

Frédéric Rolin

LES CONTRATS DE L'ADMINISTRATION ET LA PREMIÈRE GUERRE MONDIALE

Lorsqu'à l'été 1914 survient l'enchaînement des événements qui conduira à l'entrée en guerre, le Conseil d'État, par une singulière coïncidence, rend une décision sur la requête déposée par les établissements Schneider contre la décision par laquelle le Ministre de la Guerre leur a infligé une pénalité de 69 825 francs pour le retard dans la livraison de 9500 obus de 155 millimètres en exécution d'un marché passé en 1906¹. Coïncidence en effet, car le contentieux avait été initié en 1908 et que la mise au rôle de cette affaire était conforme aux délais de jugement alors fort longs de la juridiction administrative supérieure. Mais ces affaires de retard et de coût des livraisons de projectiles, comme nous le verrons, constituent un des chapitres importants de la question des contrats de l'administration durant la Première Guerre mondiale et commencent à dessiner le tableau des relations complexes de l'État avec les fournisseurs de matériel militaire.

Il s'agit au demeurant d'un arrêt d'une portée doctrinale limitée qui n'apporte que quelques précisions au régime des clauses pénales inscrites dans les marchés publics. Il rejoint en cela l'ensemble de la production jurisprudentielle en matière contractuelle de toute l'année 1914 et plus largement même de toute la période du conflit pendant laquelle ne sera rendu aucun arrêt important pour la théorie des contrats administratifs (à l'exception naturellement de l'arrêt du « gaz de Bordeaux » sur lequel nous reviendrons amplement et qui est le produit même des circonstances de la guerre). La preuve en est que la chronique de jurisprudence de Maurice Hauriou ne contient aucune note portant sur la matière contractuelle (à part encore une fois sous Gaz de Bordeaux) durant la période².

On peut d'ailleurs d'en étonner, car on sait bien que depuis le début du siècle, au contraire, la jurisprudence administrative avait produit un effort intense qui avait profondément renouvelé de la matière et posé les bases du droit contemporain des contrats de l'administration³. Il n'aurait donc pas été inconcevable que cet effort de conceptualisation du droit des contrats administratifs se poursuivît durant la guerre. Il n'en fut pourtant rien.

¹ CE 22 juillet 1914 Scheider et Cie c/ l'État, rec. p. 892.

² Voir M. Hauriou, *Notes d'arrêts sur décisions du Conseil d'État*, Paris, La Mémoire du Droit, 2000, t. 3, p. 318 sq.

³ Arrêts Thérond (1903), Terrier (1910) et Granits Porphyroïdes (1912) sur la qualification de contrat administratif ; Arrêts gaz de Deville les Rouen (1902) et Compagnie générale des tramways (1910) sur la mutabilité du contrat, Arrêt Deplanques (1907) sur les sanctions, Arrêt Compagnie des Messageries Maritimes (1909) sur la force majeure.

On pourrait y voir le produit du hasard, puisque la jurisprudence, source de droit accidentelle, ne se forme qu'au gré des espèces qui se présentent devant elle. Mais on sait que devant le Conseil d'État le hasard fait souvent bien les choses et est souvent suppléé par une politique jurisprudentielle qui sait trouver les espèces dont elle a besoin pour forger les solutions qu'elle envisage.

Aussi, plutôt que le produit du hasard, il faut peut-être davantage voir dans ce silence jurisprudentiel le produit d'une double circonstance : d'abord la période la guerre ne prête pas à des innovations jurisprudentielles qui pourraient avoir de lourdes conséquences dans le contexte de crise économique lié au conflit. Ensuite, délai de jugement aidant, les contentieux des contrats passés pendant la guerre ne seront tranchés que plusieurs années plus tard : les tables du *Recueil Lebon* de 1920 à 1925 en témoignent avec beaucoup de netteté.

Ces constatations préliminaires esquissent déjà la problématique des développements qui vont suivre : faire une histoire de la construction jurisprudentielle et doctrinale des contrats administratifs pendant la guerre se révélerait une entreprise restreinte au commentaire de l'arrêt *Gaz de Bordeaux* et à la naissance de l'imprévision. Il faut ainsi envisager la question sous d'autres angles qui font davantage appel à l'analyse de la pratique des contrats de l'administration pendant la guerre. On soulignera à cet égard que l'accès à cette pratique administrative est aujourd'hui considérablement facilitée par la numérisation de très larges collections de documents administratifs : Journaux officiels et Rapports parlementaires, Bulletins officiels des ministères et de certaines grandes administrations locales (le *Bulletin municipal officiel de la Ville de Paris* notamment), ainsi que par celles de revues techniques, en matière d'administration municipale, de gaz, d'électricité, de chemins de fer, qui étaient jusqu'à il y a très peu de temps d'accès fort difficile.

L'étude du droit des contrats de l'administration au travers de cette pratique permet de mettre en évidence les principaux enjeux que pose la guerre : d'abord la manière dont les administrations vont progressivement intégrer les enjeux liés à la guerre dans la passation de leur contrats : marchés, concessions de service public ou domaniales, adjudications des produits des domaines de l'État. Ensuite, la difficulté de continuer d'exécuter ces contrats lorsqu'ils ont été passés avant-guerre en raison du bouleversement des circonstances économiques, c'est là l'apport de la théorie de l'imprévision. Enfin, le développement d'une filière très spécifique au sein des contrats de l'administration : celle des marchés de guerre, qu'il s'agisse des approvisionnements ou de l'armement qui pose à la fois des questions administratives, mais également des questions de moralité publique liées au développement de ce que l'on appellera les profiteurs de guerre ou les spéculateurs.

Ce sont ces trois points qui constitueront notre étude.

I. L'ADMINISTRATION CONTRACTANTE FACE À LA GUERRE

Pour comprendre la manière dont l'administration va progressivement intégrer la problématique de la guerre et de la crise économique qui lui est associée dans la passation de ses contrats, il est intéressant de suivre l'activité quotidienne d'une grande collectivité publique. La Ville de Paris est de ce point de vue un exemple particulièrement intéressant : collectivité locale à l'administration déjà très sophistiquée, elle passe, soit elle-même, soit par l'intermédiaire des établissements publics qu'elle a sous tutelle (en particulier l'administration générale de l'assistance publique à Paris) de nombreux contrats, de toutes natures et de tous montants. En outre c'est un exemple très bien documenté grâce à la publication du *Bulletin Officiel Municipal*, qui contient à la fois le relevé de toutes les décisions prises, de nombreux rapports et les compte-rendu des débats et délibérations du conseil municipal de Paris.

En s'appuyant donc sur cet exemple, complété par des éléments issus d'autres collectivités locales pour lesquelles on dispose également de sources primaires, on peut diviser le temps de la guerre en trois périodes dans lesquelles se manifestent des formes d'adaptation qui reposent sur des techniques et des objectifs différents.

A. De l'entrée en guerre jusqu'au début de l'année 1915

La première période de ce découpage chronologique correspond à la période de l'entrée en guerre et se prolonge jusqu'au début de l'année 1915. Elle correspond à une période où, conformément au sentiment général, les pouvoirs publics considèrent que la guerre qui s'engage ressemblera à celles du XIX^e siècle et sera donc de courte durée. Dans la littérature administrative, la référence au conflit de 1870-1871, explicite ou implicite, est à cet égard une constante. L'administration ne se prépare donc pas à une guerre de longue durée mais à la gestion d'un conflit envisagé comme une parenthèse entre deux périodes de paix. Cela explique les stratégies mises en place au cours de cette première période et qui s'articulent autour de deux logiques.

Tout d'abord l'administration se recentre sur des problématiques strictement quotidiennes. Tous les grands projets qui avaient pu être débattus au cours des années précédentes (on pense notamment au développement du réseau du Métropolitain) disparaissent des discussions. On sent bien que le choc de l'entrée en guerre empêche de penser à long terme.

Ensuite, et du point de vue de l'administration quotidienne, la Ville de Paris va procéder à une adaptation des procédures, de passation ou d'exécution des contrats, de manière relativement légère en usant des outils qui lui sont conférés par la réglementation existante.

Ainsi, par exemple, lorsque les services de l'assistance publique ou des asiles d'aliénés (qui relèvent du département de la Seine également documentés dans le *Bulletin Officiel Municipal*) peinent à passer ou à

exécuter des marchés suivant les procédures de mise en concurrence mises en place depuis l'ordonnance de 1837. Ils vont utiliser les outils dérogatoires institués par ce même texte pour traiter de gré à gré. On retrouvera donc ici les figures classiques de la référence à l'urgence et à la notion d'adjudication infructueuse, ainsi que la passation d'avenants aux contrats initiaux.

Citons à cet effet un passage du rapport fait au Conseil Général de la Seine le 29 décembre 1914 pour l'établissement du budget des asiles d'aliénés départementaux, qui illustre parfaitement l'utilisation de ces outils :

Signalons que le service des Aliénés s'est trouvé dans l'obligation, au cours des derniers mois, de consentir au relèvement des prix de certains marchés. Ces relèvements sont, d'ailleurs, peu importants et peu nombreux ; nous vous proposerons de les ratifier.

Nous avons, d'autre part, dans notre session de juillet dernier, approuvé les Cahiers des charges qui devaient servir de base aux adjudications des diverses fournitures nécessaires aux asiles en 1915. L'Administration a estimé que, dans les circonstances actuelles, il était difficile de procéder à ces adjudications, et nous demande l'autorisation de traiter de gré à gré au mieux des intérêts du Département. Nous vous proposerons d'accorder cette autorisation ; la plupart des fournisseurs ont, d'ailleurs, consenti le renouvellement de leurs marchés pour 1915 aux mêmes prix qu'en 1914, en se réservant toutefois la faculté, pour se prémunir contre les hausses éventuelles, de cesser leurs livraisons en cours d'année⁴.

B. La guerre qui dure : de 1915 à 1916

À partir du début de 1915 s'opère une inflexion dans la perception qu'ont les administrations civiles de la durée possible du conflit. La référence aux guerres antérieures n'est clairement plus opérante mais il est difficile de lui substituer un paradigme nouveau. L'administration doit donc s'adapter plus lourdement et plus durablement aux conséquences du conflit que ce soit d'un point de vue économique ou d'un point de vue social.

1. La montée des demandes des cocontractants privés et la réponse de l'administration

Les administrations sont tout d'abord mises sous la pression de leurs contractants privés. Nous aurons l'occasion de revenir dans la deuxième partie de cette étude sur les demandes particulières des entreprises chargées de concession de distribution du gaz, mais ce mouvement est en réalité beaucoup plus général.

Il touche aussi bien les titulaires de concessions, domaniales ou de service public, que les titulaires de marchés publics. En règle générale, c'est le titulaire du contrat qui se rapproche de l'administration pour lui demander

⁴ BOMVP, 7 janvier 1915, n° 45, note p. 93.

une révision des conditions financières qui lui ont été faites ou des prolongations de délai d'exécution. La tendance générale de l'administration est d'accepter ces demandes ce qui montre qu'elle est sensible aux difficultés des entrepreneurs privés et considère qu'il est de son devoir de contribuer à la résolution de leurs difficultés. Citons quelques exemples qui ajouteront à l'illustration juridique le charme des « vieux métiers administratifs » :

Voici d'abord le cas de M. Vernaison déclaré en 1913 concessionnaire du droit de location du linge aux baigneurs des établissements balnéaires municipaux, du 1^{er} avril 1913 au 31 mars 1916, moyennant notamment une redevance fixe et annuelle pour les trois établissements : piscine Ledru-Rollin, piscine Hébert et bains-douches rue des Pyrénées.

Le 23 février 1915 M. Vernaison s'adresse à la Ville de Paris pour lui demander, qu'à raison du préjudice qu'il a éprouvé par suite de la guerre pendant le 2^e semestre 1914, elle lui accorde une diminution sur le montant des redevances fixes qu'il doit acquitter pour les trois établissements susmentionnés. Par une délibération 1915/102⁵, la Ville, sur l'avis favorable du Préfet, accorde une diminution de la redevance à hauteur de 12500 francs.

La Ville sera moins clémente pour le concessionnaire « des sièges dans les promenades de la Ville de Paris » qui semble avoir cessé de payer toute redevance en 1915 et 1916. Néanmoins, elle n'ordonnera que le paiement d'un acompte et non de l'intégralité des sommes dues⁶.

Les mêmes problématiques se retrouvent pour des contrats de plus grande importance, même si les négociations semblent plus longues à aboutir. Ainsi la Ville de Paris accepte à la demande des compagnies de chemins de fer métropolitain de passer un avenant à la convention de concession annexée à la loi du 30 mars 1898 qui réduit le prélèvement qu'elle opère sur les billets de métro « réquisitionnés par l'autorité militaire en vue d'assurer le transport des militaires et des réfugiés depuis le 1^{er} janvier 1915 jusqu'à la fin des hostilités⁷ ».

Ce dernier exemple montre bien que la prise en charge des premiers mois du conflit est supportée par la Compagnie, mais qu'ensuite il se met en place un cadre juridique spécial dont le terme est incertain : la fin des hostilités.

2. La prise en charge de préoccupations sociales liées la guerre

Les administrations ne sont pas seulement compréhensives à l'égard de leurs contractants, elles cherchent également à participer au grand effort

⁵ *BOMVP*, 23 avril 1915 p. 854

⁶ Délibération n° 1916-431, *BOMVP*, 5 août 1916 p. 2075.

⁷ Délibération n° 1916-417, *BOMVP*, 5 août 1916, p. 2074.

patriotique de solidarité qui se développe au profit des victimes du conflit et de leur entourage. Cela se traduit de deux manières.

Tout d'abord, les administrations cherchent à faire profiter directement ou indirectement ces personnes de contrats qu'elles passent.

Indirectement, cela se manifeste notamment dans une délibération du 22 juin 1915⁸ qui demande aux services municipaux, aux établissements publics relevant de la Ville de Paris et aux « administrations assimilées » d'insérer dans les cahiers des charges des marchés « une clause par laquelle les entrepreneurs ou adjudicataires s'engageraient à employer un pourcentage de mutilés de la guerre ou de veuves de militaires tués à l'ennemi ou de femmes de mutilés dont le mari serait incapable de se livrer à aucun travail ».

Directement, cela se manifeste par le projet de réserver globalement, à titre gratuit, aux mêmes catégories de personnes des concessions domaniales ou de petites concessions de services publics. Toutefois, les débats sur cette question au sein du Conseil municipal de Paris posent la question de savoir si la Ville pourrait renoncer aux recettes non négligeables qu'elle tire des redevances qui lui sont versées à l'occasion de ces concessions. Alors qu'une première délibération prévoyait un système de gratuité total, une seconde⁹ prévoit que pour les concessions à titre onéreux, l'attribution à une veuve ou à un mutilé ne pourra se faire à titre gratuit que si l'adjudication ne donnait pas de résultat.

On voit donc que les contraintes budgétaires pèsent sur cet élan de générosité patriotique.

Mais, et cette fois il faut nous éloigner un peu de la Ville de Paris, les préoccupations sociales des collectivités publiques, et tout particulièrement des collectivités locales, se traduisent également par un mouvement important de création de services public à caractères sociaux. Le *Revue Municipale* rend compte des différentes initiatives des communes et départements, sans que l'on puisse savoir si les exemples donnés présentent un caractère exhaustif ou constituent un simple échantillon. Quoi qu'il en soit toutefois, le nombre et la diversité de ces créations traduit bien un mouvement global qui se produit dans l'administration locale, dont on peut donner quelques exemples : création d'un fonds municipal du chômage à Saint-Étienne¹⁰, d'un atelier de couture municipal à Toulouse¹¹, au Havre¹² ; d'une école professionnelle des blessés de la Ville de Lyon¹³, ou des mutilés de la Ville de Bordeaux¹⁴, d'un office municipal de salubrité à Paris¹⁵, de

⁸ Délibération n° 1915-21, *BOMVP*, 22 juin 1915 p. 1205.

⁹ Délibération n° 915-848, *BOMVP*, 19 novembre 1915, p. 2341.

¹⁰ *Revue Municipale*, février 1915, n° 579.

¹¹ *Revue Municipale*, 1915, n° 584.

¹² *Ibid.*, n° 585.

¹³ *Ibid.*, n° 586.

¹⁴ *Ibid.*, n° 594.

magasins de vente de légumes à Nancy ¹⁶, d'un magasin d'approvisionnement municipal à Béthune ¹⁷, d'une laiterie municipale à Nantes ¹⁸, etc.

Ce qui caractérise le mode de gestion de ces services publics sociaux tient à ce qu'ils sont tous systématiquement créés et gérés par les collectivités locales, avec du personnel administratif et des moyens issus de l'administration. Les personnes privées n'y ont pas part et, en particulier, ni la concession ni même la régie intéressée ne sont employées. Et on notera que dans les cas mêmes où la collectivité ne souhaite pas prendre en charge directement la nouvelle activité, elle favorise des créations de type coopératives ¹⁹ auxquelles elle apporte des concours.

La période de la guerre se traduit ainsi par une avancée des procédés de gestion publique dans une logique qui se souvient évidemment du socialisme municipal de la fin du XIX^e siècle. Et on notera à cet égard que le Conseil d'État semble se montrer durant cette période moins rigide qu'auparavant puisque dans un arrêt du 19 avril 1918 il considère que la création par une commune d'un lavoir public avec la mise à disposition des laveuses de divers produits nécessaires au blanchissage à prix coûtant ne constitue pas l'exercice d'une activité industrielle ou commerciale portant atteinte aux droits des commerçants ²⁰. On sait qu'après-guerre le Conseil d'État reviendra à une ligne jurisprudentielle beaucoup plus ferme dans l'arrêt du Commerce de détail de Nevers de 1930 qui renoue avec la solution de l'arrêt Casanova de 1901.

C. Le durcissement de la crise économique liée à la guerre : 1917-1918

La dernière période du conflit est marquée par un durcissement de la crise économique que les administrations contractantes subissent de plein fouet, car les demandes de révision des contrats se multiplient, de même que les abandons purs et simples d'exploitation de conventions.

Les administrations sont alors soumises à des difficultés qui se révèlent pratiquement insolubles. En témoigne le débat qui a lieu au début de 1918 à propos des bateaux circulant sur la Seine : la Compagnie des bateaux parisiens a purement et simplement cessé le service de navigation sur la Seine (qui à l'époque servait davantage aux déplacements des parisiens qu'à ceux des touristes) qui s'opère sans contrat pour ce qui concerne la navigation, mais sur la base d'une concession domaniale pour ce qui concerne les infrastructures d'appontements.

¹⁵ *Ibid.*, n° 590.

¹⁶ *Ibid.*, n° 629.

¹⁷ *Ibid.*, n° 632.

¹⁸ *Ibid.*, n° 635.

¹⁹ Voir par exemple la boucherie coopérative de Pau, *Ibid.*, n° 635.

²⁰ CE 19 avril 1918, Vergner et consorts, Rec., p. 343.

Le rapporteur d'un projet de délibération souligne « en temps de paix nous aurions pu assez facilement trouver d'autres groupes disposés à faire concurrence à la Compagnie des bateaux parisiens » et il préconise la mise à l'étude à défaut de la possibilité « d'une exploitation directe ou concédée ou en régie intéressée ». Finalement le Conseil décidera simplement de mettre en demeure la Compagnie de reprendre l'exploitation sous peine de perdre sa concession domaniale, témoignant ainsi de la difficulté à trouver des solutions pérennes à ce type de problèmes²¹.

Une semblable problématique de retrouve à propose de la Compagnie de tramways de l'Ouest parisien, qui menace de faire défaut au début de l'année 1918 et qui tente d'obtenir une indemnité d'imprévision à la fois auprès de l'État et du Département de la Seine. Le département s'y refuse vivement, son rapporteur soulignant que « cette compagnie n'est pas une victime de la guerre [...] c'est un déficit congénital et c'est à la société dont elle est la filiale qu'elle en est redevable²² ». En définitive cette compagnie sera mise sous séquestre en mars 1918 et l'exécution de la concession s'opérera par l'administration jusqu'à la fusion de ses réseaux avec les autres réseaux de tramways en 1924.

Cela s'accompagne d'une montée des contentieux s'appuyant notamment sur le régime de l'imprévision, les compagnies d'autobus et de tramways étant les principales pourvoyeuses de ces contestations portées en justice.

Pour autant, et cela peut paraître étonnant dans ce contexte, des projets, y compris des projets lourds d'infrastructure sont remis à l'étude. On voit ainsi le Conseil municipal délibérer sur les futures extensions du réseau métropolitain ou sur un grand projet de concession pour la construction et l'exploitation du Port de Paris (il s'agit du futur port de la Bastille) qui conduit à l'ouverture d'un crédit immédiat de 500 000 francs et à l'inscription au budget de la Ville d'un emprunt de 1 million de francs²³.

Toutefois, une des caractéristiques communes à tous ces projets tient à ce que leur mise en œuvre est renvoyée à la fin des hostilités. On peut cependant en déduire que les bureaux ne chôment pas et profitent sans doute de la faiblesse de l'activité administrative générale pour continuer d'envisager l'avenir.

II. LA NAISSANCE DE LA THÉORIE DE L'IMPRÉVISION PAR L'ARRÊT « GAZ DE BORDEAUX »

La grande affaire qui concerne le droit des contrats administratifs pendant toute la guerre est celle de l'invention de la « théorie de

²¹ *BOMVP*, 18 janvier 1918, p. 296.

²² *BOMVP*, 4 janvier 1918 p. 79.

²³ Délibération 1917-1158, *BOMVP*, 17 février 1918.

l'imprévision » par l'arrêt du 30 mars 1916, Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux.

A. Les circonstances conduisant à l'arrêt du Conseil d'État

Il faut pour comprendre les enjeux juridiques, mais aussi extra-juridiques de cette affaire commencer par rappeler les circonstances qui conduisent au prononcé de cette décision.

Dès le début du conflit, il se produit une hausse considérable et continue du prix du charbon et particulier du coke utilisé par les usines de gazéification qui fournissent éclairage public et chauffage dans de nombreuses communes. Il en résulte que les compagnies gazières se trouvent très vite prises dans un phénomène de crise en ciseaux : d'un côté, le coût de la matière première qu'elles utilisent augmente ; d'un autre côté, le prix auquel elles vendent le gaz aux particuliers est établi à prix fixe dans les traités de concession passés avec les communes, ce décalage croissant entre les recettes et les charges générant évidemment des pertes importantes.

Dès la fin de 1914 et le début de 1915, les compagnies gazières cherchent à obtenir des communes une revalorisation de leurs tarifs par divers moyens. Certaines compagnies parviennent assez rapidement à s'entendre avec les communes concédantes sur la passation d'avenants, d'autres entrent au contraire dans des conflits assez durs. Ainsi par exemple, la Société du gaz de banlieue qui dessert plus de 60 communes de l'agglomération parisienne menace de cesser purement et simplement l'approvisionnement si une hausse de son tarif ne lui est pas accordée ainsi qu'une prolongation de sa concession²⁴. D'autres compagnies mettront même à exécution leur menace : ainsi par exemple à Saint Nicolas de Port, la commune devra reprendre en catastrophe l'exploitation en régie de l'usine à gaz concédée²⁵.

Les compagnies mènent par ailleurs une intense action de lobbying en faveur de l'augmentation des tarifs dont on trouve la trace dans les débats à la chambre des députés et dans la grande presse. Enfin, la question est également portée en justice. De nombreux conseils de préfecture sont saisis, quand des avenants n'ont pas pu être amiablement conclus et doivent donc se prononcer sur le point de savoir si les circonstances de la guerre confèrent un droit au profit des entreprises concessionnaires d'obtenir le relèvement des tarifs payés par les usagers et permettent donc de remettre en cause les stipulations contractuelles conclues avant-guerre sur la base d'une théorie que certaines décisions qualifient de « force majeure » pour certaines, et d'autres « d'imprévision ».

²⁴ *BOMVP*, 23 juin 1915, p. 1223.

²⁵ Pour une description très précise de toutes les situations qui se présentent au milieu de l'année 2015, voir [R.V.](#) La question du prix du gaz dans les communes propriétaires de leur usine à gaz, *Revue Municipale*, 1915, n° 591, qui constitue sur cette question une source d'information extrêmement précise et précieuse.

Il faut bien comprendre que derrière ce débat juridique se dissimule en réalité une problématique économique consistant à déterminer qui va supporter la charge de la hausse du coût du charbon : si l'on admet les demandes des compagnies, ce sont les usagers qui, en payant le gaz plus cher, absorberont cette hausse. Si en revanche on considère que les compagnies sont tenues par les tarifs contractuels d'avant-guerre, alors elles seront conduites à la faillite, les concessions étant reprises en régie et la perte sera supportée par leurs actionnaires.

Or, ces actionnaires ne sont pas n'importe qui. En effet, à la manière des sociétés de projet qui gèrent aujourd'hui des contrats de partenariat, les compagnies et les contrats qu'elles détiennent sont « titrisés », ce qui permet de répartir la charge des investissements de départ et de pouvoir les valoriser au mieux. L'actionnariat de ces sociétés est en règle générale détenu pour une grande part par d'autres sociétés du même secteur²⁶.

Dès lors, malgré le poids administratif et politique des communes, la force d'influence de ces compagnies qui formaient un véritable réseau capitalistique doté d'appuis considérables fut nettement prédominante.

Pour autant, les décisions rendues en première instance par les conseils de préfecture furent loin d'être unanimes : il fut rejeté à peu près autant de demandes des compagnies qu'il en fut admis, la seule caractéristique commune tenant au fait que les conseils de préfectures statuèrent très rapidement, puisque saisis en règle générale vers le début de l'année 1915, ils rendirent leurs arrêtés avant la fin de la même année.

Devant cette divergence de solutions au fond et un blocage au moins partiel des compagnies, il fallait que le Conseil d'État intervienne. Il le fit, et il le fit avec une célérité extraordinairement inusuelle : saisi d'un arrêté de Conseil de Préfecture rendu le 30 juin 1915, il rendit sa décision le 30 mars 1916, alors qu'il suffit de parcourir le *Recueil Lebon* de la même année pour constater que le délai moyen de jugement des affaires est à cette époque d'environ deux à trois ans.

B. L'arrêt du Conseil d'État éclairé par les conclusions du Commissaire du gouvernement

Les conclusions du commissaire du gouvernement Chardenet, intégralement validées par l'arrêt du Conseil d'État permettent de restituer la logique de la décision. Elles reposent sur une idée simple et bien connue des analystes de la jurisprudence administrative. Il ne s'agit pas de créer une notion nouvelle : l'imprévision est déjà contenue dans le droit le plus classique des contrats administratifs. Le commissaire du gouvernement cite pour illustrer ce point le régime de la rémunération des travaux

²⁶ Sur ce point précis, voir, au sujet de la Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux qui donnera lieu à l'arrêt du Conseil d'État : A. FERNANDEZ, « Économie et politique municipale : l'exploitation des services d'électricité à Bordeaux 1887-1956 », *Revue d'histoire moderne et contemporaine*, 1999, p. 713.

supplémentaires résultant d'aléas dans un marché public ou celui des clauses de révision de prix. Il souligne en outre que, dans son Arrêt « Compagnie des messageries maritimes » de 1909, le Conseil d'État a pris parti sur une acceptation plus souple de la notion de la force majeure que la Cour de Cassation, de sorte que son application au contrat de concession permet de suppléer le silence des parties au contrat et de permettre de prévoir une augmentation de tarifs fondée sur la théorie de l'imprévision lorsque surviennent des événements qui, comme la guerre en cours, ont le caractère d'événement de force majeure au sens de la jurisprudence administrative.

La conclusion s'impose d'évidence : l'imprévision est ici constituée et il doit être permis une augmentation du tarif permettant au concessionnaire de couvrir les frais de l'exploitation.

Si certains auteurs comme Maurice Hauriou ou Gaston Jèze applaudissent des deux mains cette solution et en admettent sans réserve le mouvement logique, il faut, pour approfondir l'analyse, s'appuyer sur la note d'H. Berthélémy, qui en constitue sans doute l'analyse la plus subtile²⁷. Il montre notamment que les solutions dégagées en matière de marchés publics, contrats commutatifs, ne sont certainement pas transposables aux concessions, contrats aléatoires dans lesquels le risque d'exploitation est déjà compensé par la longue durée du contrat. Il montre encore que la force majeure, même au sens de l'arrêt du Conseil d'État de 1909 est très éloignée de la théorie de l'imprévision, puisque, dans le premier cas, le concessionnaire de l'administration avait été purement et simplement empêché d'assurer l'exploitation, alors que, dans l'espèce du gaz de Bordeaux, il supporte simplement des conditions plus onéreuses d'exécution.

Pour autant, Berthélémy ne remet pas en cause la solution. Il considère au contraire que dans la recherche de l'équilibre à laquelle elle procède, elle aboutit à une solution à la fois juridique et équitable. Pour ce faire il est toutefois conduit à écarter un peu rudement un argument de poids qui avait été soulevé par les communes et tenant au fait que l'article 1134 du Code civil interdisait au juge d'ajouter aux stipulations du contrat qui constitue la loi des parties.

Cet argument, qui constituait le fondement de la majeure partie des arrêtés de Conseil de préfecture rejetant les demandes compagnies gazières, avait été vigoureusement combattu dans une consultation établie pour le compte de ces compagnies devant le Conseil d'État et signée par des autorités juridiques considérables : M. Mornard, Président de l'Ordre des avocats aux conseils, M. Boivin Champeaux, ancien président du même ordre, et M. Larnaude, qui était alors doyen de la Faculté de droit de Paris²⁸.

²⁷ H. BERTHÉLÉMY, « Communes et gazières », *Revue Politique et Parlementaire*, 1917, p. 23.

²⁸ Consultation reproduite dans la *Revue générale d'administration*, septembre-octobre 1916, p. 233.

Pour combattre l'obstacle de la théorie civiliste, ceux-ci soulignaient que « le contrat de concession est d'une nature particulière, liée aux exigences du service public et que toute la jurisprudence administrative est fondée sur l'idée que cette spécificité justifie la mise en œuvre d'un régime juridique particulier auquel la théorie de l'imprévision se rattache ».

C'est le même raisonnement qui est repris et amplifié par le commissaire du gouvernement²⁹, qui justifie la nécessaire différence avec la manière dont la Cour de cassation interprète les dispositions du Code civil par un argument téléologique fort classique dans la jurisprudence du Conseil d'État, qui s'appuie sur la nécessité de la continuité du service public et que l'on peut résumer comme suit : l'intérêt du service public vaut mieux que l'intérêt des contractants, le surplombe et justifie par suite que soit mis à l'écart la conception stricte de l'article 1134 du Code civil que soutient la jurisprudence de la Cour de cassation.

Cette analyse conduit à donner à l'Arrêt du Gaz de Bordeaux une portée bien supérieure à la seule création de la théorie de l'imprévision. Il s'agit en réalité d'une sorte d'Arrêt Blanco du droit des contrats administratifs. Que disent en effet le commissaire du gouvernement, puis le Conseil d'État sinon que « ... les rapports entre les contractants publics ne peuvent être régis par les principes qui sont établis dans le Code civil, pour les rapports de particulier à particulier ; Que ces rapports contractuels ont leurs règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés » ? Ainsi, on va le voir, par la nécessité de forcer la digue de l'article 1134 du Code civil, le Conseil d'État est conduit par cet arrêt à donner un socle à la théorie des contrats administratifs qui ne figurait dans aucune de ses décisions antérieures.

C. Les suites de l'arrêt

L'Arrêt du Gaz de Bordeaux a été assez mal accepté dans certains milieux, et notamment dans les milieux proches de la tutelle des collectivités locales. Le ministre de l'intérieur publie dès le 19 août 1916³⁰ une circulaire au ton étonnamment acide à l'égard de la décision du Conseil d'État :

Au regard de la jurisprudence unanime des Tribunaux, la guerre n'est pas un cas de force majeure [...] quoi que l'on puisse dire de l'application nouvelle en matière de concessions d'une jurisprudence bien connue en matière de marchés de travaux publics, si on est obligé de s'y soumettre, il n'est cependant pas interdit de penser que le droit du concessionnaire à indemnité doit être subordonné à certaines conditions.

Il ne faut donc pas s'étonner qu'un Conseil de préfecture (celui de Bordeaux) rendit encore en juillet 1916 un arrêté qui refusait d'appliquer la décision du Conseil d'État.

²⁹ Voir en particulier *Recueil* 1916, p. 132-137.

³⁰ *BO* Ministère de l'intérieur, 1916, p. 397.

Mais l'intérêt de cette circulaire tient également au fait qu'elle met en évidence une des lacunes de l'arrêt du Conseil d'État tenant précisément aux conditions de l'indemnisation : comment calculer l'indemnité d'imprévision constituée par un relèvement du tarif ? Quelle est la période pendant laquelle elle est due ? Doit-il y avoir une réfaction de l'indemnité si le concessionnaire bénéficie d'une hausse des sous-produits du charbon utilisés pour la gazéification (dont le prix a également fortement augmenté). Les milieux administratifs craignent que les compagnies gazières aient des prétentions exagérées, préoccupation que l'on retrouve sous la plume de Berthélémy, qui évoque « les espérances excessives que l'arrêt a fait entrevoir aux gaziers ».

Il faudra attendre la fin de la guerre pour que le Conseil d'État précise progressivement sa jurisprudence pour aboutir aux solutions que nous connaissons aujourd'hui encore en droit positif. Encore faut-il souligner que les débats sur les modalités de fixation de l'indemnité d'imprévision montrent la difficulté de l'exercice qui consiste à rechercher ce qui est imputable à l'aggravation des conditions économiques, la durée que l'on peut fixer à cette aggravation, etc.

Il convient également de noter que dans les autres contrats de concession passés par les collectivités publiques, le législateur se substitua parfois à la jurisprudence pour régler la question de l'imprévision. Tel est en particulier le cas des lois des 22 avril 1916 et 30 novembre 1916 en matière de chemin de fer d'intérêt local qui définissent un régime textuel d'imprévision.

III. LES MARCHÉS DE LA GUERRE

La question des marchés de guerre est sans doute celle qui a connu au cours du conflit, mais également après, le retentissement le plus important dans l'opinion publique : elle a en effet été agitée fréquemment dans les assemblées parlementaires et a fait renaître dans la grande presse la figure du « profiteuse de guerre », figure récurrente depuis le banquier Ouvrard sous l'Empire et la Restauration³¹. Le débat essentiel s'articule autour des termes suivants : les industriels qui fournissent à l'administration les moyens de la guerre réalisent-ils des profits excessifs dans l'exécution des contrats ainsi passés ? Dans l'affirmative est-il possible de les sanctionner financièrement pour réintégrer dans la caisse publique les sommes indûment perçues ?

³¹ Voir notamment la brochure très documentée, publiée en 1917 par un militant anarchiste : MAURICIUS (Maurice VANDAMME dit), *Les profiteuse de la guerre*, Paris, Édition du journal « ce qu'il faut dire », 1917.

A. L'identification des mécanismes ayant conduits à des bénéfices excessifs dans le cadre des marchés de guerre

Au-delà des polémiques que suscitèrent ces questions, il exista dès la guerre des personnes qui se penchèrent sérieusement sur la question et tentèrent de l'appréhender en termes administratifs et juridiques. Tel fut notamment le cas du sénateur Justin Perchot qui consacra une partie importante de son activité parlementaire à l'étude des bénéfices réalisées par les entreprises d'armement et sur la possible taxation de ces bénéfices, s'ils s'avéraient excessifs. Il est en particulier l'auteur de deux remarquables rapports consacrés spécifiquement aux marchés de projectiles, mais qui fournissent une méthodologie pour évaluer l'ensemble des mécanismes administratifs et juridiques qui conduisirent à placer les industriels dans une position excessivement favorable³².

Le premier de ces rapports souligne que le problème provient initialement de la sous-estimation considérable par les autorités militaires de l'importance de l'artillerie dans un conflit moderne et de la consommation de projectiles qu'elle impliquait. Il donne comme exemple la bataille de la Marne, durant laquelle les canons de 75 ont « dévoré en quelques jours les stocks de projectiles qui paraissaient suffisants pour des semaines, peut-être des mois³³ ». Il montre que l'armée sera contrainte de se procurer dans l'urgence de nouveaux projectiles, urgence qui générera plusieurs séries de problèmes :

1 – L'administration choisira de s'adresser presque exclusivement aux industriels privés plutôt qu'au réseau, pourtant très dense à l'époque, des arsenaux publics ;

2 – Les contrats-types préparés ne contiendront aucune clauses contraignantes pour les industriels, en particulier aucune pénalité de retard ou pour non-conformité. De surcroît, compte-tenu de l'urgence ils seront passés de gré à gré ;

3 – L'administration sera incapable de calculer des prix de revient et ne pourra pas en conséquence déterminer si les prix qui lui sont proposés correspondent à des prix de marché, ou au contraire permettent la réalisation de « bénéfices anormaux ».

Le second rapport montre que les mauvaises habitudes contractées en 1914 ont perduré, puisque, en 1916 encore, l'administration ne dispose pas d'éléments lui permettant de déterminer les prix de revient de certains projectiles spécifiques et que les marchés sont toujours passés ou renouvelés de gré à gré.

L'intérêt de ces rapports est triple :

³² Rapport au nom de la commission chargée d'examiner les marchés qui auront été passés par le gouvernement pendant la guerre (Marchés de projectiles, Sénat 1916, n° 284, annexé au P.V. de la séance du 20 juillet 1916 ; *Ibid.*, Sénat n° 70, année 1917, annexé au procès-verbal de la séance du 8 mars 1917).

³³ Rapport 1916, p. 3.

D'abord, en termes financiers leurs conclusions, en s'appuyant sur la comparaison des prix proposés par les industriels avec les prix de revient des arsenaux nationaux mettront en évidence les profits considérables réalisés à l'occasion de ces marchés. Sur la seule période de septembre 1914 à octobre 1915, ils montrent ainsi que pour les obus de 75 mm, 55 millions de francs-or peuvent être regardés comme des bénéfices anormaux, et que pour les obus de moyen et gros calibres, ce chiffre se monte à 84 millions (pour un montant de marchés de 300 millions de francs).

La mesure des bénéfices ainsi réalisés peut-être encore mieux prise si l'on compare ces chiffres avec les ordres de grandeur des dépenses publiques à cette époque. En 1914, le budget de l'État voté avant le début des hostilités s'établit à 5 milliards de francs-or. Ainsi, pour les seuls marchés de projectiles, les bénéfices anormaux représentent 3% des recettes publiques annuelles du temps de paix ! C'est dire que la question des profiteurs de guerre n'est donc pas exclusivement rhétorique, mais correspond à des enjeux financiers très importants.

Ensuite, ces rapports sont extrêmement intéressants en termes de méthode de contrôle de l'administration. Fondés sur des évaluations économiques très précises, ils anticipent sur les techniques de contrôle qui se mettront en place dans les années 1930 et constituent sans doute la première forme d'évaluation moderne de ce que l'on appelle aujourd'hui la commande publique.

Enfin, ils mettent en évidence la vigueur de la compétence de contrôle des institutions parlementaires qui n'hésitent pas, même durant la guerre, à mettre en cause l'administration et les industriels.

Pour autant la conversion de ces constats en projets visant, d'une part, à mettre fin aux dérives constatées et, d'autre part, à sanctionner les comportements fautifs sera complexe et n'aboutira pas aux résultats escomptés.

B. La sanction des bénéfices anormaux

La première voie qui sera empruntée à cette fin sera celle de la taxation, avec l'institution d'un impôt sur les bénéfices de guerre sans considération que ceux-ci soient le produit de contrats ou d'autres procédés³⁴. D'après les travaux de B. Touchelay, cette taxation sera globalement un échec puisque, en 1919, elle n'aura permis de collecter que l'équivalent de 0.56% des dépenses de guerre.

C'est pourquoi, après la victoire, une deuxième idée surgira : celle d'une révision *a posteriori* des marchés passés pendant la guerre. Les premières propositions de lois déposées en ce sens à partir de 1919

³⁴ Voir, sur cette question, B. TOUCHELAY, « Taxer les bénéfices de guerre ou confisquer les profits illicites, deux légitimités distinctes », in J.-G. DEGOS (dir.), *L'entreprise le chiffre et le droit*, Bordeaux, Université Montesquieu, 2005, p. 367.

suscitèrent des oppositions considérables des milieux économiques se fondant notamment sur le principe de l'intangibilité des conventions légalement formées et l'impossible rétroactivité de la loi³⁵.

La doctrine publiciste participa à la justification du procédé par la voix de l'un de ses plus illustres représentants, Gaston Jèze, qui, dans une chronique à la *Revue du Droit Public*³⁶, contesta avec vigueur la « protestation de la chambre de commerce de Paris » fondée sur les arguments qui précèdent. L'analyse de Jèze reposait sur des fondements essentiellement moraux dans des termes qui lui sont peu usuels. Mais l'éminent auteur soulignait simultanément son scepticisme sur le succès de l'opération, et l'avenir lui donna plus raison encore qu'il ne pouvait l'imaginer.

Il fallut attendre 1933 pour qu'une loi soit finalement votée³⁷. Elle instituait un « jury national des marchés de guerre », qui pouvait être saisi par un commissaire du gouvernement et qui rendait des décisions constituant le titulaire du marché redevable du Trésor d'une somme s'apparentant à un impôt. Ce jury éprouva les plus grandes difficultés à travailler. Il fallait en effet se pencher sur des affaires désormais anciennes de presque vingt ans, et les entreprises poursuivies étaient souvent bien en peine de produire les éléments de comptabilité nécessaires à la détermination du chiffre d'affaires et du bénéfice réalisé³⁸.

C'est pourquoi le gouvernement, par un décret-loi du 25 août 1937, mit en place un dispositif simplifié, constitué par un reversement fiscal forfaitaire, proportionnel au bénéfice réalisé. Le même décret-loi déclara nulles et non avenues toutes les décisions du jury national fondées sur l'ancienne procédure. Ainsi en 1937, la taxation de ces bénéfices en était au même point qu'en 1919 !

Dans ce nouveau dispositif, le jury national (installé au Palais Royal) était désormais chargé du contentieux de cette imposition forfaitaire. Il s'acquitta de sa tâche avec une lenteur remarquable puisqu'en 1953, en réponse à une question écrite, le Ministre des Finances informait un parlementaire que « le jury national était toujours en activité mais avait bientôt terminé sa tâche, qu'il avait examiné 129 000 marchés et permis de soumettre à l'impôt progressif 25 113 millions³⁹ ».

La réponse est ambiguë, elle ne dit pas que 25 milliards (de francs 1953) ont été collectés, mais seulement qu'ils ont été soumis à l'impôt. Sachant que le taux d'imposition variait de 1 à 5% selon le montant des bénéfices

³⁵ On notera au passage que l'article 1134 du Code civil retrouve dans ces arguments tout son prestige et toute sa force juridique, alors que les mêmes milieux économiques avaient pourtant, comme on l'a souligné *supra*, justifié sa mise à l'écart dans le cadre de la théorie de l'imprévision...

³⁶ G. JÈZE, « La révision des marchés de guerre », *Revue du Droit Public*, 1920, p. 538.

³⁷ Article 138 de la loi du 31 mai 1933 portant budget de l'État pour l'année 1933.

³⁸ Voir sur ce point *Recueil Dalloz*, 1938, notes fiscales, p. VI.

³⁹ *JO Débats AN*, 28 décembre 1953, p. 6936.

anormaux⁴⁰, c'est donc probablement 1 milliards de francs valeur 1953 qui a été collecté dans le cadre de ce dispositif. Converti en francs-or de 1914, ce milliard correspond à environ 5 millions, soit à peine 5% des bénéfices constatés par les rapports du sénateur Perchot pour les seuls marchés de projectiles... C'est donc peu dire que ce dispositif fut réduit à une portée purement symbolique.

En définitive la seule sanction qui frappa de manière efficace les titulaires de marchés de guerre fut l'œuvre du Conseil d'État pour ceux des entrepreneurs qui avaient eu l'infortune de devoir recourir au contentieux, notamment pour des questions de sanctions pécuniaires ou résolutoires. L'analyse des tables du *Recueil Lebon*⁴¹ permet en effet de constater qu'il se montra d'une sévérité considérable avec les titulaires de marchés de guerre. Mais ces contentieux ne concernent qu'une infime partie des marchés passés durant cette période et la sévérité du Conseil d'État a, là encore, revêtu un caractère plus symbolique qu'économique.

Pour conclure cette étude, il est bien évidemment intéressant de s'interroger sur le point de savoir si les évolutions qui ont été constatées durant la période de la Grande Guerre ont influé significativement le droit des contrats administratifs des périodes ultérieures. C'est cependant une question difficile et qui ne peut sans doute pas recevoir de réponse univoque.

Il est des institutions juridiques créées à l'occasion de la guerre et qui vont perdurer. C'est bien évidemment le cas du régime de l'imprévision. Mais d'un autre côté certains régimes juridiques qui ont été mis en place durant la guerre vont finalement retourner au magasin des accessoires des juridiques, dans l'attente d'un nouveau conflit qui imposera de les réactiver. Tel est par exemple le cas pour l'extension de l'interventionnisme municipal, qui sera rétablie par la jurisprudence du Conseil d'État dans les bases strictes de l'avant-guerre, ou pour les dispositifs imposant de réserver des contrats à des victimes de la guerre.

Plus fondamentalement, on peut avoir le sentiment que l'influence de la période de la guerre ne peut pas être évaluée sans prendre en considération celle de l'après-guerre. Comme on l'a dit, en effet, la période de la guerre a été vécue comme une période exceptionnelle appelant des solutions spécifiques. Or les évolutions que connaîtra le droit des contrats administratifs après la guerre ne prendront leur sens que lorsque l'on aura constaté que la guerre n'était pas une parenthèse, mais a provoqué un bouleversement des configurations économiques et administratives qui va se révéler durable. Ainsi, par exemple, la perte d'influence des concessions de service public par rapport aux régies, ce que l'on appelle la fin de « l'âge d'or des concessions », ne se conçoit qu'en raison des progrès de

⁴⁰ Recueil Dalloz, notes fiscales *op. cit.*

⁴¹ Voir note Table vicennale des arrêts du Conseil d'État 1905-1924, rubrique « marchés de guerre », t. 3 p. 655 *sq.*

l'interventionnisme public lui-même largement lié au contexte économique de l'après-guerre. Tout à fait symptomatique de cette évolution est la nationalisation progressive des compagnies de chemins de fers jusqu'à la création de la SNCF en 1937, qui fait disparaître le régime des concessions de chemins de fer. De la même manière, la modernisation du régime juridique des marchés publics par le décret-loi du 30 octobre 1935 s'inscrit dans les projets de réforme administrative eux-mêmes liés au contexte de crise économique et budgétaire.

Ainsi, il est possible de considérer que la Première Guerre mondiale marque la fin de la période de construction classique du droit des contrats administratifs et l'entrée dans une nouvelle époque qui ne se clôt pas en 1918, mais sans doute en 1940 ou en 1945.

Frédéric Rolin est professeur de droit public à l'Université Paris Sud et Avocat à la Cour.