaines solutions jurisprudentielles, comme l'une des originalités du droit des contrats administratifs, peut sembler difficile à articuler avec le **principe de la réparation du risque de préjudice**. Mais le caractère prévisible du préjudice, s'il est une *condition suffisante à sa réparation*, ne constitue pas pour autant nécessairement une *limite de son indemnisation* : l'indemnité peut être d'un montant (valeur du dommage) qui semblait *imprévisible* lors de la passation du contrat.

Il n'y a pas non plus de contradiction à admettre la *réparation du préjudice imprévisible* dans les contrats administratifs tout en exigeant de la **force majeure exonératoire** qu'elle soit **imprévisible**. La première imprévisibilité s'attache à la *conséquence de la responsabilité* alors que la seconde caractérise la *cause de l'exonération*. Si le débiteur est tenu y compris des dommages dont il ne pouvait envisager la quotité en contractant, ce n'est qu'à la condition qu'il ne soit pas exonéré de sa responsabilité.

En conclusion, l'étude du *risque dans les contrats administratifs* invite à transposer certains raisonnements du droit des obligations et à s'intéresser à la comptabilité financière et analytique, à la gestion financière d'entreprise et à l'analyse économique. Elle oblige à mettre constamment en parallèle les solutions du droit privé et celles du droit administratif et à souligner les raisons des différences constatées entre les unes et les autres et, le cas échéant, à les nuancer. Elle oblige à tirer des enseignements de l'économie et de la gestion des leçons utiles à la distinction des contrats administratifs.

Fait à Paris, le 5 juillet 2011

Thomas PEZ

Thèse présentée et soutenue publiquement le 11 décembre 2006 à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) devant le jury composé de M. Stéphane BRACONNIER (rapporteur), M. Pierre DELVOLVÉ (directeur de thèse), M. Yves GAUDEMET (président du jury), Mme Martine LOMBARD, Mme Christine MAUGÜÉ (rapporteur), Mme Geneviève VINEY (rapporteur). Mention très honorable avec les félicitations du jury à l'unanimité. Thèse proposée en vue de l'attribution de prix d'université et de chancellerie et d'une subvention pour publication.

Prix de thèse de l'Association française pour la recherche en Droit administratif (AFDA) et de l'Université Panthéon-Assas (Paris II). Le jury de l'AFDA était composé de M. Jacques MOREAU (président), M. Etienne FATÔME, M. Jean-François LACHAUME, Mme Sophie NICINSKI, M. Jacques PETIT, Mme Aude ROUYÈRE.