



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

BANQUE DES MEMOIRES

Master de Droit Public Approfondi
Dirigé par M. Guillaume Drago
2018

*La réforme du droit des
obligations du 10 février 2016 et le
droit administratif*

*Vers une théorie commune des
contrats ?*

Mohamed Nabil Mahmoud SALAMA

Sous la direction de M. Benoît PLESSIX

Remerciements

Je tiens à remercier mon directeur de mémoire, M. Benoît PLESSIX et, à lui exprimer toute ma gratitude pour son soutien continu et ses innombrables suggestions pour la rédaction de ce mémoire.

Je remercie également mes anciens professeurs et enseignants qui me formèrent au droit des contrats, et sans qui ce travail de recherche n'aurait pu aboutir : je remercie particulièrement Mmes Martine-BEHAR-TOUCHAIS, Béatrice GUILLAUMIN et MM. Stéphane BRENA, Didier BODEN et Albin ANDRIEUX.

Je tiens enfin à remercier mes parents et ma sœur pour leur indéfectible soutien.

À la mémoire de mes grands-parents

Résumé

Le droit français est aujourd'hui caractérisé par le dualisme juridictionnel et le partage de la discipline contractuelle entre ces deux ordres. Cette distinction se reflète par l'existence de deux théories générales distinctes de contrats (administratifs et de droit privé). Or, les évolutions récentes du droit commun permettent de repenser les fondements de ces deux théories générales et de les rapprocher. L'unification de ces deux théories en une seule théorie commune des contrats est-elle possible ? Tel est le sujet que traite le présent papier.

Classification JEL : K12; K19; K20; K33; K39; K40.

Mots-clés

Autonomie des volontés, bonne foi, clauses abusives, compétence juridictionnelle, contrat, contrat administratif, contrat public, déséquilibre significatif, économie du contrat, équilibre financier, exorbitance, force obligatoire, identité contractuelle, imprévision, liberté contractuelle, loyauté, réforme du droit des contrats, théorie générale des contrats.

* *

Abstract

French law is today characterized by jurisdictional dualism and the division of the contractual discipline between these two jurisdictional orders. The said distinction is reflected in the existence of two separate general theories of contracts (administrative contracts and private contracts). However, recent developments in the general contracts law make it possible to the foundations of these two general theories to be rethought, and to bring them closer together. Is the unification of these two theories into a single common theory of contracts possible? This is the subject the present paper is dealing with.

JEL Classification: K12; K19; K20; K33; K39; K40.

Keywords

Independence of wills, good faith, unfair terms, jurisdiction, contract, administrative contract, public contract, significant imbalance, economics of the contract, financial equilibrium, exorbitance, binding force, contractual identity, frustration, contractual freedom, loyalty, contracts' law reform, general theory of contracts.

SOMMAIRE

Introduction

Chapitre 1 – Des fondements repensés

Section 1. Deux théories initialement distinctes

§1 – l'autonomie des volontés : un fondement fragilisé

§2 – l'équilibre : un fondement généralisé ?

Section 2. Le juste et l'utile : des éléments omniprésents

§1 – L'utilité et la justice : alpha et oméga d'une théorie administrativiste

§2 – À la découverte d'un nouveau droit des obligations

Chapitre 2 – Une autonomie fragilisée et précarisée ?

Section 1. L'exorbitance : un privilège perdu ?

§1 – La banalisation de l'exorbitance

§2 – La raréfaction de la mise en œuvre des règles exorbitantes

Section 2. Esquisse de l'identité contractuelle française

§1 – Le droit privé réformé : *ratio scripta* d'une théorie générale ?

§2 – Le contrat administratif : un contrat spécial de droit privé ?

INTRODUCTION

« Les bases de notre discipline sont sinon immuables en tout cas nettement plus solides qu'il n'y paraît ».

— Fabrice MELLERAY ¹

- 1.- Le doyen Vedel, dans sa note sous l'affaire *Giry* a pu parler de « l'idée monstrueuse » selon laquelle « droit administratif et droit civil sont deux ordres juridiques non seulement différents mais absolument impénétrables l'un à l'autre »². Il exprima alors sa position quant au débat sur l'autonomie du droit administratif et des liens qu'il entretient avec le droit privé. Or, cette question de la distinction entre droit privé et droit public est l'une des questions qui a fait couler beaucoup d'encre en mobilisant une littérature juridique très abondante. Elle mobilise des efforts de recherche et demeure d'actualité sans tomber à un moment particulier dans la désuétude. Cette distinction se trouve, en effet, au cœur même de la tradition juridique française et se nourrit à maintes occasions d'éléments nouveaux qui appellent au débat et à la recherche. Cette caractéristique ne concerne, par ailleurs, pas spécialement cette *summa divisio* du droit français, mais plus généralement tout phénomène juridique. En effet, le droit est l'un des modes d'organisation des relations humaines qui « ne cesse d'évoluer, de bouger, d'innover, de régresser, bref de se transformer au rythme irrégulier des envies et des pulsations humaines »³. Or, le contrat est l'un des outils qui se veulent organisateurs des relations humaines. La conséquence est alors que le droit des contrats est l'un des domaines juridiques qui sont facilement affectés par les évolutions sociales. Jadis, en droit privé, il a pu subir les évolutions des mœurs de la société et sa vision des éléments qui heurtent l'ordre public moral (nous pensons à la jurisprudence civile sur les libéralités entre des personnes non-unies par le lien matrimonial). Naguère, il subit les conséquences des évolutions économiques de la société et les impacts de la globalisation sur le droit international privé (nous pensons alors à la méfiance initiale à l'encontre du *forum shopping*). Aujourd'hui, il vient subir les conséquences du marché intérieur européen et de la nécessité pour le droit français, d'une part, de se munir d'un droit des contrats à la hauteur des droits concurrents des autres États-membres, et, d'autre part, de s'adapter aux exigences du respect d'une concurrence libre et non faussée.
- 2.- Or, le droit français des contrats vient de connaître des modifications très éparses qui ajoutent ainsi des nouveaux éléments qui justifient encore une fois la comparaison du droit privé des obligations contractuelles et du droit des contrats administratifs. En effet, une récente vague de législation déléguée a

¹ Préface in SAILLANT (É.), *L'exorbitance en droit public*. Volume 109, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2011.

² Note au JCP 1953.II.7371 sous T. civ. de la Seine, 28 novembre 1952, *Giry*.

³ PLESSIX (B.), *L'Utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris : Éd. Panthéon-Assas : diff. LGDJ, 2003, p. 11.

touché quasiment à la totalité du droit des contrats français : ainsi, le gouvernement fut habilité par le législateur à élaborer une ordonnance afin « de moderniser, de simplifier, d'améliorer la lisibilité, de renforcer l'accessibilité du droit commun des contrats, du régime des obligations et du droit de la preuve, de garantir la sécurité juridique et l'efficacité de la norme »⁴. Ainsi fut adoptée l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Parallèlement à cette ordonnance intervenue en droit privé (suivie également d'une habilitation s'agissant de la réforme du droit de la responsabilité civile, et de la réforme du droit des sûretés), le droit administratif a lui aussi fait l'objet de législation déléguée. Ainsi, furent adoptées l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 sur les marchés publics, l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 sur les contrats de concession et l'ordonnance n° 2018-1074 du 26 novembre 2018 portant partie législative du code de la commande publique, (sans oublier l'ordonnance n° 2015-1341 du 23 octobre 2015 relative au code des relations entre le public et l'administration ou l'ordonnance n° 2017-562 du 19 avril 2017 relative à la propriété des personnes publiques).

Or, ces éléments ne peuvent laisser les juristes indifférents, lesquels ne doivent se laisser enfermés dans un mode de pensée établi « sous l'effet conjugué des préjugés idéologiques, des inévitables carcans idéologiques et de la pesanteur de l'habitude »⁵. Il serait en effet hypocrite de prétendre que l'état du droit n'a pas changé, et que les affirmations de la doctrine administrativiste ou privatiste classiques s'agissant des liens entre le droit des contrats privés et le droit des contrats administratifs sortent de cet épisode de législation déléguée intactes.

3.- C'est ainsi que le présent papier se saisit de ces évolutions en examinant la réforme du 10 février 2016 et le droit administratif. Ainsi, l'examen de la réforme amène à limiter l'étude du droit administratif aux contrats administratifs. Il y a, par ailleurs, à notre avis, lieu de limiter l'examen à celui des contrats administratifs à proprement parler, c'est-à-dire de ceux qualifiés comme tels en vertu d'une disposition législative (par ex., l'article L. 6 du Code de la commande publique qualifie de contrats administratifs « s'ils sont conclus par des personnes morales de droit public, les contrats relevant du présent code »), ou en vertu des critères jurisprudentiels : le contrat comportant une clause exorbitante du droit commun⁶, ou celui qui porte sur l'exécution même du service public⁷. Par conséquent, il ne s'agit pas d'examiner les contrats publics dans leur intégralité, puisque cette catégorie comprend aussi bien les contrats de droit privé conclus par les

⁴ Article 8 de la loi du 16 février 2015 relative à la modernisation et à la simplification du droit et des procédures dans les domaines de la justice et des affaires intérieures.

⁵ PLESSIX (B.), *op. cit.*, p. 12.

⁶ CE, 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, Lebon p. 909; l'état actuel du droit étant fixé par l'arrêt TC, 13 octobre 2014, *Société Axa France IARD*, Lebon p. 471: « un contrat conclu avec une personne publique présente un caractère administratif lorsqu'il comporte une ou plusieurs clauses qui, notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l'exécution du contrat, impliquent, dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs ».

⁷ CE, Sect., 20 avril 1956, *Époux Bertin*, Lebon p.167.

personnes publiques, que les contrats administratifs. D'ailleurs, le papier se limite (logiquement) aux obligations contractuelles, sans porter sur le régime de la preuve. Dans l'examen des obligations contractuelles, il n'y a pas lieu d'exclure les nouvelles dispositions de l'ordonnance du 10 février 2016 relatives au régime général de l'obligation. Ce régime comporte en effet toutes les règles communes aux obligations ou aux droits de créance quel que soit leur source, relatives aux questions de leur exécution, extinction, transmission et modification. Par conséquent, il concerne directement les obligations trouvant leur source dans le contrat, c'est-à-dire les obligations contractuelles. Enfin, par contrat, nous entendons l'acte juridique reconnu en tant que tel par le droit positif. En effet, il n'est pas rare à l'administration d'associer les intéressés à l'adoption de certaines mesures de sorte qu'il est possible de s'interroger sur leur caractère contractuel. Nous nous alignerons sur la position de M. P. Delvolvé qui distingue selon que les clauses expriment une intention et selon qu'elles déterminent un engagement effectif. C'est dans le second cas que la qualification contractuelle est retenue, puisque « seule la volonté exprimée par un accord entre parties peut être un véritable contrat »⁸. La jurisprudence refuse en effet le caractère contractuel à « quelques-unes des manifestations les plus éclatantes du renouveau contemporain du procédé contractuel »⁹. P Weil s'aligne, par ailleurs, sur cette position, en citant de Laubadère qui constate, également, que « le mot *contrat* vient facilement sous la plume » dès lors que l'administration s'oriente vers le dialogue et les actions concertées ou négociées, plutôt que vers la prescription et la contrainte unilatéralement imposée, de sorte qu'on peut parler de « politique contractuelle » dans un sens uniquement politique et non pas juridique¹⁰.

- 4.- De ces propos, le présent papier propose d'examiner les évolutions récentes du droit des obligations contractuelles de droit privé, du droit des contrats administratifs et des théories générales qui les articulent. Il y a ainsi lieu d'examiner à titre introductif l'horizon que nous quittons, c'est-à-dire ce qu'étaient ces éléments avant 2016, afin de mieux saisir les évolutions postérieures. Il s'agit alors de présenter le contexte scientifique de notre étude (I). Ensuite, nous présenterons les différentes manières possibles d'envisager et d'appréhender cette recherche (II), avant de justifier son intérêt du point de vue de la science juridique (III).

I. Le contexte scientifique de l'étude

- 5.- **L'ordonnance du 10 février 2016.** Face à un droit commun des contrats quasiment inchangé depuis le Code de 1804, les appels à la réforme du Code civil n'ont cessé de se manifester. Deux projets majeurs de réforme n'ont malheureusement pas rencontré de suites législatives. Il s'agit de l'avant-projet Catala remis

⁸ DELVOLVÉ (P.), « Les nouvelles dispositions du code civil et le droit administratif », *RFDA* 2016, n° 18.

⁹ WEIL (P.), « Le Renouveau de la théorie du contrat administratif et ses difficultés », in *Mélanges M. Strassinopoulos*, LGDJ, 1974, p. 224.

¹⁰ *Ibid.*, p. 226.

au Garde des Sceaux en 2005 et de l'avant-projet Terré (divisé en trois ouvrages : sur le droit des obligations, le droit de la responsabilité et le régime de l'obligation). D'ailleurs, la chancellerie a également mobilisé des efforts. Néanmoins, ce n'est qu'en 2016 que le projet a pu aboutir. Si la réforme ne crée pas de véritables bouleversements dans le droit des contrats, c'est parce qu'elle est venue, dans la majorité de ses dispositions, codifier à droit constant les solutions élaborées par la jurisprudence de la Cour de cassation. Trois lignes dominantes peuvent caractériser l'apport de l'ordonnance de 2016 en droit des contrats privés¹¹ : d'une part, la réforme s'attache à la protection des parties les plus faibles au contrat. En effet, c'est l'un des éléments qui ont manqué au Code de 1804 qui était imprégné d'un libéralisme révolutionnaire caractérisé par l'égalité des cocontractants dès lors qu'ils sont majeurs capables. Ensuite, vient le recul du passage obligé devant le juge dans le contentieux de l'exécution du contrat. Le législateur avait en effet la volonté de rendre le droit français des contrats plus efficace et plus attrayant. L'influence du droit international (notamment pour certains contrats spéciaux, par ex. la convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises de 1980), mais également la compétition entre les différents droits (se manifestant par les pratiques de contractualisation de lois ou de dépeçage contractuel, quand cela est autorisé) ont montré l'attrait de droits étrangers qui promeuvent le règlement amiable, sinon extra-juridictionnel des problèmes liés à l'exécution des obligations contractuelles, par souci d'efficacité économique (s'agissant des coûts d'action en justice, mais également -et surtout- en terme de célérité). Enfin, vient le recul de la rétroactivité, afin de sécuriser les relations contractuelles et éviter les problèmes liés aux restitutions en cas d'anéantissement du contrat.

Par ailleurs, il y a lieu de mentionner que l'ordonnance de 2016 a été ratifiée par une loi de ratification du 20 avril 2018. Cette loi de ratification ne modifie pas l'ordonnance de 2016, sous réserve de quelques précisions apportées quant à la définition du contrat d'adhésion et au champ d'application des clauses réputées non écrites, mais également quant au mécanisme de réduction du prix en cas d'exécution imparfaite. Pour le reste, la loi apporte des précisions quant à l'applicabilité de la loi dans le temps. Par conséquent, il y a lieu de travailler directement sur le texte du Code civil tel que modifié par l'ordonnance de 2016. Cette ordonnance manipule profondément la théorie générale des contrats en droit civil, et il y a donc lieu de la présenter.

6.- La théorie générale des contrats en droit civil. Le présent papier s'interroge sur l'état actuel de la théorie générale des obligations après les modifications apportées par l'ordonnance du 10 février 2016. À titre préliminaire, il s'agit d'abord de rappeler (et cela vaut également pour la théorie générale des contrats administratifs) que la théorie générale ne préexiste pas à la pratique contractuelle. En effet, la théorie générale relève de l'ordre de la dogmatique juridique (v. *infra*) : c'est la doctrine qui va édifier

¹¹ BÉNABENT (A.), *Droit des obligations*, 15e Éd., LGDJ, 2016, p. 23 : l'auteur dégage ces lignes dans sa présentation de la réforme du droit des contrats.

progressivement un « droit commun des contrats dans chaque branche du droit que l'on désigne sous l'appellation de théories générales des contrats [...] [et qui] répond à l'idée d'une construction individuelle, méthodique et organisée, visant à ériger en synthèse cohérente la pensée relative à une matière donnée »¹². Or, ce qui a préexisté à la théorie générale des contrats privés est une succession de différentes traditions¹³ : d'abord, le droit romain avec ses contrats de bonne foi sanctionnés par la procédure de l'action de bonne foi, ses quelques contrats réels et ses contrats consensuels. Vient ensuite le droit canon qui marque une véritable étape vers l'élaboration de ladite théorie générale, en mettant en avant l'autonomie des individus et le respect de la parole donnée. Enfin, vient le droit naturel qui pose le principe de la liberté et de l'égalité des hommes¹⁴. C'est la doctrine (Domat et Pothier) qui fera la synthèse de ces trois corpus, pour permettre au Code civil par la suite de consacrer de manière très solennelle une théorie générale des obligations contractuelles¹⁵. Cette théorie va précéder la théorie générale des contrats administratifs, de sorte qu'elle aura vocation à régir également les contrats administratifs faute d'une théorie qui leur est propre.

7.- La théorie générale des contrats administratifs. Cette théorie va tarder à émerger. En effet, dans l'Ancien Régime, une pratique contractuelle peut être décelée, sans tentative de systématisation en théorie générale¹⁶. Au XIXe siècle, la pratique va identifier clairement certains contrats : le marché de travaux publics, le marché de fourniture et la concession. Enfin, le XXe siècle va commencer avec l'affirmation de l'autonomie de la concession (avec la jurisprudence *Thérond* de 1910, v. *infra*). D'ailleurs, certaines règles de procédure seront reconnues sans pourtant qu'il y ait de véritables règles générales applicables à tous les contrats administratifs¹⁷. Cependant, c'est à partir de ce siècle que le droit commun des contrats administratifs va progressivement s'élaborer. D'abord, les commissaires du gouvernement vont élaborer les théories applicables aux contrats administratifs : théorie de l'équilibre financier, de l'imprévision, etc. Ensuite, la doctrine universitaire prendra le relais pour construire la matière en un « corps de règles cohérentes et organisées »¹⁸. Ainsi, G. Jèze sera le précurseur en la matière en rejetant l'approche de certains juristes qui raisonnaient *a pari* à travers des situations contractuelles de droit privé pour élaborer les règles juridiques applicables aux contrats administratifs. Il construira toute une théorie générale qu'il fonde sur la notion de service public, qui s'applique aux contrats administratifs et qui est suivie de règles spéciales à chaque contrat administratif spécial qui viennent appliquer cette théorie générale à chaque contrat¹⁹. Ensuite, G. Péquignot vient affiner la construction en consacrant une véritable théorie générale applicable à

¹² BUCHER (C.-E.), *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif*. Volume 102, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2011, p. 349.

¹³ *Ibid.*, p. 350.

¹⁴ *Ibid.*, pp. 350-351.

¹⁵ *Ibid.*, pp. 356-358.

¹⁶ *Ibid.*, pp. 351-352.

¹⁷ *Ibid.*, p. 353.

¹⁸ *Ibid.*, pp. 358-362.

¹⁹ *Ibid.*

tous les contrats administratifs indépendamment de l'étude de chaque catégorie de contrat. C'est alors à ce moment que la théorie générale des contrats administratifs vient se substituer à la théorie générale découlant du Code civil. Un pas est franchi en termes d'autonomie et qui sera dédoublé à cause de la présence du juge administratif (v. *infra*).

8.- Cependant, l'histoire s'est déroulée de manière sinusoïdale, et différents facteurs ont abouti à remettre en cause l'autonomie de la théorie générale des contrats administratifs. « Face au foisonnement qui caractérise le droit des contrats administratifs, la doctrine réagit souvent en appelant de ses vœux la naissance ou la renaissance d'une théorie générale du contrat administratif »²⁰. Ainsi, l'objet du présent papier est de s'interroger sur les perspectives actuelles de retour à l'unité.

II. L'objet de l'étude

9.- En réalité, le thème de l'ordonnance du 10 février 2016 et le droit administratif peut s'appréhender de plusieurs manières.

A. *Réflexion sur le droit substantiel : entre prise de position et nuance*

10.- À la lecture de son énoncé, trois méthodes d'appréhension paraissent possibles. *La première méthode* est de s'interroger si les nouvelles dispositions de l'ordonnance de 2016 seront appliquées par la juridiction administrative. Cette idée d'application du droit civil par la juridiction administrative fait glisser la réflexion vers l'idée de remise en cause de l'autonomie du droit des contrats administratifs et d'essayer d'esquisser l'identité contractuelle française en mettant en lumière les usages, les méthodes et les techniques communs. Il s'agit alors d'imiter la doctrine publiciste contemporaine qui s'efforce de reconnaître la parenté du contrat public par rapport à celui de droit privé²¹. Cela permet alors d'envisager la possibilité d'unification du droit des contrats, et la recherche de dispositions spéciales qui permettent de prendre en compte la spécificité de l'action administrative.

Or, cette méthode peut se réaliser avec deux approches : la première consiste à essayer d'examiner les différentes dispositions de l'ordonnance du 10 février 2016, de repérer une jurisprudence actuelle du Conseil d'État qui applique la même solution, et de s'interroger si cet état de droit est constant, ou s'il a été différent avant l'intervention de ladite ordonnance. Cette première approche conduit nécessairement à

²⁰ Préface de Laurent Richer in BOURDON (P.), *Le contrat administratif illégal*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2014.

²¹ ANTIPPAS (J.), « Regards comparatistes internes sur la réforme du droit des contrats », in *AJDA* 2016, p. 1620.

esquisser l'identité contractuelle en France ou la nier, et donc de conclure quant à l'opportunité d'unification du droit des contrats. La seconde approche consiste à travailler en sens inverse, pour envisager des solutions nouvelles en droit privé que l'ordonnance adopte en s'inspirant du droit administratif. Par conséquent, il serait possible de voir deux corpus juridiques qui s'enchevêtrent et s'entrecroisent pour arriver à une identité parfaite ou quasi-parfaite.

11.- La seconde méthode d'appréhension qui peut venir à l'esprit en lisant ce sujet est de se rallier derrière une affirmation classique en droit administratif et qui consiste à affirmer l'autonomie de ce dernier, et donc, de pousser à l'extrême cette autonomie en niant ou du moins en relativisant toute similitude sur le fond. Pour des raisons d'opportunité, le commissaire du gouvernement David, dans ses conclusions sur l'arrêt *Blanco* du tribunal des conflits²², conclut à l'incompétence de l'autorité judiciaire pour examiner l'action en responsabilité intentée contre l'administration, et à la compétence de la juridiction administrative, laquelle découle (en apparence) d'une exégèse de la législation révolutionnaire relative à la séparation des autorités administratives et judiciaires (L. des 16 et 24 août 1790). Il posa par ailleurs une règle fondamentale du droit qui est la liaison de la compétence au fond, et partant, conclut à l'inapplicabilité du droit civil de la responsabilité. De manière similaire, face aux évolutions récentes du droit des obligations, cette deuxième méthode consiste à rejeter l'application des nouvelles dispositions du Code civil à l'action administrative, quand bien même elles paraîtraient *a priori* adaptées. Il s'agirait alors d'avancer des arguments liés à la nécessité de préservation des « droits de l'Etat » qu'une règle de droit privé, applicable dans des relations de particulier à particulier, n'est pas adaptée à protéger.

12.- La troisième méthode, en revanche, est une méthode plus nuancée. Contrairement aux deux premières méthodes qui se positionnent de manière ferme en faveur de l'identité ou de l'autonomie, cette méthode consiste à affirmer de manière assez réaliste que dans un même système juridique, qui est le droit français, les deux corpus juridiques (droit des contrats privés, droit des contrats administratifs) s'influencent et se compensent logiquement²³. En dépit des différences, les corpus juridiques s'entrecroisent et il serait alors possible de penser cette relation en termes de compétition et de domination, de manière assez similaire à la réflexion que font les internationalistes en matière de compétition entre les différents ordres juridiques et donc de *forum shopping*. Chacun des deux corpus, animé par une production jurisprudentielle constante, cherche à se parfaire et à devenir plus opérationnel dans un monde globalisé. Cette tendance n'est d'ailleurs pas propre à la relation entre droit administratif et droit privé. Elle existe en effet au sein du droit privé, par exemple entre le droit commun et les droits spéciaux, tels que le droit de la consommation et le droit de la concurrence. Ainsi, si l'ordonnance de 2016 vient sanctionner le déséquilibre significatif dans les contrats-cadres, il s'agit d'une forme d'entrecroisement et d'imitation, dans un souci d'efficacité juridique et

²² TC, 8 février 1873, *Blanco*, Lebon, p. 61.

²³ WALINE (J.), « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », in *Mélanges, J. Ghestin*, LGDJ, 2001, pp. 965-966.

économique, avec les droits spéciaux qui ont pu absorber toute la pratique des contrats économiquement importants jusqu'à la réduction du droit commun aux contrats très banals.

Cette troisième méthode plus rationnelle amène alors à envisager distinctement les différences et les ressemblances. Sans parti pris sur le développement futur et l'agencement des deux corpus juridiques, elle permet d'envisager des utilisations futures des différences dans cette logique d'amélioration et de compétition. Elle permet d'établir les mouvements et les flux d'échange entre les corpus et leur sens : utilisation du droit civil par la juridiction administrative, emprunts au Code civil, transposition de méthodes et techniques publicistes en droit privé, etc. Elle aboutit nécessairement à repenser la question de l'autonomie totale, en mettant la lumière, d'une part, sur les éléments naguère spécifiques au droit administratif, aujourd'hui banalisés en droit privé, et d'autre part, sur les éléments que conserve le droit administratif et que le droit civil ne connaît pas ou plus. Elle débouche finalement sur une réflexion sur la place du juge civil et du juge administratif et le rôle qu'ils jouent dans l'unification du droit substantiel.

13.- Cependant, arrêter la réflexion à ce niveau paraît insuffisant car, d'une part, faire évoluer le droit applicable et l'uniformisation de ce droit ne ressort pas des travaux académiques, mais de la compétence du législateur. Néanmoins, la doctrine académique a toujours un rôle à jouer pour influencer les évolutions législatives, et ce même au long terme. L'ordonnance de 2016 est par ailleurs une illustration parfaite de ce rôle de la doctrine pour faire évoluer l'état du droit, puisqu'elle intervient à la suite de plusieurs comités de réflexions et des travaux académiques très denses. D'autre part, bien qu'elle présente le mérite d'associer la doctrine à la production normative, elle n'est pas satisfaisante dans la mesure où elle amène à la description et à la compilation.

Or, s'il s'agit d'approfondir la réflexion sur ce thème, un autre plan de réflexion paraît très intéressant et fécond : il s'agit de la réflexion en termes de théorie générale des contrats.

B. Réflexion sur les théories générales des contrats

14.- S'il s'agit, en effet, de constater que, sur le fond, le droit des contrats administratifs s'apparente de plus en plus au droit des contrats privés, il serait alors très pertinent de repenser les théories générales du contrat administratif et du contrat en droit privé. Si les droits s'entrecroisent substantiellement, il est alors possible d'essayer d'articuler les théories générales autour de fondements communs. En effet, l'élaboration d'une théorie générale « consiste habituellement dans l'agencement d'un certain nombre de principes communs, identiques ou du moins semblables »²⁴. Or, si les règles substantielles s'apparentent, c'est qu'il est possible de dégager des principes communs qui les régissent, des logiques communes qui permettront alors d'articuler une théorie commune, que les contrats spéciaux viendront par la suite mettre en application.

²⁴ PLESSIX (B.), *op. cit.*, p. 728.

15.- Certes, cette réflexion perturbe le paysage juridique français, dans la mesure où elle appelle à la remise en cause du reflet de la *summa divisio* en droit des contrats, à savoir l'agencement des principes généraux des contrats en deux théories distinctes, et qui, par ailleurs, se veulent parfaitement antagonistes. L'une se développant autour du principe de l'autonomie des volontés et la force obligatoire des contrats, l'autre autour du principe de mutabilité et d'adaptabilité du contrat.

Or, il incombe au chercheur académique d'interroger constamment les acquis et les principes traditionnels. Le travail universitaire et académique s'approprie, en effet, pleinement l'une des branches de la science juridique, à savoir la dogmatique juridique. Ainsi, dans l'un des domaines où la littérature juridique descriptive est assez avancée, il s'avère nécessaire d'essayer d'interpréter les normes juridiques et de les systématiser. D'ailleurs, si ces normes sont déjà systématisées en théories générales, les évolutions et les enchevêtrements précédemment décrits appellent à repenser lesdites théories afin d'avoir une vision plus fidèle à l'état actuel du droit. Et c'est véritablement l'intérêt de cette étude.

III. L'intérêt de l'étude

16.- L'état actuel du droit souffre d'ambiguïtés et de difficultés dans la mesure où le droit des contrats est devenu, du fait de la pratique contractuelle et des évolutions économiques, très peu limpide. En droit privé, la théorie générale fondée sur l'autonomie des volontés n'arrive plus à expliquer de nombreuses solutions du droit positif qui remettent en cause cette autonomie des parties. Les techniques de contrôle juridictionnel de l'élaboration et du contenu des clauses contractuelles réfutent empiriquement le fondement susdit. D'ailleurs, en droit administratif, la théorie générale des contrats administratifs fondée sur la mutabilité et l'adaptabilité du contrat n'appréhende qu'un seul aspect de la vie contractuelle, c'est-à-dire la phase d'exécution. D'ailleurs, les principes généraux qui forment la théorie générale des contrats administratifs ne permettent pas de rendre compte des particularités de nombreux contrats, et ne s'appliquent à la totalité des contrats qualifiés de contrats administratifs. Par conséquent, ce papier se propose alors de réexaminer les théories générales des contrats et se propose donc de tenter d'identifier un fondement commun qui puisse les unifier en théorie commune, du moins de maintenir le *statu quo* actuel de la division en deux théories générales distinctes, mais en les agencant de manière plus moderne et plus fidèle aux évolutions récentes de l'état du droit.

17.- Le présent papier a donc avant tout une vocation dogmatique. M. Michel Troper écrit que « la dogmatique juridique vise à organiser et systématiser le droit de manière à déterminer, à partir des textes exprimant des règles générales, quels sont les cas auxquels certaines règles s'appliquent et, à propos d'un cas donné, quelles sont les règles applicables. Si elle est appelée "dogmatique", c'est qu'elle présuppose l'adhésion à un certain nombre d'idées, qui ne sont pas mises en cause : que le législateur est rationnel ; que

les énoncés ont un sens ; que ce sens peut être découvert ; que le système est complet, c'est-à-dire ou bien que le droit positif ne comporte pas de lacunes ou de contradictions, ou que celles-ci peuvent être éliminées au moyen de certaines méthodes ; enfin, qu'on peut, par un raisonnement logique, connaître la norme applicable à n'importe quel cas particulier ». Ce que propose le présent papier est d'essayer d'agencer logiquement les règles applicables en matière contractuelle de sorte à avoir une lecture plus lisible du droit français des contrats, système complet qui est composé de normes écrites et jurisprudentielles logiquement agencées en une ou deux théories générales, composées de principes similaires. Le choix entre une théorie ou deux théories dépendra donc de la place des spécificités d'une catégorie particulière des contrats par rapport à l'autre.

18.- Par ailleurs, sans prétendre à une neutralité absolue, nous voulons signaler qu'une piste a attiré notre attention *ab initio*, et qui a guidé notre réflexion. Il s'agit d'une proposition attrayante exprimée par M. Jean Waline dans son article intitulé « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », publié aux Mélanges, J. Ghestin²⁵. En effet, l'auteur, dans la recherche d'une théorie générale commune applicable aux contrats conclus sous l'empire du droit privé et aux contrats qualifiés d'administratifs, propose *in fine* deux voies. La première consiste à articuler cette théorie autour du dogme de l'autonomie des volontés²⁶ : en droit privé, il s'agit d'affirmer la survivance dudit dogme aux différentes évolutions législatives et jurisprudentielles qui l'étiolent, sans pourtant le ruiner totalement. Or, cette voie ne paraît pas la meilleure approche car le fondement de l'autonomie des volontés est déjà fragile en droit privé. Le transposer en droit administratif serait une tentative périlleuse et ne manquerait de subir les critiques de la doctrine, notamment publiciste. Ainsi, Carré de Malberg rejetait un tel fondement et en proposait à la place celui de la liberté contractuelle (v. chapitre I). La seconde approche proposée consiste en l'essai de transposition de la pensée de M. Jacques Ghestin en droit administratif. Or, cette proposition paraît fructueuse *a priori*. M. Ghestin articule en effet une théorie générale des contrats autour des notions du « juste » et de « l'utile »²⁷. Or, la justice contractuelle ne paraît pas étrangère au droit administratif des contrats. Les théories élaborées par la jurisprudence administrative relatives à l'équilibre financier, à l'imprévision, etc. en sont des illustrations. D'ailleurs, l'idée d'utilité sociale du contrat ne peut être étrangère au contrat administratif qui est un outil très utile afin de pourvoir aux besoins sociaux et au bien commun, à l'intérêt général.

19.- Cependant, ce projet fait face à certaines limites auxquelles nous avons fait référence ci-dessus en retenant dans notre champ d'étude le régime général de l'obligation applicable à l'obligation contractuelle. Le domaine d'inspiration et de transposition vers le droit administratif se limite en effet à la théorie générale

²⁵ WALINE (J.), « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », in *Mélanges, J. Ghestin*, LGDJ, 2001, pp. 965 et s.

²⁶ WALINE (J.), *op. cit.*, pp. 960 - 961.

²⁷ GHESTIN (J.), « L'utile et le juste dans les contrats », D. 1982, chron.

des obligations contractuelles. Comme le constate M. Y. Gaudemet, dès lors qu'il s'agit de transposer la théorie des obligations civiliste en droit administratif, la transposition ne peut concerner que les obligations découlant du contrat et de la responsabilité. En revanche, la transposition de toute la théorie des obligations contractuelles, délictuelles et quasi-délictuelles viendrait à couvrir tout le champ obligataire du droit administratif, et intégrerait ainsi les obligations résultant du « droit administratif unilatéral ». Or, ce droit étant fondamentalement différent du droit civil, toute comparaison serait défectueuse²⁸.

20.- Enfin, ce projet fait face à certains obstacles. D'abord, l'autonomie du droit administratif qui est très poussée et qui s'appréhende de deux manières : l'autonomie des sources et l'autonomie du fond. Ensuite, vient le domaine d'intervention du contrat. En effet, la théorie générale des compétences en droit administratif limite intrinsèquement le recours à l'outil contractuel²⁹. Ainsi, le champ de réflexion est nécessairement limité, puisqu'il est des domaines entiers en droit administratif où le recours au contrat peut être envisageable, mais n'est pourtant pas autorisé. Il en est ainsi en matière de police administrative. Enfin, la part que jouent les règles spéciales de droit public ne permettent pas la comparaison et la transposition de raisonnements identiques en droit administratif. Ainsi, en matière de nullités du contrat, il est obligatoire de laisser les raisonnements privatistes (théorie classique et théorie moderne des nullités) pour se focaliser sur des raisonnements publicistes, notamment s'agissant des règles de compétences mentionnées, mais aussi des actes détachables du contrat qui résultent notamment des règles de procédures spéciales en droit public et qui amènent à considérer le contrat comme une opération complexe et non seulement comme la rencontre consensuelle d'une sollicitation et d'une acceptation³⁰.

21.- Hormis ces éléments de restriction, la réflexion paraît fructueuse. Ainsi, **il s'agit de se demander si la réforme du droit des obligations de 2016 ouvre-t-elle véritablement de sérieuses perspectives pour l'unification des théories générales des contrats en droit privé et en droit administratif.**

22.- Plan. Pour répondre à cette question, le présent papier envisage en premier lieu d'examiner les deux théories générales des contrats privés et administratifs et d'essayer à la lumière du droit positif d'en proposer des fondements renouvelés (*chapitre I*). Les fondements initiaux s'étant fragilisés, il paraît possible d'envisager d'appliquer des fondements nouveaux, et notamment l'idée d'équilibre autour de laquelle les deux théories paraissent s'articuler. Or, cet équilibre peut décliner en deux éléments, tels que présenté dans la pensée de M. J. Ghestin³¹, c'est-à-dire l'équilibre entre l'utilité sociale du contrat, et la

²⁸ GAUDEMET (Y.), « Prolégomènes pour une théorie des obligations en droit administratif français », in *Mélanges Jean Gaudemet*, PUF, 1999, pp. 616-617.

²⁹ GAUDEMET (Y.), *op. cit.*, p. 619.

³⁰ *Ibid.*

³¹ GHESTIN (J.), « L'utile et le juste dans les contrats », D. 1982, chron.

nécessité de maintenir une forme de justice dans les relations contractuelles, quel qu'en soit le contexte (privé ou public) et quel qu'en soient les intérêts mis en jeu (intérêts privés ou intérêt général). Or, de ce premier chapitre, il s'agit de voir que les deux théories générales peuvent s'articuler autour d'un fondement commun.

Or, l'évolution récente du droit va dans le sens de la fragilisation de l'autonomie initialement affirmée du droit administratif, et qui décline en une autonomie du droit des contrats administratifs. Sur le fond, substantiellement, les règles applicables aux contrats administratifs se normalisent et ne s'opèrent pas sous forme exorbitante, différente du droit privé. D'ailleurs, les règles applicables aux contrats de droit privé prennent de plus en plus une forme nouvelle, en admettant notamment l'unilatéralisme qui était autrefois réservé au seul droit administratif. Il paraît alors nécessaire de s'interroger sur ces évolutions et d'essayer d'esquisser l'identité contractuelle française, et donc, d'arriver à la question ultime qui est de savoir, à l'extrême, s'il serait possible d'unifier le fond du droit, et de manière plus raisonnable, s'il serait possible d'unifier les deux théories générales des contrats (*Chapitre II*).

*

* *

CHAPITRE 1 – DES FONDEMENTS REPENSES

23.- Propos introductifs : une *summa divisio*. De manière très classique, d'aucuns reflètent en matière contractuelle l'image de la *summa divisio* qui caractérise l'ordre juridique français. En effet, la majorité de la doctrine privatiste, sinon son intégralité *a priori*, dédaigne de ne pas mentionner dans les écrits relatifs au droit des obligations les obligations relevant du droit administratif. Cette distinction entre droit privé des obligations et droit administratif des obligations serait ainsi une reproduction de cette *summa divisio* bien ancrée en droit français. Cette distinction reprend en quelque sorte la fameuse formule d'Ulpien³², qui dans un langage moderne, fait échapper au droit privé individualiste les règles régissant l'État et ses administrations.

Cette distinction présente des liens indissociables avec l'histoire politico-sociale française, notamment avec le rôle qu'a pu jouer la royauté en dotant l'État « d'une identité et d'une autonomie fortement affirmées »³³, mais également la doctrine royaliste qui soutint la royauté par un « discours juridique omniprésent [...] qui [célébrait] la cause de l'État jusqu'à le sacrifier »³⁴. Ces repères historiques, couplés avec l'importance qu'a pu jouer le service public dans l'élaboration du droit administratif a permis d'ancrer dans les esprits l'idée selon laquelle les deux ordres juridiques (privé et administratif) correspondraient à deux mondes différents et dissociés, à deux écosystèmes différents.

Néanmoins, s'il s'agit de repérer l'écotone, c'est-à-dire la zone de transition entre lesdits écosystèmes, ce serait nécessairement le droit des obligations (et notamment le droit des contrats). En effet, c'est principalement par le truchement du droit des obligations que des opérations de droit privé peuvent faire leur entrée en droit public.

24.- Une source d'influence éclipsée. Cet oubli délibéré caractéristique de la doctrine privatiste demeure aujourd'hui, à l'heure où la réforme du droit des obligations du 10 février 2016 a attiré l'attention de maints auteurs sur la plus-value qui résulte d'une confrontation des deux ordres juridiques (sur la question de l'imprévision). Ainsi, M. Bénabent, dont l'ouvrage a été réédité à deux occasions³⁵ ne mentionne aucunement dans ses développements introductifs sur le droit des obligations l'apport du droit administratif. Selon l'auteur, « le droit des obligations ne peut [...] s'abstraire des interférences souvent décisives de trois autres disciplines techniques » : le droit de la consommation, le droit de la concurrence et le droit des entreprises

³² « *Publicum jus est quod ad statum rei romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem pertinet* »; Ulpien, *Digeste*, I, 1, 1.

³³ PLESSIX(B.), *L'Utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris : Éd. Panthéon-Assas : diff. LGDJ, 2003, p. 17.

³⁴ *Ibid.*, p. 17.

³⁵ Une 15e édition est rééditée pour mettre à jour l'ouvrage après l'adoption de l'ordonnance du 10 février 2016. Ensuite, une 16e édition est rééditée après l'adoption de la loi de ratification du 20 avril 2018.

en difficulté³⁶. Il ajoute encore les sources constitutionnelles (droits fondamentaux et principes constitutionnels), européennes (convention européenne des droits de l'homme et droit de l'Union Européenne) et internationales (principes Unidroit). Aucune référence n'est faite au droit administratif. D'ailleurs, dans les développements relatifs à la réforme du 10 février 2016, l'auteur récapitule les améliorations apportées au droit des obligations, sans se soucier de mentionner l'apport possible du droit administratif en la matière.

D'ailleurs, quant à la théorie générale des contrats, la doctrine exclut systématiquement le droit administratif de la réflexion. Ainsi, M. Bénabent présente la théorie des obligations comme une théorie unitaire et générale constituant « le fondement de tout le droit privé et le tronc commun à toutes les disciplines »³⁷, en ce qu'elle irrigue tous les droits spéciaux, parmi lesquels il cite le droit du travail, le droit rural et le droit des assurances.

25.- Plan. Or, il est déplorable qu'à l'heure actuelle seulement une part très réduite de la doctrine s'intéresse à la question des liens entre le droit administratif et le droit civil. En effet, si les deux théories des contrats furent initialement distinguées (*Section 1*), il s'agit de constater que le droit des obligations, cet espace intermédiaire entre droit privé et droit administratif, cet *écotone* connaît aujourd'hui des tendances similaires qui permettent alors d'esquisser les éléments qui permettent d'unir les théories (*Section 2*).

Section 1 – Deux théories initialement distinctes

26.- Introduction. La donnée initiale que le présent papier tente d'exploiter constitue l'existence de deux théories qui se veulent distinctes : d'une part, la théorie civile des obligations contractuelles que la doctrine édifie autour du concept révolutionnaire de l'autonomie des volontés ; d'autre part, une théorie administrative à peine esquissée par la doctrine, mais qui se veut surtout autonome, voire antithétique à son homologue privatiste. Ainsi, Marcel Waline constatait que « les administrativistes sont [...] en retard sur les civilistes car il est fort rare de trouver dans leurs écrits des études de l'obligation de loin aussi fouillées et surtout aussi systématiques, que celles dont les civilistes sont familiers. C'est une étrange lacune de la doctrine du droit administratif »³⁸. Ce retard ne signifie pas en réalité l'absence d'une théorie générale. Néanmoins, il signifie que cette théorie se contente d'une approche descriptive faisant l'état des lieux des règles applicables aux contrats administratifs en général, sans pour autant entreprendre un travail de

³⁶ BÉNABENT(A.), *Droit des obligations*, 15e Éd., LGDJ, 2016, pp. 20-21.

³⁷ *Ibid.*, p. 21.

³⁸ WALINE (M.), « La théorie civile des obligations et la jurisprudence du Conseil d'Etat », in *Mélanges Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 631

synthèse qui agencerait cette théorie générale autour d'une idée centrale³⁹. Néanmoins, la doctrine administrativiste a tendance à placer les pouvoirs exorbitants de l'administration au centre de la théorie générale des contrats administratifs.

27.- **Plan.** Ainsi, ce papier se saisit de l'occasion de la réforme du droit des obligations pour essayer de repenser de nouveau lesdites théories en montrant qu'elles peuvent se rapprocher. D'abord, il s'agit de montrer que l'autonomie des volontés n'est pas vraiment l'idée centrale de la théorie civile, ce qui constitue un pas de plus pris vers le rapprochement des deux théories - cette autonomie des volontés étant l'une des causes de schisme entre lesdites théories (§1). Ensuite, il s'agit de démontrer que ce qui commande la théorie des contrats administratifs est la notion d'équilibre, laquelle justifie la consécration, mais également l'étendue des pouvoirs exorbitants dont bénéficie l'administration partie à un contrat administratif. Or, cette idée d'équilibre est omniprésente au sein de la réforme du droit des obligations. Il s'agit alors de se demander s'il est possible d'agencer les deux théories autour de la notion d'équilibre, et ce dans une perspective d'unification (§2).

§1 – l'autonomie des volontés : un fondement fragilisé

28.- **Plan.** Comme nous l'avons évoqué précédemment, il s'agit de montrer dans les développements qui suivent que la réforme du droit des obligations s'inscrit dans la continuité du Code de 1804 en laissant une place prépondérante à l'autonomie des volontés (A). Néanmoins, la formulation du principe ne paraît totalement judicieuse et mérite d'être ajustée, puisque l'idée centrale autour de laquelle se développe la théorie des contrats est plutôt celle de la liberté contractuelle. Ce changement de vocabulaire ne paraît pas neutre, puisque la seconde formulation permet plusieurs entraves, sinon un encadrement plus strict de la volonté des cocontractants (B).

A. Une réforme conforme à l'héritage napoléonien

1. Un dogme perpétué : l'autonomie des volontés

29.- **Repères historico-philosophiques.** Si la théorie des contrats civils a longtemps été agencée autour de la notion d'autonomie des volontés sans que cela ne soit bouleversé, c'est parce que le concept d'autonomie des volontés parut comme la justification la plus convaincante de l'apparition de l'outil contractuel. Ainsi, cet outil est inhérent à la vie en société, voire en est l'origine même. Thomas Hobbes décrivait ainsi qu'à l'état de nature, une forme de juridicité existait, c'est-à-dire le pouvoir des individus d'adopter des contrats,

³⁹ WALINE (J.), « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », in *Mélanges, J. Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 975.

et notamment le contrat social, qui permet le passage vers l'état de société. Pour Hobbes, la Loi Fondamentale de nature est « Que chacun doit chercher la Paix par tous ses efforts, tant qu'il a espoir de l'obtenir ; et, quand il ne peut pas l'obtenir, qu'il lui est loisible de rechercher tous les moyens qui peuvent l'aider et le favoriser dans la Guerre et d'en user »⁴⁰. La seconde Loi de Nature traite quant à elle de l'outil contractuel, à savoir « Qu'on consente, quand les autres sont aussi consentants, et cela aussi loin que l'on pense que c'est nécessaire à la paix et à sa propre défense, à renoncer ce droit sur toutes choses et à se contenter de la même liberté à l'égard des autres que celle que l'on accorde aux autres à l'égard de soi »⁴¹. C'est ainsi que l'outil contractuel se présente comme un moyen pour les individus de s'autolimiter de manière volontaire et réciproque en vue de faire régner un état de Paix. L'utilité d'une telle autolimitation trouve son fondement dans la règle logique que chaque individu ne respectera pas la parole donnée, le contrat conclu avec autrui, si celui-ci ne le fait pas également. En effet, dit-il, « il n'y a de Raison pour personne de se dépouiller de son Droit. Car, ce serait s'exposer comme une Proie, (ce que nul n'est obligé de faire) plutôt que travailler à la Paix. C'est la loi même de l'Évangile, Quoi que ce soit que vous demandiez aux autres de vous faire, faites-le-leur. Et aussi cette Loi de toute l'humanité, *Quod tibi fieri non vis, alteri ne feceris* »⁴².

C'est dans la continuité de cette pensée que les codificateurs du Code civil, imprégnés d'individualisme et de libéralisme, consacreront l'autonomie des volontés. La volonté des individus, toute puissante, apparaît comme le « *siège unique* de la force contractuelle »⁴³. Ainsi, M. Bénabent souligne bien cette continuité avec la pensée hobbesienne (sans mentionner ce dernier) en constatant que la loi qui consacre la liberté des individus de conclure des contrats ne trouve elle-même « le principe de sa force que dans la volonté des sujets (thèse du contrat social) ».

30.- L'autonomie des volontés dans la réforme. Et il serait vain de prétendre que la réforme du droit des obligations vient bouleverser cette vision des choses. Ainsi, d'une part, le nouvel article 1102 du code civil consacre le principe de la liberté contractuelle -lequel découle de l'autonomie des volontés- avec sa dimension triptyque : 1° liberté de contracter ou de ne pas contracter, 2° liberté de choisir son cocontractant, 3° liberté de détermination de la forme et du contenu du contrat. D'autre part, l'article 1103 consacre quant à lui la force obligatoire des contrats conclus librement par les individus. La même formulation d'origine a été maintenue, mais le mot « conventions » est remplacé par celui de « contrats ». D'ailleurs, l'attachement perpétuel et absolu à l'autonomie des volontés paraît expliquer l'existence de règles supplétives de volonté. De telles règles législatives témoignent du respect exprimé par le législateur

⁴⁰ Hobbes (T.), *Léviathan ou La matière, la forme et la puissance d'un État ecclésiastique et civil* (Traduction de R. Anthony). Tome I, Paris, Marcel Giard & Cie, 1921, pp. 213-214.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*

⁴³ Bénabent (A.), *op. cit.*, p. 40.

envers les clauses formulées par les parties (clauses qui peuvent aller à l'encontre de ce que prévoit la règle supplétive). Ainsi, l'art. 1321 nouveau relatif à la cession de créance autorise la cessibilité des créances sans le consentement du débiteur, sauf clause d'incessibilité. Ainsi, formulé autrement, cet article prévoit que dans le cas où cela paraît conforme à la volonté exprimée par le créancier initial et son débiteur, il serait possible de procéder à une cession de créance entre un créancier cédant et un nouveau créancier cessionnaire.

31.- Cependant, ces constatations se heurtent à l'important mouvement législatif actuel qui, dans plusieurs domaines, fait multiplier les entraves à cette autonomie des volontés, notamment par les lois impératives⁴⁴. Ce mouvement témoigne en réalité d'une reconceptualisation du dogme de l'autonomie des volontés.

2. Un dogme reconceptualisé ?

32.- **Liberté contractuelle ou autonomie des volontés ?** En effet, l'ordonnance du 10 février 2016 n'est pas le premier texte à prévoir en droit écrit des restrictions à la liberté des individus dans la conclusion et la formation de leurs contrats. Ainsi, reprenant la même formulation du Code de 1804, le nouvel article 1103 rappelle que les contrats qui obligent les cocontractants sont ceux qui sont *légalement formés*. Encore, l'article 6 du même code, qui demeure inchangé, dispose que les « lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs » font obstacle à l'autonomie des individus. D'ailleurs, la réforme fait du juge le censeur de la volonté individuelle en lui permettant davantage de s'immiscer dans les relations contractuelles, notamment par la consécration en droit civil de la théorie de l'imprévision (nouvel article 1195, sur lequel nous reviendrons plus tard).

Or, ces restrictions soulèvent une question classique : si le contrat trouve-t-il sa force obligatoire par la volonté des individus comme l'aurait conçu Hobbes ou encore comme le prétendaient les codificateurs de 1804 ? En effet, si les individus ne peuvent librement conclure des conventions, et si c'est la loi qui encadre cette faculté de contracter, il serait moins logique de prétendre obstinément que c'est de l'autonomie des volontés que le contrat tire sa force obligatoire. A. Rieg constatait ainsi une « décadence du volontarisme victime de ses exagérations »⁴⁵, dont la conséquence est que la volonté individuelle devenait inapte à créer du droit par elle-même, car « l'individu vit dans un ordre juridique qui lui est antérieur et qui s'impose à lui »⁴⁶. D'ailleurs, des années avant lui, Carré de Malberg avait lui aussi constaté le problème lorsqu'il écrit « ce que l'on appelle l'autonomie de la volonté des parties contractantes se résout en un pouvoir qui n'est pas du

⁴⁴ BÉNABENT(A.), *op. cit.*, p. 41.

⁴⁵ WALINE (J.), *op. cit.*, p. 975, citant A. Rieg.

⁴⁶ RIEG(A.), *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*, Paris, 1961, LGDJ, p. 5.

tout autonome, mais au contraire en un pouvoir reçu de la loi (notamment de l'article 1134 du Code civil) et qui finalement d'ailleurs, sera sanctionné par l'intervention de l'autorité étatique »⁴⁷.

33.- La liberté contractuelle : nouvelle face de l'autonomie des volontés. Ainsi, il s'agit de tirer la conséquence selon laquelle le contrat est un outil prévu par la loi, qui l'encadre et régleme la part de liberté dont jouissent les individus dans son usage. L'idée de réglementation peut paraître absurde dans le cadre de cet outil consensuel, mais n'en est pas moins fautive car le contenu du contrat ne peut être laissé à la guise des sujets de droit. En effet, comme en témoigne la réforme du droit des obligations, lesdits sujets ne sont pas égaux, et l'*output* de la négociation contractuelle entre ces derniers n'est pas nécessairement raisonnable. L'image des cocontractants égaux et raisonnables qui agissent en bons pères de familles est dépassée. Nous proposons alors de retracer les grandes lignes de ladite réforme.

B. Une ordonnance porteuse de nouveautés

1. Une prise d'acte de l'inégalité entre cocontractants

34.- Inégalités et asymétries entre cocontractants. Ainsi, comme le démontre bien M. Bénabent, les évolutions sociales et économiques du XIXe siècle ont montré les insuffisances du libéralisme du code civil, et de la doctrine du « laisser faire, laisser passer » qui a longtemps caractérisé le code napoléonien⁴⁸. La réglementation minimale dont a pu parler Portalis dans son *Discours Préliminaire*, quand il disait que « si l'on part de l'idée qu'il faut parer à tout le mal et à tous les abus, on n'accordait qu'une protection ruineuse aux citoyens et le remède sera pire que le mal » était à repenser. Les premières réactions se sont localisées dans le droit spécial, notamment le droit du crédit qui cherchait à pallier à la puissance économique des établissements de crédit qui rendait la négociation absente pour l'emprunteur, et totalement illusoire pour sa caution personne physique : v. par ex. la loi n°89-1010 du 31 décembre 1989 relative à la prévention et au règlement des difficultés liées au surendettement des particuliers et des familles, dite loi Neiertz, suivie par la loi n° 2003-721 du 1er août 2003, dite « loi pour l'initiative économique » qui instaurent notamment des conditions de forme très rigoureuses en matière de cautionnement. Ces exigences sont requises *ad validitatem* : il s'agit d'une entorse à la liberté contractuelle, qui rapproche le droit privé d'une logique parfois administrativiste.

35.- Quid de l'ordonnance du 10 février 2016 ?. La réforme du droit des obligations se situe également dans la continuité de ce mouvement législatif de limitation de la liberté contractuelle. Les modifications ne sont pas révolutionnaires dans la mesure où les nouvelles dispositions codifient le droit positif (peut-être avec des formulations avec parfois plus d'ardeur).

⁴⁷ CARRÉ DE MALBERG (R.), *La formation du droit par degrés*, n° 56 (cité par WALINE (J.), *op. cit.*, p. 976).

⁴⁸ BÉNABENT(A.), *op. cit.*, p. 40.

Ainsi, la réforme prend acte de l'inégalité qui existe entre les différents cocontractants pour éviter les excès d'une « liberté sauvage »⁴⁹, et y apporte différents remèdes. Ainsi, cette reconnaissance des inégalités se manifeste au stade de la négociation du contrat, avec la consécration d'une obligation de bonne foi dans la phase de négociation au travers du nouvel article 1104. D'ailleurs, les garde-fous qui protègent les parties faibles contre les cocontractants trop puissants existent au stade de la formation, notamment les différentes mesures relatives à la protection du consentement libre et éclairé. Ainsi, l'abus de dépendance économique est consacré au travers de l'erreur, vice du consentement (art. 1143 nouveau). À ce stade, il est également pris acte de l'inégalité informationnelle qui peut exister entre les parties avec la consécration d'une obligation générale d'information précontractuelle (art. 1121-1 nouveau), ou encore de la réticence dolosive (art. 1137 nouveau).

D'ailleurs, postérieurement à la conclusion du contrat, le code civil réformé prévoit une police des clauses abusives dans les contrats d'adhésions, lesquels illustrent le mieux ce recul de la liberté contractuelle (art. 1171 nouveau). Cette police des clauses abusives, c'est-à-dire le pouvoir du juge de déclarer une telle clause comme étant réputée non-écrite, montre en réalité la tendance actuelle de limiter les pouvoirs des parties lors de la formation du contrat, mais également, limiter sa force obligatoire, une fois formé.

2. La force obligatoire du contrat atténuée

36.- Des pathologies contractuelles traitées. En effet, le contrat peut être source de ruine des parties.

Ainsi, contrairement à la vision traditionnelle qui veut que le contrat, une fois librement négocié et conclu, engage les parties pour l'avenir, des remèdes sont proposés. Certes, les parties se soumettent à l'effet obligatoire du contrat, et ne peuvent s'y soustraire ou le modifier unilatéralement : *mutuus dissensus* (art. 1103 nouveau) - et c'est par ailleurs sur ce point que la doctrine majoritaire différencie le contrat de droit privé du contrat administratif -. Nonobstant, la réforme, au vu des inégalités et déséquilibres constatés précédemment, remplace l'immutabilité du contrat par une mutabilité mesurée. À cet égard, le rôle du juge du contrat dans l'ordre judiciaire s'est accru, parce que le juge qui, autrefois pouvait annuler une clause contractuelle, peut aujourd'hui s'immiscer et modifier son contenu.

À côté de cet interventionnisme judiciaire, la réforme prévoit également des entorses à la liberté contractuelle, notamment en prévoyant des règles impératives qui écartent toutes stipulations contraires. Ainsi en est-il de plusieurs règles instaurant un formalisme qui s'impose au cours de la vie du contrat, comme c'est le cas en droit administratif. À titre d'exemple, il s'agit de se référer au formalisme instauré en matière de cession de créances de droit commun ; la cession de créance étant le contrat par lequel le créancier cédant transmet, à titre onéreux ou gratuit, toute ou partie de sa créance contre le débiteur cédé

⁴⁹ Expression utilisée par M. Bénabent, *loc. cit.*

à un tiers, appelé le cessionnaire⁵⁰. Or, si un contrat d'affaire prévoit, par souci d'efficacité économique, que les créances qui y naissent sont librement cessibles par accord verbal entre les cocontractants, la force obligatoire de cette clause contractuelle se trouverait limitée par le formalisme prévu à l'art. 1322 nouveau du code qui dispose que la cession de créance doit être constatée par écrit à peine de nullité.

37.- Mais au-delà de ces exemples particuliers, il s'agit d'analyser ce mouvement législatif (et jurisprudentiel) de limitation de la liberté contractuelle et de la force obligatoire du contrat qui en découle. Ainsi, le constat primaire serait de dire que le droit réagit aux pathologies contractuelles. Mais, si de telles atteintes sont admises en réaction à ces pathogènes, c'est pour rééquilibrer les conventions légalement formées. Or, cette idée d'équilibre est caractéristique du droit administratif généralement, et du droit administratif des contrats plus particulièrement. Il s'agit alors d'examiner si l'équilibre paraît être le fondement généralisé des deux théories des contrats qui se veulent antagonistes.

§2 – l'équilibre : un fondement généralisé ?

38.- **Introduction.** *L'équilibre, la balance des intérêts, le contrôle de proportionnalité, le contrôle de nécessité, la nécessaire préservation d'un fonctionnement continu du service public, etc.* Toutes sont des formulations récurrentes dans la pratique et qui renvoient à une ligne directrice qui caractérise tout le droit administratif. En effet, comme l'avait défini René Chapus dans les premières lignes de son ouvrage, ce droit exorbitant du droit commun se veut un droit autonome, car il définit « le régime qui s'appliquant aux activités du gouvernement [hors actes de gouvernement] et des autorités décentralisées - tend, par la mise en œuvre de la puissance publique, à des buts de service public »⁵¹. Ce droit n'étant pas déconnecté d'une réalité, à savoir le contact quotidien avec la sphère des personnes privées, mobilise des efforts de protection des intérêts de ces individus.

C'est ainsi que se sont développées des méthodes permettant une protection de l'intérêt général et une préservation d'un ordre public, sans pour autant sacrifier les intérêts privés (A). Il s'agit de pallier le déséquilibre structurel qui caractérise la relation entre l'administration et les administrés. Et c'est, par ailleurs, au travers de cette idée de correctif, de palliatif que le raisonnement en matière d'équilibre intervient en droit privé (B).

A. Un rituel en droit administratif

⁵⁰ Article 1321 nouv. al. 1er du Code civil.

⁵¹ CHAPUS(R.), *Droit administratif général*, T. 1, 15e éd., Montchrestien, p. 5.

1. La divergence des intérêts : un quotidien

39.- Il serait insidieux de présenter le quotidien de l'action administrative généralement, et de la vie contractuelle administrative plus particulièrement en présentant une opposition frontale entre deux antagonistes : un intérêt général supérieur, et des intérêts privés égoïstes. En effet, il est admis communément en droit administratif que l'intérêt général peut rejoindre les intérêts privés⁵². Les exemples jurisprudentiels sont nombreux⁵³.

Néanmoins, il est des cas où les intérêts ne convergent pas. Or, le système administratif fit toujours l'objet de métamorphoses du fait du changement continu des données économiques et sociales⁵⁴.

40.- L'administration de l'ère du numérique, ou encore du monde de la postmodernité n'est pas confrontée aux mêmes défis que l'administration au jour de la Révolution française. Ainsi, le risque de la contrariété entre l'intérêt général et l'intérêt particulier s'est lui aussi métamorphosé, et des actions administratives négatives (des restrictions par exemple) ou encore positives (une intervention sur un marché sans que l'intervention ne soit justifiée par un intérêt public⁵⁵) peuvent constituer des atteintes à l'intérêt privé.

Cette problématique se retrouve dans toutes les branches du droit administratif. Ainsi, si dans ses conclusions sur l'arrêt *Baldy* de 1917⁵⁶, le commissaire de gouvernement Corneille avait exposé une maxime qui domine l'état du droit en matière de police administrative (la liberté est la règle et la restriction de police l'exception), cette maxime peut être généralisée au droit administratif tout entier pour exprimer une ligne directrice qui explique l'état actuel du droit : *le nécessaire équilibre entre l'intérêt général et l'intérêt privé est la règle, et le sacrifice de ce dernier l'exception*. Par conséquent, le droit administratif, composante technique du droit public, s'est doté au fur et à mesure de différents outils pour assurer ledit équilibre, de sorte qu'il serait possible d'organiser le droit des contrats administratifs et sa théorie générale autour de cette idée d'équilibre.

2. Le contrôle de proportionnalité : une technique

41.- **La proportionnalité en droit administratif généralement.** S'il s'agit de montrer que le droit administratif s'oriente autour de cette idée d'équilibre, le premier élément à mettre en exergue serait le développement, notamment sous l'impulsion du droit communautaire puis de l'Union Européenne de la méthode du contrôle de proportionnalité. Cette technique juridique utilisée par le juge permet en réalité de

⁵² PLESSIX (B.), *op. cit.*, p. 571.

⁵³ Voir par ex. CE, 20 juillet 1971, *Ville de Sochaux*, Lebon p. 561.

⁵⁴ RIVERO(J.) « À propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui : démocratie et administration », in *Mélanges J. Savatier*, p. 823

⁵⁵ Formulation de l'arrêt CE, Ass., 31 mai 2006, *Ordre des avocats du barreau de Paris*, Lebon p. 272.

⁵⁶ CE, 10 août 1917, *Baldy*, Lebon p. 638.

mettre en balance les différents intérêts et assurer le caractère équilibré de l'opération contrôlée. « Le contrôle de proportionnalité est assurément en lui-même une technique de protection des libertés publiques quel que soit le contentieux considéré, constitutionnel ou administratif »⁵⁷.

Ainsi, comme le remarque R. Chapus, la qualification juridique des faits est toujours contrôlée, mais de façons différentes. Dans le cas où elle est pleinement contrôlée et que toute erreur est censurée, on se situe dans l'hypothèse du contrôle normal. En revanche, si le contrôle s'opère dans une certaine mesure uniquement et que seules les erreurs manifestes d'appréciation sont sanctionnées, l'on se situe dans l'hypothèse du contrôle restreint (nouveau contrôle restreint)⁵⁸. Dans ce nouveau contrôle restreint, le juge censure l'usage déraisonnable de la liberté d'appréciation dont dispose l'administration. C'est ainsi une première forme du contrôle de proportionnalité qui porte sur la qualification juridique des faits et qui censure une décision, car, « manifestement, les faits ne sont pas de nature à la justifier juridiquement »⁵⁹. Une deuxième forme de contrôle de proportionnalité existe et consiste en un approfondissement du contrôle normal, c'est-à-dire dans les cas où l'administration n'a pas pris une décision dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Le juge opère un contrôle plus approfondi, plus exigeant, dans la mesure où il fait le bilan entre les inconvénients et les avantages de la décision⁶⁰. Le contrôle opéré établit donc si la décision est « adéquatement *proportionnée* aux faits », et la censure dès lors qu'elle paraît simplement excessive⁶¹. C'est ainsi dire que le droit administratif, avec cette dimension contentieuse, s'articule aujourd'hui autour de cette idée d'équilibre.

42.- La proportionnalité en droit des contrats administratifs. Cette technique de la proportionnalité n'est pas étrangère au droit des contrats administratifs. Quand le CE appelle les juges du fond à apprécier l'importance et les conséquences des irrégularités au lieu de *constater* systématiquement la nullité⁶², c'est là une expression de cette idée d'équilibre et de proportionnalité. Également, quand le CE prend en considération la nécessité d'amortir les investissements dans les contrats de longue durée pour annuler les mesures irrégulières prises à l'encontre du cocontractant, il est motivé par cette idée d'équilibre et de balance des intérêts (arrêt Société industrielle municipale et agricole des fertilisants humiques et de récupération, 1971)⁶³.

43.- Or, si cette idée d'équilibre peut caractériser la théorie générale des contrats administratifs, il n'est pas impossible de la repérer également au sein de la théorie générale des contrats en droit privé.

⁵⁷ GOESEL-LE BIHAN (V.), « Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ? », in *revue Jus Politicum* n° 7, mai 2012.

⁵⁸ CHAPUS (R.), *op. cit.*, p. 1065.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 1066.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 1074

⁶¹ *Ibid.*

⁶² CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, dit « Béziers I », Lebon p. 509.

⁶³ WEIL (P.), *op. cit.*, pp. 220-221. CE, 26 novembre 1971, *Société industrielle municipale et agricole des fertilisants humiques et de récupération*, Lebon p. 723.

B. Un correctif en droit civil

1. *Le contrat : un « instrument de sombre domination »⁶⁴ ?*

44.- L'équilibre en droit civil. Le Code civil fut initialement imprégné par le dogme libéral de l'égalité des cocontractants, dont chacun est raisonnable et diligent, et, par conséquent, agit comme un bon père de famille. Par conséquent, le contrat a longtemps bénéficié d'une immutabilité. Les hypothèses de lésion furent exceptionnelles (en matière d'incapacité et en matière immobilière uniquement).

Néanmoins, l'équilibre fit son entrée en droit des contrats privés au moyen notamment de l'ancien article 1135 du Code civil. C'est d'ailleurs au travers de cette notion d'équilibre que l'immutabilité du contrat s'étiola, sans s'éteindre : l'article 1135 a permis en effet de façonner l'obligation contractuelle en prenant en compte « toutes les suites que l'équité [donne] à l'obligation d'après sa nature ». D'ailleurs, l'équilibre n'est pas une notion indépendante de l'équité. Étymologiquement, « *aequitas* » en latin veut dire esprit de justice, égalité, juste proportion, donc d'équilibre. D'après l'Académie Française, l'équité est le « sentiment naturel, spontané, du juste et de l'injuste », -nous ajoutons- de l'équilibre et du déséquilibre.

À titre illustratif, la Cour de cassation a pu exiger le maintien d'un certain équilibre au stade de l'exécution d'un contrat, pourtant légalement formé au regard des critères de l'article 1108 (ancien) du Code civil, en deux temps. Dans un premier temps, la chambre commerciale a admis dans deux arrêts l'engagement de la responsabilité du cocontractant qui refuse de renégocier le contrat dans le cas où les conditions d'exécution deviennent déséquilibrées *a posteriori* : il s'agit des arrêts Com., 3 novembre 1992, *Huard*⁶⁵ et Com., 24 novembre 1998, *Chevassus*⁶⁶. Dans un second temps, la première chambre civile a pu franchir un pas en consacrant dans l'arrêt Civ. 1^{re}, 16 mars 2004, *Société des repas parisien c/ Association du foyer des jeunes travailleurs et communes de Cluses*⁶⁷, une obligation de faire, c'est-à-dire une obligation de renégociation en cas de survenance d'un tel déséquilibre imprévu.

D'ailleurs, les tribunaux civils ont trouvé au travers de la notion de cause un levier d'intervention qui leur permettait d'intervenir contre les excès de l'autonomie de la volonté dans une perspective de justice contractuelle. Il s'agit d'un contrôle étatique minimum opéré sur les contrats.

En outre, en matière d'exécution, la jurisprudence a toujours pris en compte la proportionnalité de la riposte en matière d'exception d'inexécution. Celle-ci fait son entrée dans le code civil avec les articles 1219 et 1220.

⁶⁴ Expression du doyen Carbonnier.

⁶⁵ Com., 3 novembre 1992, *Huard*, Bull. civ. IV, n° 338.

⁶⁶ Com., 24 novembre 1998, *Chevassus*, Bull. civ. IV, n° 277.

⁶⁷ Civ. 1^{re}, 16 mars 2004, *Société des repas parisien c/ Association du foyer des jeunes travailleurs et communes de Cluses*, Bull. civ. I, n° 86.

Une défaillance partielle qui ne prive pas le contrat de son intérêt ne pourrait justifier cette sorte de « légitime défense contractuelle »⁶⁸.

Ainsi, le contrat a toujours été perçu en droit privé comme l'outil de l'expression de la liberté individuelle, dont l'utilité sociale est rattachée, même dans le silence des textes, à l'équilibre qu'il instaure. En effet, le contrat n'est nullement l'instrument de sombre domination : il s'agit d'un acte créateur de normes juridiques, dont la volonté est le « moteur, l'élément subjectif dynamique sans lequel le contrat ne peut naître [...], [et qui] s'intègre dans l'utilité sociale de ce dernier comme instrument des échanges sociaux qui doivent se réaliser selon la justice. / *L'utile et le juste sont ainsi les finalités objectives du contrat* »⁶⁹. Ces finalités objectives évoquent nécessairement l'idée d'équilibre.

2. *L'équilibre comme politique juridique*

45.- L'équilibre : politique jurisprudentielle. Face à un droit écrit quasi-inchangé depuis 1804, la Cour de cassation avait pris le devant du législateur en adaptant les textes, et en sanctionnant au sein du droit des contrats l'équilibre des relations. Les exemples donnés précédemment en sont l'illustration. Par ailleurs, l'ordonnance de 2016 est venue codifier à droit constant les solutions jurisprudentielles, ou encore en ajoutant de nouvelles solutions qui expriment cette idée de quête d'équilibre. C'est ainsi qu'il est possible de parler d'une politique législative d'équilibre à proprement parler.

46.- L'équilibre : politique législative. Les exemples ne manquent pas dans l'ordonnance de 2016, et notamment dans le régime général des obligations.

Ainsi, l'ordonnance de 2016 consacre une situation dans laquelle un créancier diligent perd son droit à la satisfaction⁷⁰. Il s'agit du cas où le créancier ne peut pas procéder à l'exécution forcée directe en nature de l'obligation. L'article 1221 nouveau du code vient en effet consacrer tout d'abord l'hypothèse classique de l'impossibilité d'exécution (juridique, matérielle ou même morale) qui existait déjà dans le droit antérieur (l'article 1184 al. 2 interprété *a contrario*)⁷¹. L'ordonnance de 2016 innove en consacrant une limite nouvelle à la possibilité d'exécution forcée : dans le cas où une disproportion manifeste entre le coût de l'exécution en nature pour le débiteur et son intérêt pour le créancier, l'exécution forcée n'est pas autorisée.

⁶⁸ BÉNABENT (A.), *op. cit.*, pp. 293-294.

⁶⁹ GHESTIN (J.), « Le contrat en tant qu'échange économique », in *Revue d'économie industrielle*, vol. 92, 2e et 3e trimestres 2000. Économie des contrats : bilan et perspectives, pp. 85-90.

⁷⁰ Pour rappel, la satisfaction du créancier peut être directe par le paiement de l'obligation, ou même indirecte par l'extinction de l'obligation (ex. en matière de compensation, de novation ou de confusion). Cette situation s'oppose aux cas où l'obligation s'éteint sans la satisfaction du créancier car il a renoncé à son droit à la satisfaction (la remise de dette), ou s'il a perdu son droit à la satisfaction (du fait d'une négligence - ce qui est le cas des déchéances et de la prescription -, ou même sans négligence de sa part dans le cas où une règle législative prévoit une telle extinction).

⁷¹ TERRÉ(F), LEQUETTE (Y.), SIMLER (P.), CHÉNEDÉ (F.), *Droit civil. Les obligations*, Paris, Dalloz, 12e Éd., 2018, pp. 834 et s.

Selon le Rapport au Président de la République, cette nouvelle limite « vise à éviter certaines décisions jurisprudentielles très contestées : lorsque l'exécution forcée en nature est extrêmement onéreuse pour le débiteur sans que le créancier y ait vraiment intérêt, il apparaît en effet inéquitable et injustifié que celui-ci puisse l'exiger, alors qu'une condamnation à des dommages et intérêts pourrait lui fournir une compensation adéquate pour un prix beaucoup plus réduit ». L'idée d'équilibre irrigue le droit des contrats privés. Terré et *al.* voient dans cela un équilibre qui s'instaure entre la force obligatoire du contrat et la bonne foi et l'équité.⁷² Cet équilibre protège l'utilité du contrat qui ne doit pas être un instrument d'injustice ou d'insécurité.

Une autre situation permet également d'illustrer l'idée d'équilibre différemment : il s'agit des recours pour contribution finale à la dette entre le débiteur principal et les cofidésseurs prévus dans l'article 1350-2 nouveau. Cet article vient codifier une jurisprudence constante depuis 1984⁷³ : lorsque le créancier a reçu d'une caution une somme pour la décharge de son cautionnement, cette somme doit être imputée sur la dette principale et décharger le débiteur principal à proportion. Les autres cautions ne restent tenues que déduction faite de la part de la caution libérée ou de la valeur fournie si elle excède cette part. Cette solution vient ainsi trouver un juste équilibre entre la nécessité de protéger les intérêts du créancier principal qui s'est doté d'une sûreté légale renforcée (le cautionnement solidaire) en lui ouvrant le recours contre le débiteur principal et chacun des cautions pour l'intégralité de la dette ; et la protection des attentes légitimes des codébiteurs en cas de paiement de l'obligation (c'est-à-dire la décharge).

47.- De ce qui a été dit, il est mis en évidence que le contrat est un outil qui s'articule autour de l'idée d'équilibre. C'est d'ailleurs la définition qu'en donne M. Jacques Ghestin en présentant la pensée économique du XVII^e siècle en matière d'échange. Selon l'auteur, « [*l'analyse*] économique du contrat a retenu l'attention de certains juristes, qui y ont puisé des éléments de justifier un retour à une conception plus réaliste du droit en général et du contrat en particulier. Le contrat est défini comme "une opération économique fondée sur l'équilibre objectif ou subjectif des valeurs échangées" ; tout contrat n'est en définitive qu'un échange de valeurs »⁷⁴. Cette approche n'étant pas suffisante, M. Ghestin expose sa pensée en affirmant qu'outre cette dimension économique qui occupe une place importante au sein de la théorie générale du contrat, il faut cependant porter une attention particulière à l'accord de volontés qui est le mode de formation du contrat. En effet, l'auteur se propose de « faire la synthèse de la conception proprement juridique qui fait de *l'accord des volontés l'élément subjectif essentiel du contrat*, et de la conception, à la fois éthique et économique, déduite de [la] tradition gréco-latine et judéo-chrétienne [du droit français], qui fait de *l'utile et du juste les*

⁷² *Ibid.* p. 681.

⁷³ Civ. 1re, 11 juillet 1984, Bull. civ. V n° 115.

⁷⁴ GHESTIN (J.), *op. cit.*, p. 84.

finalités objectives du contrat »⁷⁵. Cette pensée fait cœur avec les développements qui suivent : en effet, il ressort des idées développées dans cette première section que le contrat (administratif ou privé) est en soi un gage d'*utilité*. Avec les garde-fous d'équilibre, il est un outil *juste* permettant le développement économique et le commerce juridique. Nous proposons alors d'essayer d'articuler autour de ces deux éléments (le juste et l'utile) la théorie générale des contrats en droit administratif et en droit privé au regard des éléments nouveaux introduits par la réforme du droit des obligations de 2016, pour essayer de voir l'émergence d'une théorie générale commune.

Section 2 – Le juste et l'utile : des éléments omniprésents

48.- Introduction. Avant d'envisager le droit des contrats spécialement, nous n'avons trouvé comme point de départ que quelques phrases prestigieuses écrites par Ulpien. Ainsi, le juriste romain avait défini le droit comme « l'art du bon et de l'équitable »⁷⁶. Il ajoutait que les préceptes du droit sont les suivants : « vivre honnêtement, ne pas léser autrui, attribuer à chacun son dû »⁷⁷. Il attribua enfin à la jurisprudence, c'est-à-dire la science des jurisconsultes, la fonction suivante : la « connaissance des choses divines et humaines, dans la science du juste et de l'injuste »⁷⁸. À cet égard, il paraît clair que le droit des contrats ne se différencie pas du droit en général. Il vise en effet à prescrire des liens juridiques stables, et c'est de là qu'il paraît utile, donc bon. Il participe également à la préservation des intérêts de chacun des cocontractants : les parties ne sont pas lésées, et chacun reçoit son dû, et c'est en cela que le contrat est un instrument juste, donc équitable.

Cela rejoint par ailleurs les idées de M. Ghestin, qu'il avait exposées dans sa célèbre chronique « *L'utile et le juste dans les contrats* » publiée en 1982, et qu'il résume de la manière suivante : « *Le contrat a force obligatoire parce que le droit objectif lui confère un tel effet juridique, et il ne peut le faire que parce que l'intérêt général, d'autres diront le bien commun, impose en matière contractuelle, au premier degré, l'utilité sociale du contrat, et, au second degré, la justice contractuelle, facteur d'harmonie sociale* »⁷⁹. En effet, M. Ghestin situe les contrats au regard de l'utilité sociale et de la justice, tels qu'ils résultent de la tradition culturelle européenne d'inspiration gréco-latine et judéo-chrétienne. Selon lui, le contrat n'est obligatoire que parce qu'il est utile. Et cette utilité se conçoit au travers de la sécurité juridique offerte par le contrat, qui vient ainsi répondre aux attentes légitimes des cocontractants. Par conséquent, cette utilité se traduit

⁷⁵ *Ibid.*

⁷⁶ Ulpien, Digeste, I, 1, *principium* : « *jus est ars boni et aequi* ».

⁷⁷ *Ibid.*, I, 1, 10.

⁷⁸ *Ibid.*

⁷⁹ GHESTIN (J.), *op. cit.*, p. 90.

par le principe de coopération entre les cocontractants (avec ses déclinaisons qui sont la fraternité et la solidarité dans certains contrats), qui fait naître une communauté d'intérêts entre les parties. Cette première considération est inséparable du deuxième volet de la pensée de M. Ghestin. En effet, le contrat n'est obligatoire que s'il est juste. Il parle alors de « justice-fidélité » de laquelle se déduit l'obligation de respecter le contrat, la parole donnée. En parallèle, il parle également d'une « justice-solidarité » qui a une dimension morale et qui veut que l'un prenne compte des intérêts de l'autre : « la prise en compte de la justice-solidarité justifie un devoir de coopération, qui lui aussi, peut être relié à l'utilité sociale du contrat ». C'est ainsi que l'auteur met en lumière la quête d'équilibre des prestations, mais également de la quête d'égalité entre les parties⁸⁰.

Ce que M. Ghestin rappelle à propos du contrat de droit privé ne peut-il pas être affirmé s'agissant du contrat administratif ? La réponse paraît affirmative, et il n'y a donc pas lieu d'écarter le contrat administratif de ce raisonnement classique, ou d'essayer de le dissocier du contrat de droit privé. Le premier n'étant en effet pas indifférent au regard de ces considérations. Ces deux notions s'accommodent très bien avec le contrat administratif et permettent de servir de fondement à une théorie générale des obligations contractuelles en droit administratif.

49.- Plan. Il s'agit alors d'examiner ces notions de « juste » et « utile » d'abord en matière de droit administratif (§1), ensuite en droit civil à la lumière de la réforme de 2016 (§2).

§1 – L'utilité et la justice : alpha et oméga d'une théorie administrative

50.- Plan. La théorie générale des contrats administratifs naît dans le berceau de la juridiction administrative (A). Si la fonction première du contrat administratif est le partage de compétences, la doctrine a eu tendance à autonomiser ce droit, en négligeant l'aspect contractuel (*le do ut des*) et les points de contact avec le droit privé. Or, la présence du juge administratif, qui avant tout est un magistrat ayant reçu la même formation de base que le juge judiciaire et qui est formé à la même tradition juridique française, a permis à la jurisprudence d'avoir une logique commune. L'application de raisonnements similaires dans ces deux branches du droit est une évidence que tout observateur peut constater (B).

A. Une théorie déracinée

1. Les prémices d'une théorie autonome

⁸⁰ *Ibid.*, pp.90-100.

51.- La naissance de la science du droit des contrats administratifs. Il faut savoir que la conceptualisation du droit des contrats administratifs et d'une science des contrats administratifs moderne ne date pas de très longtemps. La doctrine publiciste a en effet été longtemps impuissante à élaborer une véritable science du droit des contrats, et il a fallu attendre Gaston Jèze pour ce faire⁸¹. La méthode du répertoire largement répandue à l'Ancien Régime jusqu'à la Révolution a empêché la perception de l'autonomie et de la particularité du droit des contrats administratifs qui existait d'ores et déjà dans la pratique⁸².

52.- Une réflexion initiale. Néanmoins, dans sa thèse, M. Plessix repère une péricope de Cardin Le Bret, tirée de son ouvrage *De la souveraineté du Roy*, et qui constitue par la modernité de son vocabulaire une prémisse de la théorie autonome des contrats administratifs⁸³. Dans le chapitre XIX de cet ouvrage, intitulé « Des contracts, des traitez & des confederations des Princes Souverrains ;& quand ils s'en peuvent departir », Le Bret avait établi une classification des contrats conclus par l'autorité : « Or les traitez & les contrats que font les Princes sont de trois sortes, les uns concernent seulement les affaires privées [...] ; Les autres regardent l'oeconomie de leurs revenus publics; Et les autres sont plus universels, comme les traictez de guerre & de paix »⁸⁴. L'auteur vient ensuite préciser le régime juridique de ces contrats, et la présentation qu'il fait paraît extraordinairement moderne : lorsque l'autorité agit non pas comme roi souverain (nous dirons aujourd'hui comme puissance publique, ce qui n'est pas différent puisque dans la théorie générale de l'État, le mot souveraineté, la *Souveränität*, a un lien de bi-univocité avec la puissance de l'État, la *Staatsgewalt*), mais comme une personne privée, elle sera tenue non seulement « par le droict naturel, mais aussi par toutes les loix civiles de garder & d'entretenir ce qu'il a promis ; & qu'il ne peut être restitué en son entier, que pour les mesmes causes, dont les particuliers peuvent servir, pour estre relevez de leurs contracts »⁸⁵.

Le code Civil de 1804 entérine ces observations au sein de l'article 1134.

En revanche, quand le contrat concerne l'économie des revenus publics (aujourd'hui nous dirons le service public), le légiste royal n'hésite pas à affirmer le principe de la force obligatoire du contrat : « il n'y a aussi point de doute que par la même équité naturelle & la raison civile, les Princes ne soient obligez de les observer exactement, sans y pouvoir contrevenir sous pretexte de leur souveraine puissance ». Autrement dit, l'auteur refuse d'exclure ce type de contrats du principe de la force obligatoire des conventions du fait de la simple présence d'une autorité détenant le titre de souveraineté. Cependant, et c'est là une prémisse de toute la théorie générale des contrats administratifs, Le Bret prend en compte les spécificités de l'action

⁸¹ PLESSIX (B.), *op. cit.*, p. 726.

⁸² *Ibid.*, pp. 724-725.

⁸³ *Ibid.*, pp. 725-726, citant : Le Bret (C.), *De la souveraineté du Roy*, in *Les Oeuvres de Messire Cardin Le Bret*, Paris, Jean du Bray, 1642.

⁸⁴ Le Bret (C.), *op. cit.*, pp. 304 et s.

⁸⁵ *Ibid.*

du souverain, de sorte qu'il se trouve obligé à lui reconnaître le pouvoir de se relever de la force obligatoire « pour les mesmes causes [du droit privé] ». Il ajoute également que dans le cas où le dommage est « notable et grand », et uniquement dans ce cas, l'on cède à l'exercice des prérogatives et privilèges du Prince.

53.- C'est dire que dès le XVII^e siècle, commençait à émerger l'idée selon laquelle les conventions et traités conclus par le Prince ont force obligatoire par souci de justice, « équité naturelle », mais également la possibilité pour le Prince de se détacher du même principe quand cela paraît justifié et équilibré.

Or, pourquoi la doctrine administrativiste n'a-t-elle pas présenté de cette manière le droit des contrats administratifs ? En réalité, cela s'explique par l'attachement de la doctrine à des méthodes descriptives et compilatives qui s'attachent à la description des institutions et des expressions de la puissance de l'État et du pouvoir de commandement⁸⁶. C'est d'ailleurs pour cette raison que la théorie générale des obligations n'a pas reçu d'écho en droit administratif français, ce dernier s'étant construit autour de l'acte administratif unilatéral⁸⁷. Or, dans l'élaboration et la conceptualisation tardives du droit des contrats administratifs, la doctrine s'est penchée sur les spécificités de la notion et du régime des contrats, qui est un régime contentieux⁸⁸. La conséquence a donc été l'oubli des éléments communs entre ces contrats et ceux conclus sous l'empire du Code civil.

2. *Un droit contentieux : une dimension aujourd'hui éclip­sée*

54.- Aujourd'hui, la doctrine a tendance à substantialiser le droit des contrats administratifs, et à construire une théorie générale qui vient appliquer des règles particulières à ce type de contrats. Or, il s'avère que l'émergence de la notion de contrat administratif ne s'est pas faite dans ce sens. Si le premier à utiliser l'expression est Foucart⁸⁹, ce dernier s'intéresse à la compétence de la juridiction administrative en la matière et justifie l'attribution de son contentieux au juge administratif de manière substantielle. Il ne se limite pas à la simple volonté du législateur, mais porte une attention particulière à "l'assiette" même du contrat administratif : dès lors que le contrat est passé en vue d'un service public, eu égard à la nature de cette activité qui nécessite de prendre en considération les intérêts de la société et non pas d'équilibrer des intérêts de particuliers, on se situe sur une sphère supérieure, différente de celle dans laquelle interviennent les tribunaux civils. Par conséquent, l'application de règles particulières et la nécessité de juger rapidement impliquent l'attribution de ce contentieux à une autre juridiction.

⁸⁶ PLESSIX (B.), *op. cit.*, pp. 732-733.

⁸⁷ GAUDEMET (Y.), « Prolégomènes pour une théorie des obligations en droit administratif français », in *Mélanges Jean Gaudemet*, PUF, 1999, p. 615.

⁸⁸ *Ibid.*, pp. 734 et s.

⁸⁹ *Ibid.*

Cette affirmation est par ailleurs reprise par Laferrière qui définit le contrat administratif comme le contrat relevant de la compétence administrative, soit en raison d'une dérogation textuelle, soit en raison de la nature de l'acte⁹⁰. Ainsi, le contrat administratif n'apparaissait que comme une catégorie exceptionnelle des contrats, à laquelle un traitement particulier devait être réservé compte tenu des intérêts supérieurs qu'elle mobilise.

Or, le droit administratif moderne subit une certaine évolution : la jurisprudence *Terrier* du Conseil d'Etat⁹¹ a permis l'alliance du critère du service public et des prérogatives de puissance publique: tout contrat peut être administratif dès lors que sa « nature même, en raison de sa forme ou de sa contexture », permet de considérer qu'il peut être conclu par la personne publique⁹². C'est l'idée que par sa forme exorbitante, ou le contexte de service public dans lequel il intervient, il appelle à l'application du droit exorbitant des contrats administratifs. C'est ainsi que la doctrine a pu développer toute une théorie générale des contrats administratifs qui permet d'appliquer des règles spéciales et autonomes à ce type de contrats.

55.- Néanmoins, même si c'est un critère de partage de compétences qui a abouti à la mise en place d'un droit autonome, il ne faut pas perdre de vue que le contrat administratif est avant tout un contrat. Par conséquent, pourquoi ce contrat ne serait-il pas soumis à une théorie qui s'appliquerait de manière commune à tous les contrats conclus en droit français : privés ou administratifs. Il s'agit alors d'examiner si le contrat administratif répond aux critères de la théorie générale des contrats dégagés par M. Ghestin. Cet examen doit prendre en compte un élément important qui est la présence du juge administratif, qui a élaboré toute la théorie générale applicable aux contrats administratifs.

B. L'ubiquité du juge administratif : pierre de touche de la théorie administrative des contrats

1. Une reconstitution des enjeux de l'action administrative

56.- **Acte de gestion et acte d'autorité.** Selon Laferrière, l'administration se trouve chargée de deux missions. D'abord, celle-ci est chargée de missions que l'on pourrait qualifier dans un langage moderne d'activités économiques, patrimoniales ou marchandes. Il s'agit de « veiller à la gestion de la fortune publique et à son emploi, d'assurer la perception des revenus de toute nature destinés à pourvoir aux charges communes, et à leur affectation aux services publics »⁹³. Les actes associés à ces missions sont appelés « actes de gestion ». À côté de ces missions, l'administration peut agir en tant qu'agent d'exercice de

⁹⁰ *Ibid.*, p. 738.

⁹¹ CE, 6 février 1903, *Terrier*, Lebon, p. 94.

⁹² PLESSIX (B.), *op. cit.*, p. 739.

⁹³ LAFERRIÈRE (E.), *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. 1, Berger- Levrault, 1re éd., 1887, p. 5.

la puissance de l'État, des attributs du pouvoir exécutif. Dans cette situation, elle sera amenée à « faire exécuter les lois, [à] édicter les prescriptions secondaires destinées à assurer leur application, [à] régler la marche des services publics et de procurer aux citoyens les avantages d'une bonne police ; elle intervient par voie de prescriptions générales ou individuelles, d'injonctions ou de défenses, adressées à ceux qui s'écartent des règles prescrites ou qui nuisent à l'intérêt général »⁹⁴. Dans ce cas, l'administration n'adopte pas des actes de gestion, mais des actes d'autorité qui reflètent l'exercice de la puissance publique. Dans la configuration de l'acte de gestion, l'administration agit comme une personne privée, et le contrat qu'elle conclut relève assez logiquement de la compétence de l'autorité judiciaire.⁹⁵

57.- La spécificité du contrat administratif. Cependant, Laferrière réserve l'hypothèse où l'administration dépasse ce que peut normalement faire une personne privée, et « agit comme puissance publique faisant des actes qui portent l'empreinte de cette puissance et qui ont en même temps un caractère contractuel »⁹⁶. Dans ce cas, le contrat se présente comme une exception à la distinction entre l'acte d'autorité et l'acte de gestion et est qualifié de « contrat administratif ». La puissance publique et l'intérêt général intègrent un élément contractuel, d'où un double enjeu : d'une part, l'utilité économique du contrat et la mission d'intérêt général dont il constitue l'outil, et d'autre part, la préservation des intérêts de la partie cocontractante. C'est dans cette perspective que la théorie du juste et de l'utile trouve toute sa place au sein du droit des contrats administratifs. Et cela ne peut s'appréhender qu'en ayant à l'esprit le rôle très important qu'a joué la juridiction administrative. Jusqu'à une époque récente, il n'existait en effet pas de théorie générale spécifique aux contrats administratifs, et par conséquent, Laferrière en déduisait que « la théorie générale - applicable à défaut de règles spéciales - était constituée par les règles formulées par le Code civil au titre des obligations. Elle était commune aux contrats de droit privé et aux contrats administratifs »⁹⁷. L'élaboration d'une théorie générale applicable aux contrats administratifs et distincte de celle découlant du Code civil a été principalement l'œuvre de la juridiction administrative⁹⁸ et notamment des commissaires de gouvernement qui ont élaboré des règles générales applicables aux contrats administratifs.

2. La justice et l'utilité : double enjeu du contrat administratif

58.- Le contrat administratif : gage d'utilité. Si le contrat administratif se distingue du contrat de droit privé, c'est parce que le premier permet à l'administration d'agir dans un but d'intérêt général, d'exercer les missions de service public. Or, cette finalité même du contrat (qui, par ailleurs, est la finalité même de la

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ *Ibid.*, p. 534.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ BUCHER (C.-E.), *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif*. Volume 102, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2011, p. 355.

⁹⁸ La doctrine intervient à la suite de l'intervention des juges afin de systématiser les règles du droit positif.

personne publique⁹⁹) implique alors la consécration et la mise en œuvre de règles spéciales, qui n'ont pas leur équivalent en droit privé et qui permettent une meilleure gestion du service public, et une meilleure satisfaction de l'intérêt général. Il s'agit des pouvoirs spéciaux (pouvoirs de contrôle de l'exécution du contrat, pouvoirs de sanction, modification unilatérale, résiliation unilatérale, etc.), sur lesquels nous reviendrons par la suite (v. *infra*). C'est en ce sens que le contrat administratif est utile pour l'administration.

59.- Le contrat administratif : gage de justice. Si les juges de la juridiction administrative ont depuis longtemps consacré l'utilité de cet outil par la reconnaissance des éléments exorbitants du droit commun - et qui trouvent aujourd'hui un fondement textuel, notamment dans le titre VI du Code de la commande publique -, ils ont toujours eu comme réflexe la nécessité de protéger le cocontractant d'une injustice contractuelle. Le contrat administratif n'est en effet pas un outil qui permet de faire peser sur un administré une charge publique qui excède les charges que chacun doit supporter du fait de la vie en groupe, en collectivité. Ainsi, la jurisprudence a eu tendance à encadrer l'exercice de ces pouvoirs spéciaux, et à protéger les intérêts financiers du cocontractant de l'administration.

Dans cet esprit, Léon Blum dans ses conclusions sur l'arrêt CE, 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways* prononçait les mots suivants : « Il est de l'essence même de tout contrat de concession de rechercher et de réaliser, dans la mesure du possible, une égalité entre les avantages qui sont accordés au concessionnaire et les charges qui lui sont imposées. Les avantages et les charges doivent se balancer de façon à former la contrepartie des bénéfices probables et des pertes prévues. Dans tout contrat de concession est impliquée, comme un calcul, l'équivalence honnête entre ce qui est accordé au concessionnaire et ce qui est exigé de lui. C'est ce qu'on appelle l'équivalence financière et commerciale, l'équation financière du contrat de concession »¹⁰⁰. Ces conclusions systématisent en réalité une condition générale que la juridiction administrative a depuis toujours voulu imposer à l'administration contractante dans l'exercice des pouvoirs exorbitants du droit commun dont elle bénéficie du fait de la qualification du contrat de contrat administratif. En effet, même si le contrat administratif emporte l'application des règles exorbitantes telles que le pouvoir de modification unilatérale du contrat, ou encore celui de résiliation unilatérale, l'administration devra dans tous les cas respecter l'équilibre financier du contrat. Par conséquent, elle est tenue d'indemniser le cocontractant du préjudice résultant de la mise en œuvre de telles prérogatives¹⁰¹. Le cocontractant de l'administration ne supporte ainsi pas un aléa qui résulte de la

⁹⁹ En effet, le statut d'une personne morale a une finalité qui est la satisfaction de l'intérêt général. La personne publique est donc finalisée et n'existe que pour accomplir lesdites finalités. Par conséquent, cela explique leur soumission au / autolimitation par le droit. Elles sont habilitées à exercer des attributions et sont assujetties à des règles de compétence. Dans les deux cas, ces règles s'imposent et les personnes publiques ne peuvent y renoncer. Cela explique par conséquent les solutions jurisprudentielles comme celle de l'arrêt *Eurolat* de 1985 (v. *infra*).

¹⁰⁰ BLUM (L.), conclusions sur l'arrêt CE, 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, Lebon 216, Conclusions de Léon Blum dans Sirey 01-03-1911.

¹⁰¹ UBAUD-BERGERON (M.), « Exorbitance et droit des contrats : quelques interrogations à propos de la modification non conventionnelle du contrat administratif », in *L'identité de droit public*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2011, n° 25.

nécessaire adaptation du contrat aux besoins de l'activité générale dont il constitue l'assiette, et c'est ainsi que le contrat administratif constitue un gage de justice.

60.- Ce qui vient d'être dit pour le contrat administratif, peut l'être également pour le contrat de droit privé (d'ailleurs, l'ordre suivi est inversé, puisque nous avons appliqué la grille de lecture dégagée par M. Ghestin au contrat administratif).

§2 - A la découverte d'un nouveau droit des obligations

61.- Plan. À ce propos, il ne faut pas oublier que le droit des obligations demeura quasi-intact depuis 1804. La réforme de 2016 est venue entériner des solutions déjà existantes en droit positif et qui ont été au fur et à mesure façonnées par la Cour de cassation. Or, les magistrats du quai de l'Horloge ont été également soucieux d'opérer une balance des intérêts et d'une efficacité économique de l'instrument contractuel. La codification récente de la jurisprudence favorise ainsi la convergence des fondements des théories des contrats. Après avoir esquissé les idées de juste et d'utile dans les développements précédents relatifs aux contrats administratifs, il s'agit ici d'inventorier dans les détails les éléments qui se rapportent au juste (B) et à l'utile (A) au sein de l'ord. du 10 février 2016.

A. L'utilité : un classique

1. L'utilité : gage de sécurité

62.- Comme l'avait présenté notamment M. Ghestin, le contrat se présente classiquement comme un outil de sécurité et de stabilité tant en droit privé qu'en droit administratif. Il le fut par ailleurs dans les hypothèses où la précarité domine (notamment en matière d'occupation du domaine public, où, malgré la précarité de l'occupation privative, le contrat permet une sécurité relative en prévoyant une indemnisation en cas de résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général). Ainsi, nous proposons dans les lignes qui suivent d'illustrer cette tendance en droit privé à partir de certaines dispositions de la réforme de 2016.

63.- Le droit de l'indu. D'abord, la protection de l'*accipiens* dans le droit de l'indu offre une illustration pertinente : la réforme du droit des obligations vient codifier la jurisprudence qui distinguait selon que l'*accipiens* est créancier ou non. En effet, la sécurité juridique permet de protéger l'*accipiens* contre une restitution trop facile dans le cadre de la restitution de l'indu dès lors qu'il a la qualité de créancier (art. 1302-2 nouv.). Dans cette situation dite d'indu subjectif passif, la restitution suppose la preuve par le *solvens* de son erreur¹⁰². Cette solution s'oppose à celle de l'article 1302-1 nouveau qui n'exige pas la preuve de l'erreur en cas d'indu objectif (la dette n'existe pas), ou d'indu subjectif actif (elle existe, mais l'*accipiens*

¹⁰² TERRÉ (F.) et coll., *op. cit.*, p. 1355.

n'est pas créancier). En raisonnant en matière contractuelle, le créancier qui reçoit un paiement se trouve en situation sécurisée, puisqu'il peut présumer l'intention libérale ou de gérer les affaires d'autrui du *solvens*. D'ailleurs, sauf erreur ou contrainte subie par le *solvens*, le paiement "se cristallise" et n'est pas remis en cause postérieurement, charge au *solvens* de se retourner contre le vrai débiteur au titre de la contribution finale à la dette.

64.- La préservation des droits des cocontractants. L'ordonnance de 2016 consacre également plusieurs dispositions relatives à la sécurisation des droits des parties à un contrat, notamment en cas de circulation de l'obligation via des opérations translatives (transfert de créance ou de dette, subrogation) ou attributives (délégation). En effet, à maints égards, le législateur (codifiant par ailleurs la jurisprudence) rappelle l'invocabilité, d'une part, des exceptions non-inhérentes à la dette (= résultant du rapport entre le créancier et le débiteur), dès lors que leurs conditions objectives ont été réunies avant la date de l'opération et, d'autre part, des exceptions inhérentes à la dette sans considération de date¹⁰³. Appliqué en matière contractuelle, cela veut dire que le contrat vient sécuriser les droits du créancier ou même du débiteur. Ces droits sécurisés sont même opposables aux tiers au contrat.

Cela est d'ailleurs très bien illustré par l'article 1325 nouveau qui vient résoudre les conflits entre cessionnaires de créances successifs et qui fait prévaloir les droits du premier en date. Ainsi, le créancier qui conclut le contrat ne risque pas d'être lésé dans ses droits au cas où son cocontractant aurait cédé la créance une seconde fois et que ce deuxième contractant notifie la cession au débiteur principal en premier. Le premier cessionnaire peut avoir un recours contre le second cessionnaire pour récupérer le paiement qui a été fait, et l'on voit comment son contrat a permis de sécuriser ses droits. S'agissant du second cessionnaire, son contrat lui permet un recours contre le cédant qui a cédé des droits qu'ils ne détenaient plus : *nemo plus juris*.

65.- Le formalisme dans la convention subrogative consentie par le débiteur. Il s'agit du dernier exemple qui permet d'illustrer cette idée de sécurité. Le législateur maintient en effet dans l'article 1346-2 nouveau le formalisme (acte notarié et quittance subrogative) qui était exigé par le droit antérieur, dans le cas où la convention subrogative intervient sans le concours du créancier. Les exigences de validité du contrat de subrogation personnelle permettent alors de protéger les intérêts du créancier principal (subrogeant). Par le paiement subrogatoire, la créance ne s'éteint pas, mais est transférée du patrimoine du créancier *accipiens* à celui du débiteur *solvens*, lequel devient subrogé dans les droits du premier. Or, il se peut que la dette ne soit pas échue, ou que le terme soit stipulé dans l'intérêt du créancier. Dans ce cas, la subrogation n'est pas permise. Et dans le cas inverse, le formalisme protégera les intérêts du créancier. D'ailleurs, le formalisme n'est pas seulement un gage de sécurité. Il peut également être gage d'efficacité.

2. L'utilité : gage d'efficacité

¹⁰³ Pour une illustration : art. 1324 nouveau s'agissant de la cession de créance.

66.- L'efficacité : deuxième approche de l'utilité sociale du contrat. La théorie des obligations contractuelles ne se développe, en effet, pas autour de cette idée de sécurisation des relations obligationnelles uniquement. Elle présente aussi le contrat comme un outil utile, étant gage d'efficacité. De nombreuses dispositions assurent cette efficacité au travers notamment l'instauration d'un formalisme (ce qui amènerait à première vue à constater un rapprochement avec le droit administratif, lequel se caractérise par l'omniprésence du formalisme en matière contractuelle – affirmant très superficielle, car la *ratio legis* du formalisme n'est pas la même).

67.- Premier exemple : la cession de créance et la cession de contrat. Par exemple, le droit commun des cessions de créances vient s'inspirer du formalisme du droit spécial des cessions de créances professionnelles, dites cessions (par bordereau) Dailly, afin de maîtriser certaines complications liées à l'opposabilité du contrat qui étaient constatées sous l'empire du droit antérieur à la réforme (art. 1322 et s.). D'ailleurs, un formalisme *ad validitatem* est également imposé pour la cession de contrat (art. 1216). Dans les deux cas, ce formalisme vise également à éclairer les parties et à assurer l'intégrité de leur consentement¹⁰⁴. Cette ligne directrice témoigne de la volonté du législateur d'éviter la remise en cause des conventions par la suite sur le fondement des vices du consentement et d'instruire les parties quant à l'étendue de leurs droits et obligations. La sécurité est recherchée, mais avant tout l'efficacité.

68.- Deuxième exemple : consécration d'outils efficaces. La réforme vient par ailleurs reconnaître des pratiques, parfois refusées par le droit positif, qui permettent une meilleure exploitation de l'outil contractuel. Il s'agit d'augmenter l'utilité du contrat et des avantages qui en découlent. Ainsi, le droit commun de la cession de créance vient admettre la cession fiduciaire de créance (c'est-à-dire à titre de sûreté) en remettant en cause la jurisprudence de la Cour de cassation qui avait considéré « qu'en dehors des cas prévus par la loi, l'acte par lequel un débiteur cède et transporte à son créancier, à titre de garantie, tous ses droits sur des créances, constitue un nantissement de créance »¹⁰⁵.

C'est d'ailleurs dans cette même perspective de promotion de l'utilité-efficacité de l'outil contractuel de droit commun que la réforme vient clarifier le régime juridique des avant-contrats en renforçant leur efficacité en cas d'inexécution par le partenaire : les articles 1123 et 1124 nouveaux du code civil réputent nuls les contrats conclus en violation du pacte de préférence et de la promesse unilatérale de contrat respectivement, dès lors que le cocontractant est de mauvaise foi¹⁰⁶.

69.- D'ailleurs, l'ordonnance de 2016 irrigue la théorie générale des contrats d'éléments relatifs à l'autre finalité objective du contrat qui est la « justice ».

¹⁰⁴ TERRÉ (F.) et coll., *op. cit.*, p. 238.

¹⁰⁵ Com., 19 déc. 2006, Bull. civ. IV, n°250.

¹⁰⁶ BÉNABENT (A.), *op. cit.*, pp. 78-79.

B. Le juste : un remède

70.- Plan. Le deuxième élément autour duquel il serait possible de développer la théorie des obligations contractuelles serait la notion de justice. Comme le précise assez bien M. Ghestin, la justice s'appréhende de deux manières : d'une part, en tant qu'application de la justice commutative, elle recherche l'égalité des prestations des parties. Cela passe par la recherche générale d'une chose : que « *chaque partie ait un intérêt effectif à contracter, cet intérêt, cette utilité particulière étant [...] le moteur même de sa volonté* »¹⁰⁷. Ce résultat n'est atteint que par la mise en place d'une procédure contractuelle équitable qui transmet son résultat au contrat et aux prestations qui en découlent¹⁰⁸. Cela se traduit ainsi par la mise en place d'un contrôle des comportements. L'ordonnance de 2016 s'inscrit volontiers dans cette perspective puisqu'elle ne manque pas de mettre en place des standards comportementaux (1).

La réforme intervient également sur le deuxième aspect de la justice. M. Ghestin appréhende en effet, d'autre part, la justice au travers de la question de l'égalité des parties. L'ordonnance de 2016 appréhende cet élément notamment au travers de la justice contractuelle (2). Il s'agirait alors d'examiner l'idée selon laquelle le droit positif reconnaît comme conforme à la justice distributive une certaine appréciation, une certaine distribution des charges¹⁰⁹.

1. La bonne foi : un standard comportemental

71.- Les standards comportementaux. Concrètement, l'ordonnance de 2016 peut être présentée comme vertueusement unificatrice, même si aucun projet d'unification n'apparaît dans le rapport au Président de la République. Elle contribue en effet au mouvement de multiplication des standards comportementaux¹¹⁰, lesquels sont utilisés par le juge du contrat afin d'équilibrer et de rapprocher les différentes situations juridiques. Ces standards ayant une vocation générale, pourraient participer alors à l'émergence d'une théorie commune des contrats administratifs et privés, qui orientent ces contrats vers un sens d'équilibre et de justice. L'un de ces standards est celui de la bonne foi qui s'appréhende en deux temps.

72.- La bonne foi *ex ante*. Ce standard comportemental ne s'applique pas seulement à la phase de l'exécution du contrat, mais s'étend aussi au stade de la négociation en imposant un solidarisme, et donc une loyauté et une coopération entre les futurs cocontractants.

À cet égard, la jurisprudence civile fut pionnière et les similitudes avec le droit administratif peuvent paraître frappantes. Ainsi, la réforme entérine une solution jurisprudentielle bien établie qui étendait

¹⁰⁷ GHESTIN (J.), *op. cit.*, pp. 96-97.

¹⁰⁸ M. Ghestin se réfère alors aux travaux de John Rawls, notamment son papier *Theory of Justice* (1971).

¹⁰⁹ GHESTIN (J.), *op. cit.*, p. 100

¹¹⁰ GILLES (C.), « La réforme du Code civil et les contrats publics : vers la consécration d'un droit commun des contrats ? », in *Contrats et Marchés publics*, n° 2, Février 2017 : étude 2, n° 15 et s.

l'exigence de bonne foi au stade de l'exécution contractuelle à celui de la négociation¹¹¹. Cette solution est aujourd'hui expressément codifiée à l'article 1112 nouveau.

Or, cette solution permet de rapprocher le droit privé avec le droit administratif, dans lequel une exigence de transparence est requise pour les contrats de la commande publique (Décision du conseil constitutionnel de 2003¹¹²). Cette obligation ressemble à l'obligation d'information qui existe *ex ante* dans la phase de négociation en droit privé, et qui décline en une exigence de bonne foi. Elle se trouve par ailleurs renforcée par le droit de l'Union Européenne. En effet, l'arrêt *Telaustria* de décembre 2000¹¹³ de la Cour de justice oblige les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices, même pour les marchés de service n'entrant pas dans le champ d'application des directives européennes relatives aux marchés publics, de « respecter les règles fondamentales du traité en général et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité en particulier ». Comme le constate M. Vautrot-Schwarz, la Cour de justice voit dans ce principe « une obligation de transparence qui consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché (...) à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication »¹¹⁴. La formulation des solutions jurisprudentielles européennes permet d'envisager leur extension car les principes fondamentaux visés ne se limitent pas à la commande publique¹¹⁵. Ainsi, en dépit du caractère sectoriel de la jurisprudence, il est possible d'y voir une tendance naissante au sein de la théorie générale des contrats administratifs qui vient se rallier aux tendances de la théorie civile de l'obligation. Il s'agit alors de voir si les deux théories se rapprochent également sur le deuxième temps d'expression de la bonne foi : la bonne foi *ex post*.

73.- La bonne foi *ex post*. L'ordonnance de 2016 vient également se saisir de cet élément de manière assez classique. Dans le droit antérieur, un rigorisme contractuel faisait que le contrat devait s'exécuter dans les termes mêmes convenus, et ce même si le cocontractant ne subit aucun préjudice du fait d'une inexécution¹¹⁶. La Cour de cassation avait ainsi jugé que « l'action tendant à l'exécution d'une obligation contractuelle n'est pas subordonnée à l'existence d'un préjudice »¹¹⁷. Néanmoins, la jurisprudence a essayé de pallier ces excès en deux temps. D'abord, émergea la jurisprudence relative à l'abus de droit pour faire échec à des demandes excessives d'exécution contractuelle (il faut avoir à l'esprit ces arrêts qui reconnaissent à un maître d'ouvrage la possibilité de demander de détruire l'immeuble construit qui ne répond pas aux critères stipulés dans le contrat, par ex., une hauteur plus petite à quelques centimètres

¹¹¹ Civ. 1re, 21 janvier 1981, Bull. Civ. I, n° 25.

¹¹² DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le Gouvernement à simplifier le droit*, n° 2003-473.

¹¹³ CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria et Telefonadress*, n° C-324/98.

¹¹⁴ VAUTROT-SCHWARZ (C.), « L'avenir de la publicité et de la mise en concurrence dans la délivrance des titres d'occupation domaniale », in *Contrats et Marchés publics*, n° 12, décembre 2012, p. 9

¹¹⁵ *Ibid.*

¹¹⁶ BÉNABENT (A.), *op. cit.*, pp. 295-297.

¹¹⁷ Civ. 3e, 6 mai 1980, Bull. Civ. III, n° 91.

près, et d'en demander la reconstruction d'un autre¹¹⁸). Dans un second temps, la bonne foi prit le relai en jouant un rôle correcteur général¹¹⁹. Par conséquent, dans la phase d'exécution du contrat légalement formé et donc qui bénéficie pleinement de la force obligatoire du contrat, l'exécution d'une stipulation contractuelle sera paralysée si cette exécution aboutit à « un résultat contraire à l'équité »¹²⁰. Ainsi, il est d'une idée constante aujourd'hui dans la théorie générale des contrats privés que « le créancier doit faire de ses droits un usage [...] "civilisé" et "non colonial" »¹²¹. C'est d'ailleurs ce qu'affirme l'ord. de 2016 en codifiant un principe déjà présent dans le droit antérieur : d'une part, le principe de l'alinéa 3 de l'ancien article 1134 est codifié à l'article 1104 nouveau. La réforme vient même consacrer la jurisprudence de la Cour de cassation qui avait étendu l'obligation de bonne foi à la phase précontractuelle (avec une réaffirmation supplémentaire à l'article 1112). D'ailleurs, ce principe qui était complété à l'article 1135 est repris dans le nouvel article le nouvel article 1194. Cette exigence peut même être étendue au-delà du lien obligataire. En effet, elle trouve également son reflet dans les rapports découlant d'un *vinculum juris*, même si celui-ci se trouve anéanti (notamment quand l'obligation n'est pas causée, ou repose sur une fausse-cause).

Enfin, on peut déplorer que les rédacteurs de l'ordonnance de 2016 n'ait pas eu l'occasion d'intégrer dans le droit écrit l'une des manifestations les plus notoires de l'obligation d'exécuter le contrat de bonne foi, à savoir, le dommage atténuable ou « *mitigation* ». Introduite en droit positif par des textes internationaux, cette notion de droit anglais a finalement été accueillie par la jurisprudence française sous l'angle de la bonne foi (ex. Civ. 1^{re}, 3 juillet 1985, Bull. civ., I, n° 210), sans pour autant en faire un principe¹²². Elle fait peser sur le créancier le devoir de réduire autant que possible le dommage dont le débiteur devra indemniser.

74.- Proximité avec le droit administratif. Ces remarques témoignent d'une grande proximité avec le droit administratif. En effet, le Conseil d'État dans sa jurisprudence *Béziers I* de 2009 vient également reconnaître un principe de loyauté en droit des contrats administratifs¹²³. Cependant, l'étendue du principe n'est pas la même, puisqu'en droit administratif, celui-ci régit l'exécution du contrat sans s'appliquer à la phase de passation (le principe de transparence existant déjà, mais qui ne recoupe que de manière imparfaite

¹¹⁸ Ex. : v. Civ. 3^e, 11 mai 2005, C.C.C. 2005, n° 187.

¹¹⁹ Expression utilisée par M. Bénabent dans l'édition antérieure à la réforme du droit des obligations de 2016 (14^e édition, p. 287).

¹²⁰ BÉNABENT (A.), *loc. cit.*

¹²¹ *Ibid.*

¹²² BÉNABENT (A.), *op. cit.*, p. 325.

¹²³ CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, dit « Béziers I », Lebon p. 509.

l'obligation de loyauté, car cette dernière a une dimension subjective, alors que le premier impose aux pouvoirs adjudicateurs une norme comportementale objective)¹²⁴.

Cependant, la reconnaissance même du principe, même si l'étendue n'est pas la même est fructueuse puisqu'elle témoigne de la proximité entre les deux théories des contrats. Cette proximité s'affirme davantage avec l'émergence du mouvement de justice contractuelle en droit privé et en droit administratif.

2. La justice contractuelle

75.- Nouvelle conception du contrat. À l'heure actuelle, la théorie générale des contrats privés se détache de l'approche individualiste libérale d'origine qui découlait du Code napoléonien de 1804. Ont d'abord été envisagés les mécanismes qui permettent de restaurer l'équilibre contractuel et qui protègent, par des réglementations impératives, les parties faibles. Le législateur a ainsi fait le choix d'imposer une coopération entre les parties en organisant notamment une information adaptée (obligation d'information reconnue expressément par l'ord. de 2016) qui permet de constituer « un environnement favorable à l'échange des volontés libres et éclairées »¹²⁵.

Cette coopération entre cocontractants s'inscrit dans un mouvement plus large qui est celui du solidarisme contractuel. Sous l'impulsion d'un courant doctrinal représenté par René DEMOGUE et M. Christophe JAMIN, le droit positif s'est sensibilisé au solidarisme en matière contractuelle. Demogue avait en effet développé toute une réflexion autour du troisième alinéa de l'article 1134 ancien du code en concevant un monde contractuel qui repose non sur le conflit d'intérêts antagonistes, mais sur une coopération et une solidarité parfaite entre les cocontractants. Selon lui, le contrat est « une sorte de microcosme, une petite société où chacun doit travailler dans un but commun qui est la somme des buts individuels poursuivis (par les cocontractants), absolument comme la société civile ou commerciale »¹²⁶.

76.- Apports de l'ordonnance de 2016. M. Jean CÉDRAS, dans un article publié dans le rapport annuel de la Cour de cassation de 2003 inventorie les pierres de touche de ce mouvement¹²⁷ : « vigueur de l'ordre public économique de protection, ampleur de l'exigence de bonne foi et d'entraide dans la formation et dans l'exécution, mise à l'écart des clauses abusives de limitation de responsabilité, bonne foi dans l'invocation de la clause résolutoire, obligation de renégocier en présence d'un déséquilibre économique imprévisible et ruineux ». Il s'avère ainsi que les considérations de solidarisme contractuel irriguent les dispositions de

¹²⁴ UBAUD-BERGERON (M.) et GAHDOUN (P.-Y.), « Regards publicistes sur la réforme du droit des obligations », in *BJCP*, 2016, n° 108, pp. 324-325.

¹²⁵ TERRÉ (F.) et coll., *op. cit.*, p. 45.

¹²⁶ DEMOGUE (R.), *Traité des obligations en général*, t. 6, 1931, n° 3.

¹²⁷ CÉDRAS (J.) « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », in *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2003.

l'ord. de 2016 : les nouvelles dispositions sur les vices du consentement (notamment, la violence économique codifiée à l'art. 1143, la police des clauses abusives instituée par l'art. 1171, l'accueil de la théorie de l'imprévision à l'art. 1195, etc.).

77.- Le solidarisme en droit administratif. De manière similaire, la théorie générale des contrats administratifs accueille ce mouvement de solidarisme dans tous les cas où elle impose à l'administration une indemnisation afin que la poursuite des relations contractuelles ne vienne pas ruiner la situation (financière) du cocontractant. Dès lors que l'administration modifie ou résilie unilatéralement le contrat, ou encore, dans le cas où le cocontractant subit un risque extérieur (juridique, économique ou technique qu'il ne pouvait anticiper, et qu'il n'est pas présumé assumer), la jurisprudence lui reconnaît un droit à compensation financière. Ainsi, la personne publique cocontractante doit prendre en compte les intérêts de son partenaire.

78.- Un premier constat paraît alors évident : au jour de la réforme de 2016, tout observateur peut repérer différents exemples montrant le degré de contiguïté entre les deux droits. L'attention est portée sur les mêmes enjeux, la convergence entre droit privé et droit administratif devient manifeste. L'autonomie du droit des contrats administratifs est alors remise en question.

*
* *
*

CHAPITRE 2 – UNE AUTONOMIE FRAGILISEE ET PRECARISEE ?

79.- Propos introductifs. Le principal élément qui fait obstacle à une reconnaissance d'une théorie commune aux contrats, comme cela fut évoqué dans l'introduction de ce mémoire, est l'autonomie du droit administratif en général et du droit des contrats administratifs en particulier. Or, il s'avère qu'à l'heure actuelle, les éléments qui justifient cette autonomie sont en recul en droit administratif. Ces éléments se rattachent à l'idée d'exorbitance par rapport aux règles ordinaires et égalitaires du droit privé. Or, le droit privé n'est plus aujourd'hui le terrain de l'égalité parfaite entre des individus suffisamment diligents qui agissent en tant que *patres familias*. Les inégalités travestissent le droit des contrats qui se voulait *ab initio* le terrain privilégié où s'expriment des individus libres et égaux en droits (article 1 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (DDHC) de 1789) qui, sous l'empire de la loi, expression de la volonté générale (article 6 DDHC), peuvent tout faire via l'instrument contractuel tant qu'ils ne nuisent pas à autrui (article 4 DDHC). L'émergence de droits spéciaux protégeant les parties faibles (droit de la consommation et droit de la distribution notamment) montrent que le droit des contrats privés n'est plus un monde égalitaire. Il s'agit d'un monde qui connaît des éléments qui ressemblent (s'ils ne sont pas identiques) aux éléments exorbitants qui caractérisaient le droit administratif.

80.- Plan. C'est d'ailleurs dans ce contexte que la réforme du droit des obligations du 10 février 2016 intervient : elle consacre en droit privé des éléments qui se veulent classiquement extérieurs à la sphère du droit privé (Section 1). Par ailleurs, la pratique administrative, examinée de plus près, paraît plus rationnelle et moins caractérisée par un excès d'exorbitance. Cet élément perturbateur permet alors de s'interroger sur la pertinence de la consécration d'une théorie commune des contrats en droit français, qui n'est rien d'autre que l'expression de l'identité contractuelle française (Section 2).

Section 1 – L'exorbitance : un privilège perdu ?

81.- Réflexion sur l'exorbitance. Une présentation classique du droit des contrats administratifs et de la théorie générale des contrats administratifs met en lumière son caractère exorbitant par rapport à la théorie civile des contrats, et c'est cette exorbitance qui justifie essentiellement l'autonomie du droit administratif. En effet, l'exorbitance imprègne le droit des contrats administratifs à double titre¹²⁸. D'un côté, l'exorbitance est l'un des critères du contrat administratif (à côté du critère jurisprudentiel du service public, sans

¹²⁸ UBAUD-BERGERON (M.), « Exorbitance et droit des contrats ... », *op. cit.*, n° 6-7.

préjudice des qualifications législatives assez fréquentes aujourd'hui). De l'autre, l'exorbitance est la conséquence de cette qualification, puisque cette qualification emporte application des règles générales applicables à tout contrat administratif : modification unilatérale, résiliation unilatérale, règles protectrices contre le risque économique (l'imprévision, la force majeure administrative), le risque technique (les sujétions imprévues) ou le risque juridique (le fait du prince), etc. Ce corps de règles a permis à la doctrine d'opposer cette catégorie de contrats aux contrats de droit privé, et partant à dissocier la théorie des contrats administratifs de la théorie des contrats en droit civil.

Mais qu'est-ce qu'est alors l'exorbitance ? Cette réflexion paraît un préliminaire à tout développement qui traite d'un renforcement de l'exorbitance, sa relativisation ou sa banalisation. Ainsi, *Larousse* définit le mot « exorbitant » comme ce qui a un caractère particulièrement exagéré, excessif. D'ailleurs, en latin, « *exorbitare* » signifie dévier ou s'écarter de ; le mot étant composé de « *ex* » et de « *orbita* ». *Orbita* renvoie à l'orbite ou la roue.

Ainsi, si le droit administratif en général, et le droit des contrats administratifs se veulent des droits exorbitants du droit commun, cela signifie qu'ils s'écartent de manière assez poussée de l'orbite du droit commun. Cette orbite, nous l'avons évoquée au début de ce papier : il s'agit de l'égalité des parties contractantes, donc, de leur autonomie et du principe du « commun accord » qui doit irriguer leurs relations, dont l'une des manifestations principales est la consécration de la force obligatoire du contrat (art. 1134 ancien, transposé au nouvel article 1103 du code civil).

82.- Plan. Néanmoins, les évolutions de l'état du droit ont abouti à une certaine fracturation du principe de la force obligatoire. L'unilatéralité a commencé à irriguer le droit des contrats civils, surtout avec la réforme de 2016. Ainsi, il serait possible de parler d'une banalisation de l'exorbitance, c'est-à-dire d'une intégration de ce qui était hors orbite (l'unilatéralisme notamment) dans l'orbite du droit civil (§1). D'ailleurs, ce qui demeure exorbitant n'est pas souvent utilisé en droit administratif et ne décrit pas de manière fidèle le quotidien contractuel des personnes publiques (§2).

§1 – La banalisation de l'exorbitance

83.- Plan. Dans son rapport de 1999 relatif à « L'intérêt général », le CE a rappelé que « c'est au nom de l'intérêt général que l'administration contractante dispose de certains moyens d'actions unilatéraux, dont le pouvoir de modifier le contrat [...] ou encore le pouvoir de résilier unilatéralement le contrat dans l'intérêt du service »¹²⁹. Il s'agit alors de relever un rapport de *biunivocité* entre prérogatives exorbitantes et unilatéralité : le droit administratif se caractérise par l'exorbitance, et l'exorbitance se caractérise par l'unilatéralisme. C'est par ailleurs ce qui explique la part importante qu'occupe la théorie des actes administratifs unilatéraux au sein du droit administratif. Néanmoins, le droit des contrats privés se trouve

¹²⁹ Rapport public du Conseil d'État, 1999, EDCE n° 50, p. 279.

irrigué de plus en plus de moyens et éléments unilatéraux, qui peuvent même dans certains cas rappeler le privilège du préalable dont dispose l'administration (A). Ces éléments contribuent ainsi à la remise en question de la dissociation entre les deux catégories de contrats, et rappellent la nécessité de repenser une théorie commune des contrats, dans la mesure où la réforme de 2016 contribue également à ce rapprochement entre les régimes juridiques de ces contrats (B).

A. L'unilatéralisme répandu

1. La sanction de l'inexécution contractuelle unilatéralisée

84.- Section V : L'inexécution du contrat ¹³⁰. L'une des principales innovations de l'ord. de 2016 est de centraliser au sein d'une section du code les dispositions relatives à ce « pauvre parent » du droit des obligations qui étaient autrefois éparpillées et incomplètes dans le droit antérieur¹³¹, et de l'enrichir de toute une série de nouvelles mesures. Par cette section, le code civil vient distinguer entre les actions qui relèvent de l'exécution du contrat *stricto sensu* (c'est-à-dire les mécanismes que le créancier de l'obligation peut mettre en jeu pour exécuter l'obligation) de celles qui relèvent de la réparation de l'inexécution (l'obtention de dommages-intérêts en réparation du préjudice résultant de l'inexécution). Cette deuxième catégorie n'est pas celle envisagée dans la présente partie¹³².

S'agissant de cette première catégorie, l'ord. de 2016 prévoit toute une série de mécanismes. L'article 1217 nouveau fait l'inventaire de cet éventail de sanctions.

85.- Des mesures unilatérales. Ces mécanismes du régime général de l'obligation s'opposent à la conception classique du droit civil des contrats qui mettait les parties au contrat sur un même pied d'égalité. Dans le droit antérieur, si le débiteur ne s'exécute pas, le créancier pouvait intenter une action en exécution, opposer l'exception d'inexécution, ou demander la résolution judiciaire du contrat, sans préjudice des actions en responsabilité qui pouvaient être intentées. Or, ces actions ne permettaient aucunement à une partie de commander unilatéralement le sort du contrat : le juge était appelé à intervenir dès le départ pour trancher le différend (sauf pour l'exception d'inexécution).

Cependant, la réforme de 2016 est innovatrice en la matière : désormais, après mise en demeure, le créancier peut dans un délai et un coût raisonnable faire exécuter lui-même l'obligation (art. 1222), réduire unilatéralement le prix en cas d'exécution imparfaite (art. 1223), procéder à la résolution unilatérale extrajudiciaire (art. 1226). Cet unilatéralisme est un trait nouveau du droit des obligations qui paraît d'une utilité parfaite pour asseoir l'action administrative.

¹³⁰ Du chapitre IV : les effets du contrat, du sous-titre Ier : Le contrat, du titre III : des sources d'obligations.

¹³¹ UBAUD-BERGERON (M.) et GAHDOUN (P.-Y.), *op. cit.*, p. 322.

¹³² BÉNABENT (A.), *op. cit.*, p. 289.

2. Un rapprochement avec le privilège du préalable

- 86.-** Ces décisions que peut prendre le cocontractant dans un contrat régi par le Code civil paraissent très similaires avec le privilège du préalable dont dispose l'administration, et c'est en cela qu'il est possible de parler de banalisation de l'exorbitance : désormais en droit privé, il est possible de prendre des mesures unilatérales qui sont simplement présumées légales. Cela est un gage d'efficacité dans la mesure où il permet de court-circuiter la lenteur et la lourdeur d'une procédure juridictionnelle. Il n'y a, par ailleurs, aucune crainte liée à la sécurité juridique dans la mesure où le juge intervient *in extremis* pour contrôler tout abus dans l'exercice de ces pouvoirs.
- 87.-** Par ailleurs, ces mesures ne concernent pas seulement le contentieux de l'inexécution du contrat. Par exemple, l'article 1164 du code permet de fixer unilatéralement le prix dans les contrats d'application d'un contrat-cadre si ce dernier le stipule. D'ailleurs, le juge intervient *a posteriori* pour sanctionner tout abus le juge par l'allocation de dommages et intérêts et en prononçant le cas échéant la résolution du contrat.
- 88.-** Cela amène alors *in fine* à réfléchir sur la justification de la distinction entre les contrats administratifs et les contrats privés par le caractère inégalitaire de la relation entre l'administration et son cocontractant. Le droit commun des obligations réformé en 2016 devient en effet compatible avec les situations déséquilibrées et changeantes.

B. Un droit commun "nouvelle mouture"

- 89.- L'ancien état du droit et le droit administratif.** Classiquement, le dogme de l'autonomie des volontés et son pendant qui est la liberté contractuelle ont conduit à une immuabilité contractuelle. En effet, le contrat est perçu comme un outil sécurisant, mais également un outil à risque. Cette dimension a été exposée par plusieurs économistes : Coase, Williamson et Klein, Crawford et Alchian ont fait le constat que la rédaction d'un contrat (en tant qu'*instrumentum*) engendre des coûts (transactionnels). Ainsi, contrairement à un monde où il n'y a aucun coût à penser et à contractualiser les événements futurs dans un contrat complet dit global ou détaillé (*comprehensive contract*), les parties à un contrat ne rédigent jamais un contrat qui anticipe tous les événements futurs. Ainsi, Oliver D. Hart parlera pour la première fois de la « théorie des contrats incomplets » dans son papier *Incomplete Contracts and the Theory of the Firm (1988)*. La conséquence de ce caractère incomplet des contrats est que les cocontractants auront tendance, en cas d'intervention d'événements éventuels, à vouloir agir différemment de ce qui est prévu dans les stipulations contractuelles¹³³. Ainsi, cela appelle à l'allocation de pouvoirs résiduels de contrôle afin de permettre de

¹³³ HART(O.D.), « Incomplete contracts and theory of the Firm », in *Journal of Law, Economics, and Organization*, vol. 4, n° 1, 1988, pp. 121-125.

comblent les lacunes du contrat¹³⁴, sinon pour adapter certaines situations extrêmes. Et, à défaut de négociations entre les cocontractants, le *solvens* devrait procéder au paiement de son obligation, et c'est en cela que le contrat constitue à la fois un outil sécurisant pour l'*accipiens*, mais également à risque pour le *solvens*.

Et ce fut par ailleurs l'esprit du droit des obligations avant l'intervention de la réforme de 2016. En effet, un contrat conclu ne pouvait être remis en cause que si l'une des conditions de validité posées par l'art. 1108 ancien du code civil¹³⁵ n'est pas remplie au jour de la formation du contrat. Cependant, lorsque les conditions de validité sont remplies et que le contrat est valablement formé, l'existence d'un déséquilibre contractuel signifiait que les parties ont consenti à cette situation. Le contrat ne peut dès lors être remis en cause par le juge : le résultat de la négociation contractuelle est présumé équilibré. C'est par ailleurs, l'une des raisons qui a longtemps justifié l'existence du contrat administratif, qui est un contrat qui unit deux parties dans une situation nécessairement déséquilibrée (le privilège du préalable et l'exercice de prérogatives de puissance publique en sont caractéristiques). Or, cet aspect a été modifié par l'ordonnance de 2016 et une réflexion sur la capacité du contrat de droit commun à répondre aux exigences de l'action administrative s'avère opportune (1), cette réflexion portant ainsi sur le fond du droit.

L'autre aspect du droit antérieurement à la réforme de 2016 est également relatif à l'aspect « instrument à risque » du contrat. Le droit civil réagissait au déséquilibre économique intervenant postérieurement à la formation du contrat de manière similaire à celui qui intervenait au moment de formation du contrat. En effet, il arrive parfois qu'au moment de la conclusion du contrat, celui-ci soit parfaitement équilibré, mais, à raison du changement (postérieur) de la conjoncture économique, l'économie du contrat se trouve bouleversée. On parle alors non pas de lésion mais d'imprévision.

Dans une telle situation, le droit civil cédait totalement devant le *mutuus dissensus*, contrairement au droit administratif qui palliait cette situation par l'allocation d'indemnités en cas de bouleversement temporaire¹³⁶, ou encore en permettant au juge de résilier le contrat si le bouleversement devient définitif sans qu'un accord entre les parties ne permette au contrat de survivre¹³⁷. Or, la réforme de 2016 vient finalement accueillir l'imprévision, et permet alors de s'interroger sur l'agencement entre l'imprévision civiliste et l'imprévision administrativiste (2).

1. Le déséquilibre significatif : le revers de la médaille

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ Devient l'art. 1128 CCiv.

¹³⁶ CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, Lebon p. 125.

¹³⁷ CE, Ass., 9 décembre 1932, *Compagnie de tramways de Cherbourg*, Lebon p. 1050.

90.- Le principe de la commutativité subjective. Il faut mentionner *ab initio* que l'état du droit n'a pas changé de manière révolutionnaire. En effet, le droit (commun) des contrats demeure gouverné par la « commutativité subjective »^{138 139}. Ainsi, les parties sont toujours considérées comme les meilleurs juges de leurs intérêts et le Code civil reprend aujourd'hui dans son article 1108 nouveau ce que prévoyait naguère l'art. 1104 ancien : « le contrat est commutatif lorsque chacune des parties s'engage à procurer à l'autre un avantage qui est regardé comme l'équivalent de celui qu'elle reçoit ». Ainsi, il n'en demeure pas moins que la lésion n'est toujours pas prise en compte au stade de la formation du contrat, tant que les conditions de validité des conventions sont remplies¹⁴⁰. D'ailleurs, les solutions spéciales dégagées antérieurement à la réforme demeurent inchangées : ainsi, si le contrat prend un aspect aléatoire, l'aléa chasse la lésion, à condition que cet aléa existe vraiment¹⁴¹.

91.- Le déséquilibre significatif. Cependant, à l'instar des droits spéciaux, le droit civil devient plus sensible au déséquilibre qui peut exister entre deux cocontractants (*v. supra*). Ainsi, le législateur a instauré en droit commun une *police des clauses abusives*.

Selon l'article 1171 nouveau du code, est réputée non écrite « toute clause qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ». Ce contrôle permet alors de « désactiver »¹⁴² dans les contrats d'adhésion les clauses qui entourent l'objet principal du contrat et qui créent un tel déséquilibre significatif - le contrôle portant ainsi sur ces clauses accessoires et ne porte pas sur l'objet principal du contrat, ou sur l'adéquation du prix au bien vendu ou au service offert ¹⁴³ -. Par ailleurs, au-delà de cette règle spécifique aux contrats d'adhésion, la notion de contrepartie, qui vient remplacer celle de cause permet également de sanctionner le déséquilibre significatif. En effet, l'article 1170 du code répute non-écrite une clause « qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur ». Il s'agit alors d'une codification du droit positif antérieur à la réforme. Ainsi, cette nouvelle disposition se comprend au regard

¹³⁸ TERRÉ(F) et coll., *op. cit.*, , p. 80.

¹³⁹ La commutativité subjective se distingue de la commutativité objective. Selon Terré *et al.* (*in op. cit.*, p. 36) «le juste dans les commutations, c'est-à-dire les échanges, doit s'entendre non d'une commutativité objective (la stricte équivalence des prestations) mais d'une commutativité subjective : il suffit que la chose reçue ait été "regardée comme l'équivalent de la chose donnée" (art. 1104 [N.D.A. ancien]). La lésion n'est pas en elle-même, sauf hypothèses particulières, une cause de nullité (art. 1118 [N.D.A. ancien]) ».

¹⁴⁰ Article 1168 nouveau CCiv. : « Dans les contrats synallagmatiques, le défaut d'équivalence des prestations n'est pas une cause de nullité du contrat, à moins que la loi n'en dispose autrement ».

¹⁴¹ BÉNABENT (A.), *op. cit.*, p. 150.

¹⁴² *Ibid.* p. 154.

¹⁴³ Ces éléments sont ainsi réservés aux parties qui les négocient librement, sans immixtion du juge. Cette solution est identique à celle prévue par le droit de la consommation (relation B2C). En revanche, le droit de la concurrence, dans une relation B2B, accepte de contrôler l'objet principal du contrat ou l'adéquation du prix à la prestation fournie (mesure introduite par la loi LME du 4 août 2008 en droit des pratiques restrictives de concurrence à l'article L. 442-6 du code de commerce).
V. TERRÉ (F.) et coll., *op. cit.*, pp. 519-530.

de la jurisprudence *Chronopost*¹⁴⁴ telle que fixée par l'arrêt *Faurecia II*¹⁴⁵. S'agissant d'une clause limitative de responsabilité, la Cour de cassation avait considéré qu'une clause ne pouvait être réputée non-écrite que lorsqu'elle « vide de toute substance » ou « contredit la portée » de l'obligation essentielle du contrat¹⁴⁶.

Ainsi, bien que les définitions du « déséquilibre significatif » ou du « contrat d'adhésion » peuvent susciter des difficultés¹⁴⁷ ou encore des problèmes de cohérence entre le dispositif général et celui relatif aux contrats d'adhésion¹⁴⁸, il n'en demeure pas moins que ces nouvelles dispositions constituent un terrain fertile pour l'intervention du juge afin d'opérer un contrôle de l'économie des contrats.

92.- Liens avec le contrat administratif. *Quelles leçons à tirer ?* Ces développements nous permettent de faire un constat. Aujourd'hui, le droit commun admet l'existence de clauses déséquilibrées et valide l'existence de conventions déséquilibrées, tant que le déséquilibre n'est pas très excessif. Un contrat désavantageux pour certains contractants n'en demeure pas moins valable tant qu'il ne manifeste pas un abus. Il s'agit d'une forme d'exorbitance qui permet d'intégrer dans le droit commun des configurations contractuelles hors du commun (contrats-cadres, contrats d'adhésion, etc., configurations qui ont des équivalents en droit administratif). Ainsi, le contrat de droit commun peut désormais devenir un instrument de l'action administrative, dans la mesure où les prérogatives exorbitantes dont bénéficie la personne publique cocontractante ne seront pas considérées comme des éléments dénaturant l'esprit même du contrat de droit privé.

En outre, cette forme d'exorbitance (le déséquilibre) n'était pas étrangère au droit civil. En effet, depuis toujours, le droit commun des contrats admet la conclusion notamment de contrats synallagmatiques qui se caractérisent par une contrepartie insuffisante et non pas insignifiante (donc, un déséquilibre existe : c'est l'idée de commutativité subjective qui est aujourd'hui restandardisée). Il admet même une contrepartie dérisoire mais compensée par un autre avantage tiré de l'opération contractuelle¹⁴⁹.

Ce constat de l'accueil des éléments autrefois considérés comme exorbitants concerne le contrat au stade de sa formation, et s'étend même au stade de son exécution. Il s'agit de l'imprévision.

2. L'imprévision enfin accueillie

93.- La jurisprudence Canal de Craponne (1876)¹⁵⁰. Il était de tradition dans les présentations doctrinales d'insister sur la différence entre contrat de droit privé et contrat administratif en soulignant la question de

¹⁴⁴ Com., 22 oct. 1996, n° 93- 18.632, Bull. civ. IV, n° 261.

¹⁴⁵ Com., 29 juin 2010, n° 09- 11.841, Bull. civ. IV, n° 115.

¹⁴⁶ TERRÉ (F.) et coll., *op. cit.*, pp. 530- 533.

¹⁴⁷ BÉNABENT (A.), *op. cit.*, pp. 159-160.

¹⁴⁸ TERRÉ (F.) et coll., *loc. cit.*

¹⁴⁹ Solution dégagée par ex. dans l'arrêt Civ. 3e, 3 mars 1993, n° 91- 15.613, Bull. civ. III, n° 28 s'agissant d'un contrat de vente immobilière.

¹⁵⁰ Civ., 6 mars 1876, *Canal de Craponne*, Les grands arrêts de la jurisprudence civile, 12e édition 2008, p. 183.

l'incidence des faits nouveaux sur l'exécution du contrat. En effet, même si le juge de l'autorité judiciaire avait le pouvoir (conféré par le législateur dans des dispositions spéciales) d'intervenir de manière ponctuelle en modifiant le contrat¹⁵¹, le droit des contrats privés et la théorie générale des contrats civils étaient marqués par la stabilité, l'immutabilité contractuelle. Seules les parties avaient la possibilité, en vertu d'un commun accord, de modifier les clauses du contrat ou de convenir d'une forme de paiement des obligations contractuelles différente de celle prévue par le contrat : il s'agit du *mutuus dissensus*. À défaut d'un tel accord, la partie défaillante engage sa responsabilité contractuelle et peut faire l'objet de mesures d'exécution, et ce même si « la transformation du contexte économique, politique, monétaire, social ou technologique rompt l'équilibre initial des prestations »¹⁵². La Cour de cassation s'était ainsi résolue à considérer qu'aucune « considération de temps ou d'équité » ne permettait de faire échec à la règle posée par l'ancien article 1134 CCiv.

94.- L'imprévision contractuelle : une spécificité de la théorie générale des contrats administratifs.

Paradoxalement, la juridiction administrative voyant dans le contrat administratif l'assiette de l'activité de service public (et donc de sa continuité), avait depuis très longtemps admis la théorie de l'imprévision¹⁵³. Il s'agissait d'un élément exorbitant du droit commun qui justifiait l'existence d'une théorie distincte des contrats administratifs.

95.- Le nouvel article 1195 du Code civil. Or, la réforme de 2016 est venue opérer une révolution juridique en droit civil, puisqu'elle est venue reconnaître de manière expresse¹⁵⁴ la possibilité de faire jouer la théorie de l'imprévision lorsque l'exécution contractuelle est devenue excessivement onéreuse pour une partie. Le consentement des parties à exécuter les obligations contractuelles est en quelque sorte conditionné par la persistance des conditions à peu près semblables à celles qui existaient au jour du contrat. C'est l'idée que l'exécution ne doit pas devenir excessivement onéreuse, contrairement à ce qui aurait été pensé au jour de la rencontre de la pollicitation et de l'acceptation : *rebus sic stantibus*. Ainsi, le contrat de droit privé admet désormais -de manière spectaculaire- la mouvance et la mutabilité, idée exorbitante par rapport au dogme de la force obligatoire des contrats.

96.- Il s'agit à ce stade de faire deux constats : d'abord, les éléments qui ont justifié la spécificité et l'originalité du droit des contrats administratifs ne concernent que le régime qui leur est applicable. En revanche, les notions même ne sont pas inconnues du droit civil¹⁵⁵. Ensuite, l'exorbitance du droit administratif se

¹⁵¹ TERRÉ (F.) et coll., *op. cit.*, pp. 704-705.

¹⁵² *Ibid.*

¹⁵³ L'arrêt de principe est : CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, Lebon p. 125.

¹⁵⁴ Avant cette reconnaissance expresse, la Cour de cassation avait incité de manière timide les parties à renégocier le contrat en se fondant sur la bonne-foi : v. Com., 3 nov. 1992, *Huard*, n°90-18.547, Bull. civ. IV, n° 338.

¹⁵⁵ Préface de LEVENEUR (L.) in BUCHER (C.-E.), *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif. Volume 102*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2011.

relativise, le droit privé accueillant en effet des éléments exorbitants. Ce qui était exorbitant autrefois ne l'est plus aujourd'hui. D'ailleurs, ce mouvement s'est fait en parallèle avec l'irrigation du droit des contrats administratifs des éléments ordinaires (c'est-à-dire non exorbitants) que l'on peut facilement identifier au sein du droit civil, mais aussi avec la mise en œuvre de plus en plus rare des pouvoirs exorbitants de la théorie générale des contrats administratifs.

§2 – La raréfaction de la mise en œuvre des règles exorbitantes

97.- Plan. Deux éléments permettent d'illustrer cette idée. D'une part, la jurisprudence administrative a toujours été réticente à remettre en cause la force obligatoire du contrat administratif (B), de sorte qu'il paraît clair que les pouvoirs exorbitants sont considérés comme exceptionnels et n'ont jamais été excessivement utilisés (A).

A. Des pouvoirs exorbitants mesurés

1. Une jurisprudence exceptionnelle

98.- L'attachement à la force obligatoire du contrat en droit administratif. Les juges de la juridiction administrative n'ont jamais été hostiles à la mise en œuvre du principe de la force obligatoire du contrat en droit administratif. En effet, même si la jurisprudence a depuis très longtemps consacré des règles générales applicables aux contrats administratifs, même en l'absence de stipulation ou texte en ce sens, et auxquelles une stipulation contractuelle ne peut valablement déroger¹⁵⁶, elle n'a pas hésité à affirmer la force obligatoire du contrat.

Par exemple, dans un arrêt *Berton* de 2001¹⁵⁷, le Conseil d'Etat avait jugé « [...] qu'aux termes de l'article 1134 du code civil : "Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites" ; que l'article L. 121-1 du code du travail dispose que : "Le contrat de travail est soumis aux règles du droit commun. Il peut être constaté dans les formes qu'il convient aux parties contractantes d'adopter" ; que *le principe général du droit dont s'inspirent ces dispositions implique que toute modification des termes d'un contrat de travail recueille l'accord à la fois de l'employeur et du salarié* »¹⁵⁸.

¹⁵⁶ CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat et Crédit foncier de France*, Lebon p. 141 : La solution donnée par l'arrêt peut être résumée ainsi : s'agissant du pouvoir de modification unilatérale, l'administration peut modifier unilatéralement les conditions d'exécution de ses contrats en vertu des règles générales applicables aux contrats administratifs. Elle ne saurait renoncer à ces pouvoirs.

¹⁵⁷ CE, Ass., 29 juin 2001, *Berton*, Lebon p. 296,

¹⁵⁸ Nous soulignons.

99.- Le caractère exceptionnel des règles exorbitantes. La doctrine, à observer de telles formulations, démontre assez fermement le caractère exceptionnel des règles exorbitantes applicables aux contrats administratifs, de sorte à mettre en échec l'idée selon laquelle le contrat administratif se caractérise par l'exorbitance et le rejet du principe de la force obligatoire du contrat du Code civil.

Ces affirmations sont omniprésentes chez deux "écoles" doctrinales : d'une part, le courant doctrinal d'André de Laubadère qui s'engage à concilier l'existence de ces règles (particulièrement le pouvoir de modification unilatérale) avec le principe classique de la force obligatoire du contrat. D'autre part, il est présent dans la doctrine dite anti-autonomiste (v. *infra*, section 2, §1, B.1) qui s'engage à démontrer « l'inexistence sinon théorique du moins pratique [de telles règles exorbitantes] et l'application pleine et entière du principe de la force obligatoire aux contrats administratifs »¹⁵⁹. (Pour d'autres illustrations : v. 2. *La force obligatoire des contrats administratifs épargnée*).

Par ailleurs, l'idée selon laquelle la jurisprudence relative à l'exécution des contrats administratifs n'est pas marquée, contrairement à ce qui est présenté de manière récurrente, de solutions exorbitantes trouve des échos au sein de la juridiction administrative. Ainsi, la rapporteur public, Mme Emmanuelle Cortot-Boucher, dans ses conclusions sur l'arrêt Béziers II¹⁶⁰, évoquait déjà cette idée. S'agissant du pouvoir de prendre des mesures d'exécution, dont notamment les mesures de résiliation unilatérale dont dispose l'administration, et dont la jurisprudence a longtemps refusé d'en contrôler la validité sur le terrain de l'excès de pouvoir, quitte à s'en résoudre à une indemnisation totale du cocontractant évincé de manière irrégulière (indemnisation du *damnum emergens* et du *lucrum cessans*)¹⁶¹, la rapporteur public concluait en ce sens : « Nous peinons à adhérer à l'idée que l'administration doit toujours pouvoir se séparer d'un cocontractant pourvu qu'elle soit prête à en payer le prix. Nous voyons là une seconde critique qui peut être adressée à la jurisprudence issue de votre décision Goguelat [arrêt Goguelat du 20 février 1868, Lebon p. 198, sur le refus d'annuler une mesure de résiliation irrégulière], et qui vise la faiblesse de ses fondements. / D'abord, ce n'est pas parce que l'administration dispose du pouvoir unilatéral de résilier un contrat administratif qu'elle doit être pour autant autorisée à en faire usage de manière illégale. Or dire que la sanction d'un usage irrégulier de ce pouvoir ne doit être, en toute hypothèse, que pécuniaire, c'est en réalité reconnaître à l'administration la possibilité de se soustraire au principe de légalité. C'est donc lui accorder un pouvoir exorbitant "au carré", dont on ne voit pas très bien la justification théorique. Ainsi, comme le notait un

¹⁵⁹ UBAUD-BERGERON (M.), *op. cit.*, n° 11.

¹⁶⁰ CE, sect., 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, dit Béziers II, Lebon p. 117, Dalloz Actualité - Étudiant, 11 avril 2011, avec les conclusions de la rapporteur public [accessible en ligne sur : https://actu.dalloz-étudiant.fr/fileadmin/actualites/pdfs/MARS_2015/ce21mars2011.pdf].

¹⁶¹ L'arrêt de principe : CE, 20 février 1868, *Goguelat*, Lebon p. 1868. La solution de cet arrêt portant sur les marchés publics de travaux a été à d'autres catégories de contrats, notamment les marchés publics de fourniture (v. not. CE, 9 janvier 1957, *Daval*, Lebon p. 955), les marchés publics de services (CE, sect., 24 novembre 1972, *Sté ateliers de nettoyage, teinture et apprêts de Fontainebleau*, Lebon p. 753), avant d'être enfin généralisée à tous les contrats administratifs par l'arrêt CE, 17 mars 1976, *Leclert*, Lebon p. 1008).

commentateur de votre jurisprudence : “On peut s'étonner qu'après tant d'efforts du juge pour plier l'administration au droit, grâce à un contrôle de légalité de plus en plus poussé (...) sur les actes unilatéraux, l'administration bénéficie de tant d'égards lorsqu'elle a choisi la voie contractuelle” ».

L'idée exprimée est que le pouvoir exorbitant dont dispose l'administration se trouve limité. Ainsi, statistiquement¹⁶², les règles exorbitantes qui impliquent une dissociation entre contrats administratifs et contrats de droit privé sont très peu utilisées. Et dans le cas où l'administration en ferait usage, ledit usage est très encadré et limité, de sorte qu'il est possible d'affirmer que le principe de la force obligatoire des contrats se trouve épargné et n'est nullement remis en cause par la théorie générale des contrats administratifs.

2. La force obligatoire des contrats administratifs épargnée

100.- L'importance des clauses du contrat. Si la question de la force obligatoire du contrat administratif se pose, en réalité, une question sous-jacente doit d'abord être examinée. Il s'agit de la place des stipulations contractuelles dans les sources du droit des contrats. La doctrine tend, en effet, à insister sur l'existence et la mise en œuvre des pouvoirs exorbitants et néglige presque complètement la place capitale qu'occupe les clauses du contrat dans le tissu des relations contractuelles¹⁶³. Contrairement à la doctrine civiliste, la doctrine publiciste ne se focalise pas sur la force obligatoire du contrat et situe au premier plan la question de l'adaptation du contrat administratif aux circonstances extérieures, de sa mutabilité, de sorte que les rôles s'inversent et ce qui est essentiel (la force obligatoire du contrat conclu) passe pour annexe¹⁶⁴. C'est d'ailleurs dans cette perspective qu'il est possible de repérer en jurisprudence des formules qui attestent de la volonté des juges de la juridiction administrative de respecter le principe capital de la force obligatoire du contrat.

101.- Exemples jurisprudentiels. D'abord, -et il n'y a pas lieu de revenir dans le détail sur cela (v. *supra*) -, il arrive au Conseil d'Etat de reproduire exactement le texte de l'article 1134 ancien du Code civil. Ainsi, il a été jugé, s'agissant d'un article litigieux d'un marché de travaux publics, que ledit article « comme toutes les stipulations du contrat, [faisait] la loi des parties »¹⁶⁵.

¹⁶² M. François LLORENS (ouvrage cité ci-dessous) relève que « De 1965 à 1982, la théorie du fait du prince n'a été invoquée que dans cinq ou six affaires [...]. Quant à celle de l'imprévision, elle a fait l'objet d'une quinzaine de jugements ..». S'agissant du pouvoir de modification unilatérale, il rappelle la réticence du CE à reconnaître à ce pouvoir le caractère de règle générale applicable à tous les contrats puisque la jurisprudence s'est basée d'abord sur la commune volonté des parties (CE 10 janvier 1902, *Cie nouvelle du Gaz de Déville-lès-Rouen*, Lebon p. 5), puis ensuite sur un texte réglementaire (CE 11 mars 1910, *Cie générale française des tramways*, Lebon p. 216).

¹⁶³ LLORENS (F.), « Le droit des contrats administratifs est-il un droit essentiellement jurisprudentiel ? », in *Mélanges offerts à Max Cluseau*, Presse I.E.P. Toulouse, 1985, p. 386.

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ CE, 7 mars 1902, *Sieur Bellet c. l'Etat*, Lebon p. 182.

Par ailleurs, sans rappeler la formule l'article 1134, la jurisprudence paraît fidèle au principe qui y est formulé. Ainsi, dans l'arrêt CE, Sect., 13 juillet 1956, *OPHLM du département de la Seine*¹⁶⁶, le CE avait jugé qu'il « *[n'appartenait] pas au juge administratif d'intervenir dans la gestion du service public en adressant sous menace de sanctions pécuniaires, des injonctions à ceux qui ont contracté avec l'administration* ». Cet arrêt n'est pas un simple arrêt d'espèce, puisque cette solution est aujourd'hui acquise en droit positif. Postérieurement, dans l'arrêt CE, 29 juillet 2002, *Centre hospitalier d'Armentières*¹⁶⁷, il a été jugé que « *il [n'appartenait] pas au juge administratif d'intervenir dans la gestion d'un service public en adressant, sous menace de sanctions pécuniaires, des injonctions à ceux qui ont contracté avec l'administration, lorsque celle-ci dispose à l'égard de ces derniers des pouvoirs nécessaires pour assurer l'exécution du contrat* ». D'ailleurs, la juridiction suprême limite davantage la possibilité d'intervention du juge lorsque, contrairement à ce qui a été envisagé jusqu'à présent, l'usage de moyens de contrainte à l'encontre du cocontractant est subordonné à une décision juridictionnelle (c'est-à-dire que l'administration ne peut pas exercer le privilège du préalable). Dans cette hypothèse exceptionnelle, le juge du contrat retrouve son droit « de prononcer, à l'encontre du cocontractant de l'administration, une condamnation, éventuellement sous astreinte, à une obligation de faire ». Le CE ajoute « qu'en cas d'urgence, le juge des référés peut, de même, sur le fondement des dispositions précitées de l'article L. 521-3 du code de justice administrative, ordonner, éventuellement sous astreinte, audit cocontractant, dans le cadre des obligations prévues au contrat, toute mesure nécessaire pour assurer la continuité du service public ».

Pour tirer une conclusion de ces arrêts (surtout le second où est en cause le référé conservatoire), il paraît clair que ledit référé (qui peut s'appréhender comme un pouvoir complémentaire qui s'ajoute aux pouvoirs dont dispose l'administration pour assurer la bonne exécution des contrats) est très encadré. Les limites qui encadrent la recevabilité de ce recours témoignent alors de la volonté de respecter la volonté des parties et éviter une immixtion injustifiée du juge des contrats, lequel se refuse de remettre facilement la force obligatoire du contrat, et ce même dans une procédure d'urgence.

102.- Les différends ont vocation à se résoudre conformément aux stipulations contractuelles. Les pouvoirs spéciaux, même juridictionnels, ne sont que des annexes : « une large zone de l'exécution du contrat est couverte par le jeu des stipulations contractuelles »¹⁶⁸, de sorte que l'exorbitance n'est plus un privilège que l'administration exerce au quotidien. Le quotidien contractuel est régi par du droit écrit, c'est-à-dire notamment par les clauses contractuelles, de sorte que la plupart des aspects de la relation contractuelle, notamment les plus importants, ne sont pas réglés par l'œuvre jurisprudentielle du CE relative aux pouvoirs exorbitants¹⁶⁹. Le CE s'attache quand même à la force obligatoire du contrat, et cela a par ailleurs causé une

¹⁶⁶ CE, Sect., 13 juillet 1956, *OPHLM du département de la Seine*, Lebon p. 338.

¹⁶⁷ CE, 29 juillet 2002, *Centre hospitalier d'Armentières*, Lebon p. 307.

¹⁶⁸ VEDEL (G.), DELVOLVÉ (P.), *Droit administratif*, Thémis, 8e éd., p. 353.

¹⁶⁹ LLORENS (F.), *op. cit.*, pp.387-389.

certaine réticence du juge à intervenir de manière assez opératoire dans l'exécution du contrat, comme le font depuis longtemps les juges de l'autorité judiciaire.

B. Une réticence juridictionnelle nuancée

1. Le rejet initial du forçage du contrat par le juge administratif

103.- La force obligatoire épargnée. Contrairement à la présentation traditionnelle du contentieux de l'exécution des contrats qui porte une attention très particulière aux arrêts qui reconnaissent un pouvoir qui remet en cause la force obligatoire des contrats en droit administratifs, et à ceux qui caractérisent le rigorisme contractuel en droit privé, il est parfois arrivé à la jurisprudence administrative de s'attacher à ladite force obligatoire là où les juges de l'autorité judiciaire n'ont éprouvé aucun embarras à intervenir dans les relations contractuelles. Jusqu'à une période très récente, lorsque la contestation du contrat émanait d'un tiers, la juridiction administrative limitait sa compétence aux actes détachables¹⁷⁰, alors que l'autorité judiciaire se saisissait du contrat-même dès lors que le tiers justifiait d'un intérêt à agir.

D'ailleurs, on ne manque de signaler que l'ordonnance de 2016 va également dans ce sens en matière d'imprévision, puisque la théorie générale des contrats en droit administratif limite les pouvoirs du juge à l'allocation de dommages-intérêts. En revanche, l'ord. de 2016 reconnaît au juge un pouvoir subsidiaire d'intervention (en l'absence d'une entente amiable), avec des pouvoirs peu encadrés. Le législateur semble alors laisser au juge le pouvoir de choisir librement entre la révision et la résolution¹⁷¹. Ainsi, Terré *et al.* soulignent qu'en « l'absence de "garde-fou (...) tout semble donc possible et l'inventaire de ces possibles fait frissonner" : le juge pourra changer le prix mais aussi redéfinir le produit, modifier les conditions d'exécution- délai, critères de qualité, responsabilité encourue, garanties... Le juge est ainsi "érigé en corédacteur du contrat" ou à tout le moins en "correcteur *ex post* du contrat" ». La formule est révélatrice et permet de s'interroger si le juge administratif est vraiment le seul juge de la mutabilité contractuelle !

104.- Par ailleurs, parfois l'attachement à la force obligatoire est très poussé et s'avère assez discutable. Ainsi en est-il de la jurisprudence du CE qui avait reconnu la possibilité pour une personne privée de se lier par une convention qui lui attribue une indemnisation inférieure à l'étendue de son préjudice effectif. Un contrat fait alors échec à l'une des règles fondamentales du droit de la responsabilité : la réparation totale du préjudice¹⁷².

¹⁷⁰ UBAUD-BERGERON (M.) et GAHDOUN (P.-Y.), *op. cit.*, p. 321.

¹⁷¹ TERRÉ et coll., *op. cit.*, pp. 720-721.

¹⁷² CE, 4 mai 2011, *CCI Nîmes, Uzès, Bagnols, Le Vigan*, Lebon p. 205 : « rien ne s'oppose en revanche à ce que ces stipulations prévoient une indemnisation inférieure au montant du préjudice subi par le cocontractant privé de l'administration ».

105.- Une jurisprudence dépassée ?. Néanmoins, les évolutions des pouvoirs du juge dans diverses branches du droit administratif, et notamment en matière de marchés publics, ont permis de remettre en question cette réticence à intervenir dans les relations contractuelles. Par exemple, en matière de contrats de marché de fournitures, notamment de matières premières dont le prix est directement affecté par les fluctuations de cours mondiaux, un décret du 25 août 2011 modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats de la commande publique¹⁷³, ouvre la possibilité de procéder à des révisions du prix « non seulement en fonction d'une référence unique, mais également d'une formule représentative de l'évolution du coûts des prestations, laquelle peut inclure un terme fixe, afin, comme l'indique la Direction des affaires juridiques [du ministère de l'Économie], " de lisser les prix, à la hausse ou à la baisse, et d'opérer un partage équitable entre acheteurs et fournisseurs des risques de dérive des cours des matières premières" »¹⁷⁴.

Ainsi, si le législateur admet, sous le contrôle de la juridiction administrative, une telle mutabilité des contrats administratifs, non dans un but de protection de l'intérêt général ou de continuité du service public, mais de conservation des intérêts des parties, et à l'efficacité de l'instrument contractuel (qui ne ruine pas les intérêts financiers du cocontractant), le juge, qui par ailleurs s'était permis une immixtion totale dans l'action administrative unilatérale via le recours pour excès de pouvoir, était alors amené à repenser son office en matière contractuelle. En effet, dans ce plein contentieux, la doctrine n'a cessé de manifester son insatisfaction. C'est ainsi que la réforme de l'office du juge administratif permet de le rapprocher de l'office des juges de l'autorité judiciaire, et donc, de repenser la nécessité de diviser le contentieux et les théories des contrats.

2. La refonte de l'office du juge administratif

106.- Le juge de l'autorité judiciaire : interventionnisme. Contrairement au juge administratif, le juge judiciaire disposait d'un large panel de pouvoirs au regard du contrat. Terré *et al.* en font une liste détaillée qui permet de mesurer à quel point le juge pouvait se saisir du contrat et modifier la vigueur du lien contractuel. Ainsi, le législateur attribue de larges pouvoirs au juge : pouvoir de modifier à la baisse ou à la hausse d'une clause pénale (article 1231- 5, al. 2; anc. art. 1152 al. 2), pouvoir d'accorder des délais de grâce au *solvens* (article 1343- 5 du code civil ; anc. art. 1244- 1 tel qu'il résulte de la loi du 9 juillet 1991), le régime spécial du surendettement des particuliers découlant de la loi NEIERTZ du 31 décembre 1989 et des modifications postérieures, qui permet au juge de suspendre le paiement des obligations, ou encore les

¹⁷³ Décret n° 2011-1000 du 25 août 2011 modifiant certaines dispositions applicables aux marchés et contrats de la commande publique.

¹⁷⁴ ECKERT (G.), « La réforme des dispositions financières du code des marchés publics », *Contrats et Marchés publics*, Octobre 2011.

échelonner, ou encore les pouvoirs attribués au juge en cas de déséquilibre significatif (v. *supra*)¹⁷⁵. Ces pouvoirs ont été davantage étendus avec la reconnaissance de l'imprévision en droit civil, puisque l'article 1195 al. 2 CCiv. permettait au juge, en cas de refus ou d'échec de la renégociation et d'une demande en ce sens par l'une des parties, de procéder à l'adaptation du contrat. D'ailleurs, à défaut d'accord entre les parties dans un délai raisonnable, le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe.

107.- L'office du juge de la juridiction administrative : évolutions. Parallèlement, la juridiction administrative avait franchi un pas important en procédant à la refonte de l'office du juge des contrats dans le contentieux de l'exécution. Le Conseil d'État était par exemple venu consacrer un véritable *modus operandi* pour la sanction des irrégularités contractuelles (au stade de la formation du contrat, mais également au stade de son exécution, s'agissant des mesures de résiliation unilatérale). Ainsi, dans le contentieux contractuel, le juge dispose d'un large panel de pouvoirs et de solutions différentes depuis les arrêts Béziers I de 2009¹⁷⁶ et Béziers II de 2011¹⁷⁷ : il pourra ordonner (ou refuser) la poursuite des relations contractuelles (avec ou sans mesures de régularisation), allouer des dommages-intérêts uniquement, ou enjoindre de poursuivre les relations contractuelles en sus de l'indemnisation.

Or, l'extension récente de l'office du juge civil pourrait inciter la juridiction administrative à faire évoluer le droit positif pour assimiler l'office des juges des deux ordres juridictionnels, dès lors que l'objet poursuivi, qui est le rééquilibrage du contrat, paraît commun¹⁷⁸. Il n'est ainsi pas envisageable pour la jurisprudence administrative d'admettre une intervention du juge sur les clauses du contrat. À ce moment, la ressemblance entre droit des contrats privé et administratif serait poussée à l'extrême, et il serait possible de s'interroger si le droit privé a-t-il vocation à absorber le droit des contrats administratifs, à l'intégrer dans sa théorie spéciale des contrats.

Section 2 – Esquisse d'une identité contractuelle

108.- Introduction. Dans la matière contractuelle, la tendance à l'uniformisation du droit est omniprésente. D'ailleurs, la tendance ne se résume pas au droit des contrats. Ainsi, en 1952, Charles Eisenmann démontrait déjà que la distinction en droit français entre droit public et droit privé avait un « caractère essentiellement

¹⁷⁵ TERRÉ (F.) et coll., *op. cit.*, p. 704.

¹⁷⁶ CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, dit « Béziers I », Lebon p. 509.

¹⁷⁷ CE, sect., 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, dit Béziers II, Lebon p. 117.

¹⁷⁸ CARIN (R.), MERMECH (H.) et RADAFSHA (C.) « L'ordonnance portant réforme du droit des contrats : quels enseignements pour le droit des contrats administratifs ? », in *BJCP*, Septembre – Octobre 2016, p. 331.

pratique », lequel ne constituait qu'un « objet d'étude ou d'enseignement »¹⁷⁹. En effet, il n'est pas envisageable dans un même ordre juridique de concevoir une parataxe de deux sous-ensembles, deux ordres juridico-juridictionnels totalement étanches et antagonistes. Cette remarque se trouve, par ailleurs, affirmée en pratique notamment par le dialogue des juges et la pratique des questions préjudicielles, mais également par la possibilité offerte à un juge de l'autorité judiciaire de faire application du droit administratif¹⁸⁰ et vice versa. Or, il n'en demeure pas moins qu'en matière de droit administratif, la doctrine a toujours eu ce réflexe d'opposer les solutions de fond par principe, en affirmant ainsi l'autonomie du droit administratif au regard des règles du droit privé¹⁸¹. À partir de la fameuse décision *Blanco* de 1873¹⁸², par un argument d'opportunité, le commissaire au gouvernement David inaugure la compétence de la juridiction administrative en matière de responsabilité de l'Administration. Et en vertu de la règle fondamentale de la liaison de la compétence au fond, le droit administratif devient applicable. À partir de ce moment, la doctrine n'a cessé de rappeler l'autonomie du droit administratif, qui est une autonomie procédurale, mais également substantielle. Or, il s'agit là d'une « interprétation constructiviste » et qui se base sur des arguments fragiles qui ne peuvent « à l'aube du XXIe siècle continuer à justifier l'autonomie du droit administratif »¹⁸³.

109.- Plan. Ces considérations amènent ainsi à repenser l'autonomie du contrat administratif. En effet, la réforme du droit des obligations de 2016 ne fait que consolider des solutions antérieures déjà empruntées par la jurisprudence administrative au droit civil - de source écrite ou jurisprudentielle - (§1). Ainsi, au regard de la souplesse offerte par la réforme, il paraît possible de s'interroger sur la possibilité d'intégrer le contrat administratif dans la théorie spéciale des contrats privés, au mépris de la distinction classique qui caractérise le droit français (§2).

§1 – Le droit privé réformé : ratio scripta d'une théorie générale ?

110.- Plan. La majorité des travaux en doctrine permettent de montrer que l'élaboration du droit administratif des contrats s'est inspirée du droit civil. En effet, les règles écrites en droit administratif s'étaient bornées pendant longtemps à décrire les organes (de l'administration) et les procédures qui

¹⁷⁹ WALINE (J.), *la théorie générale du contrat en droit civil ...*, op. cit., pp. 965-966, citant EISENMANN (C.), « Droit public - Droit privé, en marge d'un livre sur l'évolution du droit civil français du XIXe au XXe siècle », in *RDP*, 1952, p. 903.

¹⁸⁰ En ce sens : Civ., 23 novembre 1953, *Trésor public c. Giry*, Bull. civ., II, p. 407 : le juge de l'autorité judiciaire, connaissant des litiges mettant en cause le service public judiciaire, fait application du droit administratif.

¹⁸¹ WALINE (J.), *La théorie générale du contrat en droit civil ...*, op. cit., p. 966.

¹⁸² TC, 8 février 1873, *Blanco*, Lebon, p. 61.

¹⁸³ WALINE (J.), *loc. cit.*

encadrent l'action de ces organes¹⁸⁴. Ainsi, face au caractère lacunaire du droit administratif quant à la question des liens juridiques que l'administration bâtit avec les administrés, les juges de la juridiction administrative ont naturellement eu le réflexe de combler les lacunes à partir du corpus juridique du Code civil tel que développé par leurs homologues de l'autorité judiciaire. Ces emprunts au droit civil ne sont pas remis en cause par l'ordonnance du 10 février 2016 (A). C'est ainsi que l'unité du droit en matière contractuelle a longtemps attiré l'attention d'une partie de la doctrine publiciste et qui mérite d'être repensée à l'aune de la réforme du droit des obligations de 2016 (B).

A. Des lacunes précédemment comblées

111.- Remarque préliminaire. Les développements qui suivent servent en réalité à actualiser les travaux de la doctrine en la matière. En effet, comme le précise M. Delvolvé, la réforme du code civil ne peut pas laisser indifférents ceux qui s'occupent du droit administratif. Le Code civil n'a jamais été totalement étranger au droit administratif, puisque les dispositions de ce code avaient fait précédemment l'objet d'utilisation en droit administratif, ou du moins ont été sources d'inspiration¹⁸⁵. Les travaux doctrinaux mettent en lumière l'attention particulière que les juristes publicistes ou même privatistes portent envers cette question. Ils permettent de saisir la similitude, si ce n'est l'unicité des solutions surtout au stade de la formation du contrat et de sa fin. Il paraît alors nécessaire d'examiner, dans la continuité de ces travaux, notamment la thèse de M. B. Plessix, dans quelle mesure les nouvelles dispositions introduites par la réforme vont-elles affecter le corpus du droit administratif. Nous nous limiterons à la formation du contrat et à sa fin, dans la mesure où la phase d'exécution a été examinée précédemment.

1. La formation du contrat

112.- Chronologie. S'il s'agit d'examiner la phase formation du contrat, il paraît opportun de signaler que ce moment n'est pas ponctuel. Ainsi, il paraît nécessaire de le découper afin d'analyser dans chaque section la place que jouent les dispositions du code civil. La découpe la plus pédagogique paraît celle qui correspond la chronologie de la formation du contrat. Ainsi, se pose d'abord la question des conditions relatives aux cocontractants : leur qualité pour contracter et ensuite, l'expression de leur volonté de contracter. Ensuite, vient la question des conditions relatives non pas aux parties, mais au contrat lui-même. Ensuite, se pose la question des nullités du contrat qui sanctionnent les conditions de la validité du contrat et de sa formation, et qui permettront d'avancer dans notre analyse vers la fin du contrat¹⁸⁶.

¹⁸⁴ PLESSIX (B.), *L'utilisation ..., op. cit.*, p. 84.

¹⁸⁵ DELVOLVÉ (P.), « Les nouvelles dispositions du code civil et le droit administratif », in *RFDA* 2016, p. 613, §1.

¹⁸⁶ Cette découpe est inspirée du plan adopté par M. Bénabent dans son ouvrage, *Droit des obligations, op. cit.*

- 113.- Les conditions relatives aux parties.** La théorie générale des contrats privés n'occupe pas la même place au sein du droit des contrats administratifs selon qu'il s'agit de la qualité pour contracter ou de l'expression de la volonté pour contracter.
- 114.- La qualité pour contracter.** S'agissant de la qualité pour contracter, le droit privé ne joue pas, puisque les personnes publiques exercent des compétences en vertu d'habilitations spéciales qui ne découlent (logiquement) pas du droit privé. La capacité d'exercice et de jouissance des personnes publiques ne se détermine pas à partir des règles applicables aux particuliers.
- 115.- L'expression de la volonté pour contracter.** En revanche, s'agissant de l'expression de la volonté pour contracter, c'est-à-dire l'expression d'un consentement libre et éclairé, la jurisprudence a utilisé directement les règles du code civil, ou du moins a procédé à des emprunts aux règles civilistes, c'est-à-dire des principes qui sont contenus dans ces règles. Or, l'article 1130 nouveau reprend les principes posés par l'ancien article 1109 en les modernisant. Le Conseil d'État faisait référence à la version ancienne du texte¹⁸⁷, il est prévisible de le voir utiliser les textes résultant de l'ord. de 2016¹⁸⁸. D'ailleurs, cet usage commun ne concerne pas seulement les solutions qui étaient déjà présentes dans le Code civil, mais les éléments de droit positif codifiés par l'ordonnance de 2016, notamment la réticence dolosive (art. 1137 nouveau)¹⁸⁹.
- 116.- Les conditions relatives au contrat.** Le même constat peut être établi : absence d'utilisation des règles sur le formalisme, et utilisation des règles sur le contenu du contrat.
- 117.- Le formalisme du contrat.** Qu'il soit requis *ad validitatem* ou encore *ad probationem*, le formalisme prévu par le Code civil ou l'ordonnance de 2016 n'affectera pas le droit des contrats administratifs. M. Delvolvé reprend une formule d'un arrêt de la CAA de Paris qui est assez révélatrice : « il appartient au juge de former sa conviction à partir des éléments du dossier et notamment de ceux produits par l'abonné qui doit apporter des indices concordants de nature à faire tenir ces facturations comme ne correspondant pas à l'utilisation effective de l'installation ; ...ainsi les dispositions de l'article 1315 du code civil ne sauraient trouver application en l'espèce »¹⁹⁰. Le président Odent a également souligné cette autonomie du droit de la preuve en matière administrative par rapport à la procédure civile.
- 118.- Le contenu du contrat.** Cependant, s'agissant du contenu du contrat, le droit civil a servi à l'élaboration de la jurisprudence administrative. S'agissant de l'objet du contrat, M. Jean Waline constate l'unicité du concept en droit administratif et en droit civil : selon l'auteur, « en droit privé les contrats dont l'objet est

¹⁸⁷ D'ailleurs, le CE a jugé que l'erreur sur la substance n'est pas une cause de nullité du contrat : CE, 28 décembre 1917, *Belmont*, p. 878.

¹⁸⁸ DELVOLVÉ (P.), *op. cit.*, n° 24.

¹⁸⁹ Pour une illustration récente : s'agissant de la sanction d'une réticence dolosive dont a été victime la SNCF à l'occasion de la passation d'un marché : CE 19 décembre 2007, *Société Campenon-Bernard et autres*, Lebon p. 507.

¹⁹⁰ CAA Paris, 5 mars 1992, n° 89PA02503, inédit au Lebon, cité par DELVOLVÉ (P.), *op. cit.*, n° 13.

impossible sont entachés de nullité. La doctrine admet que la même règle s'applique aux contrats administratifs »¹⁹¹.

D'ailleurs, la disparition de la notion de cause en droit civil ne remet pas en cause la jurisprudence du CE qui a emprunté cette notion au Code civil. D'ailleurs, si la cause disparaît du nouvel art. 1128 du Code civil, les fonctions de cette notion ont été consolidées dans les nouveaux art. 1162 et surtout l'art. 1169 qui dispose que « un contrat à titre onéreux est nul lorsque, au moment de sa formation, la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire ».

Enfin, les utilisations et emprunts ne se limitent pas au stade de la formation du contrat. Le droit civil a également nourri le droit administratif s'agissant des règles sur la nullité.

2. *La fin du contrat*

119.- Une affirmation à nuancer. Le commissaire du gouvernement Corneille dans ses conclusions sur l'arrêt CE, 23 mars 1917, *Péchin*, écrivait que « du moment où nous sommes ici en matière de contrats de service public, les principes généraux de la théorie des nullités doivent s'appliquer, car ce sont des principes généraux que le Code civil, par exemple, n'a fait qu'adapter dans divers de ses articles à des cas particuliers; et les principes généraux des contrats ne doivent pas rester étrangers aux contrats des services publics en tant qu'ils ne sont point contraires aux caractères propres de ces contrats »¹⁹². Par conséquent, les nouveaux articles 1178 à 1184 devraient avoir vocation à être utilisés par la jurisprudence administrative. Ces articles adoptent la théorie moderne des nullités : la nullité est absolue lorsque la règle violée a pour objet la sauvegarde de l'intérêt général. Elle est relative lorsque la règle violée a pour seul objet la sauvegarde d'un intérêt privé. L'analyse ne repose donc plus sur la gravité du vice en se plaçant du point de vue du contrat. Néanmoins, il faut nuancer cette affirmation car, même si la nullité absolue résultant de l'ord. de 2016 « eut rappeler dans une certaine mesure les formules des jurisprudences Commune de Béziers et Département de Tarn-et-Garonne »¹⁹³, les solutions ne sont pas identiques.

120.- Mais au-delà de ces particularités, les points communs se multiplient et la doctrine n'a donc pas cessé d'appeler à la réunification des théories générales des contrats.

B. Une unification à échafauder

1. *Des revendications lointaines*

¹⁹¹ WALINE (J.), *op. cit.*, pp. 979-980, citant AUBY (J.-M.), *Revue de jurisprudence*, RDP, 1960, p. 191.

¹⁹² CE, 23 mars 1917, *Péchin*, Lebon p. 264, conclusions du commissaire Corneille : RDP 1917, p. 269 et s.

¹⁹³ DELVOLVÉ (P.), *op. cit.*, n° 25.

121.- Une doctrine anti-autonomiste. Face à cette ingérence du droit privé dans le droit administratif, la matière contractuelle a permis à une doctrine de souligner que l'instrument contractuel constitue un « terrain privilégié de l'unité du droit »¹⁹⁴, du *jus universum*. Cette école doctrinale s'est ainsi engagée à appréhender les emprunts au droit privé déjà réalisés en droit positif, en mettant en lumière les résultats finaux, sans pour autant prendre en considération les origines des emprunts et leurs justifications particulières.¹⁹⁵

La méthode employée par cette doctrine de l'unité du droit consiste en un travail de comparaison « mettant en avant de troublantes similitudes entre droit administratif et droit civil afin d'ébranler le dogme de l'autonomie du droit des contrats administratifs »¹⁹⁶. Les travaux de cinq auteurs permettent de représenter cette doctrine. Il s'agit de R. Drago et MM. J. Waline, F. Llorens, J. Ghestin et M. Sinkondo. Les développements qui suivent retracent les grandes idées de certains d'entre eux.

122.- Présentation des idées de R. Drago. Déplorant l'oubli du *do ut des* en droit des contrats administratifs, R. Drago s'était engagé dans ses écrits à remettre en cause la tendance à « insister sur le critère du contrat et de [mise] en valeur [des] prérogatives de l'administration [qui avait] étouffé toute idée contractuelle »¹⁹⁷. Ainsi, partant du constat de l'âge d'or de la concession de service public et leur centralité dans la jurisprudence relative aux contrats administratifs entre 1890 et 1930, l'auteur souligne le caractère exorbitant de ces contrats par rapport à la théorie des contrats administratifs¹⁹⁸, car, selon lui, elles constituent « moins un contrat qu'un procédé de gestion du service public »¹⁹⁹. En outre, il est amené à mettre en exergue le caractère consensuel des marchés publics, lesquels « se négocient dans un monde concurrentiel et seuls les intérêts des parties comptent »²⁰⁰. Pour l'auteur, ces contrats reflètent la réalité des contrats administratifs, qui ne se résume pas en la vision idyllique de l'administration qui contracte avec « des sortes de saints qui [acceptent] de se soumettre à toutes les volontés de l'administration pour satisfaire le bien commun ».

123.- Deux grandes lignes caractérisent ainsi son raisonnement : *d'une part*, Drago met en exergue des éléments liés au respect de la force obligatoire du contrat, d'ordre technique²⁰¹ ou doctrinal²⁰². Ainsi, les

¹⁹⁴ PLESSIX (B.), *Droit administratif général*, LexisNexis, coll. « Manuel », 2e Éd., 2018, p. 1145.

¹⁹⁵ PLESSIX (B.), *L'utilisation ..., op. cit.*, p. 713.

¹⁹⁶ *Ibid.*, p. 715.

¹⁹⁷ DRAGO (R.), « Paradoxes sur les contrats administratifs », in *Etudes offertes à Jacques Flour*, 1979, p. 152.

¹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 153.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 152.

²⁰¹ Ainsi, il cite l'ancien art. 255 *bis* du code des marchés publics (édition 1964) selon laquelle lorsque le montant des prestations exécutées atteint le montant fixé par le marché, la poursuite de l'exécution des prestations est subordonnée à ce qui est prévu par le contrat (clause prévoyant une décision de poursuivre prise par la collectivité ou l'établissement contractant), sinon à un commun accord des parties.

²⁰² Il cite notamment en p. 154 la discussion en doctrine sur la possibilité d'étendre à tous les contrats administratifs la règle exorbitante relative au pouvoir de modification unilatérale conceptualisé par le commissaire du

règles exorbitantes du droit commun ne sont pas présentées comme le cœur même de la théorie générale des contrats administratifs. Cela amène Drago, *d'autre part*, à souligner l'application de règles civilistes en droit administratif des contrats, de sorte qu'une éventuelle codification des règles applicables aux contrats administratifs ferait « apparaître des règles de fond qui viendraient du droit des contrats issus du Code civil ou des usages commerciaux » et qui permettrait à l'observateur de remarquer que « l'élément contractuel fondé sur les principes du droit civil pourrait l'emporter sur les notions spécifiques du droit administratif »²⁰³.

124.- Présentation des idées de M. J. Waline. Par ailleurs, l'approche de M. Waline rejoint celle de Drago dans la mesure où le premier entreprend également un travail comparatiste qui montre l'emploi en droit des contrats administratifs de règles identiques à celles du droit civil et de l'autorité judiciaire. M. Plessix dans sa thèse recense le listage exhaustif opéré par l'auteur. Ainsi, ces règles concernent « l'échange des consentements, formation du contrat par correspondance, promesse de contrat, vices du consentement, objet et cause, théorie des nullités, autonomie de la volonté, interprétation et effet relatif des contrats, action oblique, compensation, quasi-contrats »²⁰⁴. Dans son article cité précédemment, s'agissant de la question de savoir dans quelle mesure les solutions du droit administratif des contrats s'écartent-elles des règles civilistes, l'auteur réaffirme de manière ferme que « la notion même de "contrat" est une *notion juridique générale* et n'est pas, en tant que telle, plus une notion "civiliste" qu'une notion "administrativiste". Dès lors la logique voudrait qu'à un *concept unique* corresponde une *théorie générale unique*, commune aux deux disciplines »²⁰⁵.

125.- Présentation des idées de M. F. Llorens. Dans cette même perspective, M. Llorens, dans sa thèse dirigée par M. M. Waline se prête également à un travail comparatiste entre contrat d'entreprise (de droit privé) et marché de travaux publics, puisqu'il la présente comme une contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif. Cet auteur va également, dans un plan qui traite le contrat chronologiquement (formation, exécution, fin du contrat), souligner l'application des règles du code civil. « Arrivé au terme de sa démonstration, [l'auteur a pu naturellement -puisque sa démarche se contente également de juxtaposer les solution-] constater "l'identité fondamentale des contrats", la "prépondérance des similitudes", impliquant la « remise en cause des théories particularistes" et la "démystification des principes spécifiques du marché des travaux publics", et, finalement, mettre en doute l'utilité de la dualité juridictionnelle »²⁰⁶.

gouvernement Léon Blum dans ses conclusions sur l'arrêt CE, 11 mars 1910, *Cie générale française des tramways*. L'auteur insiste ainsi sur le caractère spécial de la règle qui relève d'un contrat de concession.

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ PLESSIX (B.), *L'utilisation ..., op. cit.*, p. 717, citant WALINE(J.), *Recherches sur l'application du droit privé par le juge administratif*, Thèse droit, Paris, 1962, pp.252-307.

²⁰⁵ WALINE (J.), *La théorie générale du contrat en droit civil ..., op. cit.*, p. 967.

²⁰⁶ PLESSIX (B.), *L'utilisation ..., op. cit.* p. 718.

126.- Or, cette tendance à remettre en cause la dualité juridictionnelle amène nécessairement à repenser cette tradition fondamentale du droit français. Ainsi, un argument tiré du droit international privé pourrait venir au soutien des propos anti-autonomistes.

2. Une piste attrayante : le modèle de la *lex contractus* du règlement Rome I

127.- **Actualisation du discours doctrinal.** Ainsi, un raisonnement internationaliste a pu attirer notre attention dans la mesure où il permet de repenser la *summa divisio* entre contrat privé et contrat administratif. En effet, il s'agit de raisonner *a pari* à partir du modèle proposé par l'art. 3§3 du règlement Rome I²⁰⁷ relatif à la détermination de la loi applicable au fond pour un contrat interne, c'est-à-dire un contrat intervenu dans une situation comportant un conflit de lois²⁰⁸. Dans le paragraphe 3 dudit article 3 relatif au cas de la liberté de choix de la *lex contractus* par les parties, il est prévu que lorsque tous les autres éléments de la situation sont localisés, au moment dudit choix, dans un pays autre que celui dont la loi est choisie, le choix des parties ne porte pas atteinte à l'application des dispositions auxquelles la loi de cet autre pays ne permet pas de déroger par accord. En résumé, cette stipulation soumet une situation à trois différentes strates de règles : d'abord, la situation est régie par le contrat (première strate). Ce contrat dit interne est régi par la loi choisie par les parties (*lex contractus*) (2e strate), mais ce faisant, on ne peut pas échapper aux dispositions impératives de la loi de l'État de l'unilocalisation (3e strate).

Quelle utilité en droit administratif ? Ce que nous proposons, c'est d'essayer d'imaginer un contrat de droit privé, dont la *lex contractus* serait une législation générale ou encore une législation spéciale relative aux contrats conclus par l'administration. Dans ce libre choix, il ne devrait pas y avoir de craintes car le tout est soumis aux dispositions impératives de la *lex fori* (qui incluent les solutions de la jurisprudence administrative relative aux contrats conclus par l'administration). Autrement dit, l'administration peut contracter via l'instrument contractuel de droit privé. Dans ce contrat, elle choisira de se soumettre à une loi : soit à un texte qui codifie le droit des contrats publics (à l'image du code de la commande public) dans le meilleur des cas²⁰⁹, ou à défaut, au code civil. L'intérêt général ne serait point sacrifié, puisque les solutions d'adaptation spéciales dégagées par la juridiction administrative peuvent être considérées comme des principes généraux du droit applicables aux contrats de l'administration, principes impératifs qui ne

²⁰⁷ Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

²⁰⁸ Terminologie archaïque d'un point de vue unilatéraliste, mais que nous ne discuterons pas dans nos développements.

²⁰⁹ Ce texte serait nécessairement législatif puisque la Constitution, dans son article 34, inclut dans le domaine de la loi la détermination des « principes fondamentaux [...] des obligations civiles et commerciales ».

peuvent être éludés par l'administration via des clauses contraires dans le contrat - il s'agit ainsi d'une actualisation de la jurisprudence *Eurolat* de 1985²¹⁰ -.

Or, à ce moment, le contrat administratif autonome et exorbitant du droit commun réintègre aisément le genre du contrat privé et dont les espèces sont différentes (les contrats spéciaux). Le contrat administratif devient un contrat spécial de droit privé. Les critères de répartition des compétences n'ayant plus d'existence dans ce raisonnement, l'existence d'une juridiction administrative appartenant à un autre ordre juridictionnel ne devient plus justifiée en matière contractuelle. Poussé à l'extrême, ce raisonnement permettrait même de dire que la juridiction administrative pourrait devenir une juridiction spécialisée dans un ordre juridictionnel unifié à l'image de ce qui se passe dans de nombreux droits étrangers.

128.- Quelle qu'en soit la solidité d'un tel projet, celui-ci se révèle très ambitieux, voire même osé, et n'en demeure pas moins critiquable, dans la mesure où la dimension internationale ne saurait parfaitement être assimilée à une pure situation de droit interne. Il ne paraît pas vraisemblable qu'il soit réalisable dans l'état actuel du droit. Néanmoins, nous essayerons quand même d'essayer de nous interroger sur la possibilité de sa réalisation.

§2 – Le contrat administratif : un contrat spécial de droit privé ?

129.- Plan. Afin d'achever ce papier, il paraît alors nécessaire d'essayer de réfléchir, au regard des nouveautés introduites par la réforme de 2016, sur la possibilité d'unifier les théories des contrats privés et administratifs sous l'égide d'une théorie commune. Le choix d'un titre très audacieux se justifie alors par la nécessité de pousser à l'extrême cette esquisse des éléments d'identité contractuelle en droit français, ces éléments qui amènent à promouvoir le projet de théorie générale unifiée (A). À ce stade, il paraît alors nécessaire d'opposer ces éléments à la position classique du droit positif, de la *summa divisio* (B).

A. La convoitise d'une théorie générale

1. La normalité des similitudes

130.- Étendue des similitudes. En réalité, les similitudes s'observent en deux temps : d'abord, la similitude des solutions, ensuite la similitude des nécessités.

131.- Similitude des solutions. À la base, la forme contractuelle était inspirée du droit privé, et il n'y aurait de plus artificiel que de nier cette réalité. Ainsi, l'existence de réglementations spéciales qui s'appliquent spécialement aux contrats administratifs ne suffit pas à éradiquer les aspects contractuels intrinsèques,

²¹⁰ CE, 6 mai 1985, *Association Eurolat et Crédit foncier de France*, Lebon p. 141.

lesquels sont identiques aux contrats conclus sous l'empire du Code civil. Il s'agit ainsi du même rapport qui existe entre un contrat de droit commun et un contrat spécial, notamment un bail commercial soumis au Code de commerce, ou encore un contrat de cautionnement conclu par une personne physique et un professionnel, soumis au droit de la consommation. Cela permet alors d'expliquer pourquoi le contrat administratif contractualise les pouvoirs spéciaux de l'administration comme le fait un contrat de droit privé en contractualisant une loi ou des incoterms. Un contrat est un outil de sécurité et de rationalisation des relations. Les enjeux sont alors communs (formation du contrat, nullité du contrat, etc.), et les solutions se rejoignent logiquement, même si la juridiction administrative a parfois tendance à ne pas se référer aux solutions du Code civil, de sorte que la divergence est seulement d'ordre formel, alors que le fond est identique : « seule une étrange pudeur paraît expliquer [le mutisme de la jurisprudence administrative qui viendrait] nier toute dette envers le droit privé »²¹¹.

132.- *Similitude des nécessités.* Cette idée de rationalisation des relations évoque également la question de la similitude des nécessités. En effet, dans le cas où les sources de droit écrit ne permettent de régir la plupart des aspects de la relation obligationnelle, la jurisprudence trouve toute sa place pour poser « les principes fondamentaux de la matière ». Tel fut le cas de la jurisprudence de la Cour de cassation face à un droit des obligations qui demeura intact depuis 1804. Tel fut également le cas de la jurisprudence du Conseil d'État²¹². D'ailleurs, au vu des développements ci-dessus exposés relatifs au caractère accessoire des règles exorbitantes qui composent la théorie générale des contrats administratifs, il s'agit alors de repenser l'opportunité de la distinction entre contrat administratif et contrat privé dans la mesure où « l'essentiel des relations contractuelles est réglé par le texte d'une convention qui a force obligatoire »²¹³. Il s'avère alors que cette distinction est d'ordre purement procédural, et qu'au fond du droit, la disparition de l'une des juridictions « n'entraînerait ni perte d'identité, ni conséquences graves, ni même regret profond [...] À partir du moment [...] où les rapports contractuels sont régis pour l'essentiel par des normes écrites, et où les théories jurisprudentielles font figure, à tous égards, de règles exceptionnelles, il y a tout lieu de penser que le changement de compétence n'entraînerait aucune mutation fondamentale du droit applicable »²¹⁴.

133.- *Relativisation des similitudes.* Mais, unifier le contentieux ne veut pas dire nécessairement unifier la théorie des contrats.

D'ailleurs, ce qui porte certains à affirmer la nécessité d'abandon pour les plus audacieux, l'inutilité pour les plus mesurés, du partage de compétences est une confusion que l'on peut rattacher à ce que le doyen Duguit appelait autrefois « l'échelle de la domanialité », et que nous tenterons d'appeler également « l'échelle de

²¹¹ LLORENS (F.), *op. cit.*, p. 388.

²¹² *Ibid.*

²¹³ *Ibid.*, p.396.

²¹⁴ *Ibid.* p. 396-397.

l'exorbitance »²¹⁵. Ces commentateurs perdent de vue en réalité que le droit applicable au contrat ne se conçoit pas *per se*, mais se rattache de manière très forte à la réalité sous-jacente, à la relation que le contrat vient stabiliser. Dans ces situations, la proximité avec le droit privé provient de ladite échelle de l'exorbitance.

Pour expliquer cette idée, il s'agit de reprendre - en adaptant le vocabulaire de la domanialité à celui de contrat - le résumé brillant de J.M. Auby. « Chaque [situation contractuelle à laquelle est confrontée l'administration] est soumise à un régime exorbitant, dans la mesure où ce régime est nécessaire pour assurer [la] protection »²¹⁶ et la préservation de l'intérêt général, mission dont est chargée la personne morale de droit public. Ainsi, « le législateur ou la jurisprudence, pour chaque catégorie de [contrats publics], font appel aux règles exorbitantes qui leur paraissent nécessaires pour assurer la protection de [l'intérêt général et de l'ordre public]. Les solutions variées qui découlent de ce principe, permettent alors d'établir une échelle de [l'exorbitance] allant des [contrats] dont le régime comporte un maximum d'exorbitance, à ceux pour lesquels les règles de droit public sont peu nombreuses (elles ne sont jamais complètement absentes) »²¹⁷. C'est cette échelle qui explique les similitudes et non pas la nature contractuelle de l'acte utilisé, et c'est cet élément qui est souvent ignoré.

134.- Par conséquent, il y a lieu d'approfondir cette idée de finalité de l'action administrative et des règles qui lui sont applicables. Cela permet en effet de déceler la différence de mobiles et de justifications des règles qui, pour autant, paraissent communément consacrées en droit civil et en droit administratif.

2. Des mobiles différents

135.- Des similarités en apparence uniquement. À force d'insister sur les éléments communs qui peuvent caractériser l'existence d'une théorie commune des contrats, on perd de vue les justifications de chaque élément dans chaque catégorie de contrat. Certes, il est possible d'avoir des mêmes justifications (et cela n'évoque rien de spécial), puisqu'en réalité, les spécificités sont également omniprésentes. L'identité des phénomènes sociaux ne veut pas dire nécessairement identité de régimes juridiques²¹⁸.

²¹⁵ Par ailleurs, dans l'avancement de nos recherches, nous nous sommes rendu compte qu'un auteur est arrivé à la même conclusion : v. CLAMOUR (G.), Exorbitance et droit privé, in *L'identité de droit public*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2011 : « Afin d'articuler recomposition du droit administratif et pérennité de la dualité de juridiction, une solution pourrait consister à quitter le binaire pour fonder une échelle d'exorbitance, en tirant profit du passé, avec les réflexions des doyens Duguit et Auby sur la domanialité ou celles Président Roger Latournerie s'agissant des différentes activités publiques, au soutien des réflexions contemporaines, notamment en matière contractuelle. Penser le droit administratif dans un *continuum* jalonné de degrés d'exorbitance ».

²¹⁶ AUBY (J.-M.), « Contribution à l'étude du domaine privé », in *EDCE*, 1958, p.57.

²¹⁷ *Ibid.*

²¹⁸ PLESSIX (B.), *L'utilisation ..., op. cit.*, p. 722.

136.- Illustrations. S'agissant du mouvement de solidarisme contractuel d'abord, la ressemblance peut paraître trompeuse. En effet, si les deux théories des contrats consacrent l'exigence de bonne foi contractuelle, elles n'en sont pas moins gouvernées par des philosophies différentes. La théorie des contrats privés s'est dotée de ces manifestations du solidarisme contractuel en vue de protéger une partie plus faible contre les agissements d'un autre cocontractant non vulnérable, dont on pourrait suspecter l'abus de puissance. Ainsi, le déséquilibre est d'ordre économique²¹⁹. En revanche, en droit des contrats administratifs, la philosophie n'est pas du tout la même, puisque le déséquilibre ne résulte pas d'un déséquilibre économique ou patrimonial, mais de l'intérêt général et / ou le service public qui transcende l'outil contractuel. Pour résumer, le juste et l'utile n'ont pas toujours les mêmes justifications.

D'ailleurs, s'agissant du deuxième temps de notre réflexion, l'émergence de techniques unilatérales en droit privé ne signifie pas nécessairement une perte d'autonomie du droit des contrats administratifs. Il s'agit d'une simple convergence, et une convergence qui a des limites²²⁰. En droit des contrats privés, ces mesures sont justifiées par leur souplesse et leur rapidité²²¹, ce qui évite aux cocontractants (surtout le créancier de l'obligation non ou mal exécutée) la lourdeur et la longueur de la procédure juridictionnelle. En revanche, en droit administratif, l'unilatéralisme dont jouit l'administration ne se justifie pas par la nécessité d'une célérité procédurale, mais par l'intérêt général : l'administration « force la volonté du cocontractant au nom de l'intérêt général »²²², sans crainte pour lui, puisque l'action administrative est encadrée par un contrôle de légalité qui ne cesse de s'approfondir et s'étendre à l'heure actuelle.

137.- Par conséquent, il paraît que les éléments qui justifient l'émergence d'une théorie générale commune, ou l'aspiration de la théorie générale des contrats administratifs par la théorie générale des contrats de droit commun, ne sont pas opératoires. Ce projet se fragilise également par les insuffisances qu'avait présentées cette théorie générale antérieurement. L'abandon d'une *summa divisio* et des deux théories distinctes ne paraît donc pas à l'ordre du jour.

B. La convoitise d'une *summa divisio*

1. Des insuffisances d'un droit commun

138.- Le droit spécialisé des contrats. Avant d'envisager d'unifier les théories des contrats (par l'absorption de la théorie générale des contrats administratifs par la théorie générale des contrats privés), un examen de l'évolution de la théorie générale des contrats privés paraît nécessaire. Le droit des contrats connaît, en

²¹⁹ UBAUD-BERGERON (M.) et GAHDOUN (P.-Y.), *op. cit.*, p. 323.

²²⁰ *Ibid.*

²²¹ BÉNABENT (A.), *op. cit.*, p. 293.

²²² UBAUD-BERGERON (M.) et GAHDOUN (P.-Y.), *loc. cit.*

effet, à l'heure actuelle un « phénomène de ramification »²²³. Le droit commun des contrats et sa théorie générale n'ont pas pu répondre aux particularités et spécificités de certains contrats. Par conséquent, il y a eu nécessité de consacrer des droits spéciaux de contrats, qui, sans déroger (par principe) à la théorie générale des contrats, en assurent l'application concrète et une meilleure mise en œuvre, en l'adaptant ou en y apport certaines règles particulières dérogatoires²²⁴. Il a donc fallu en droit privé une théorie des contrats spéciaux afin de consacrer le « statut juridique » de chaque contrat spécial, c'est-à-dire en précisant les modalités particulières de son fonctionnement²²⁵.

139.- Quelle place pour le contrat administratif ? Or, à ce stade, il paraît que l'absorption de la théorie générale des contrats administratifs par la théorie générale des contrats, et la consécration d'un nouveau contrat spécial nouveau (de droit privé) ne résout aucunement les difficultés et ne clarifie nullement le droit des contrats français, contrairement à l'apparence. La tendance actuelle en droit des contrats privés est en effet la multiplication des législations particulières et la sous-spécialisation d'espèces déjà spécialisée. Au sein d'un même genre, des espèces ont émergé *ab initio*. *Postremo*, des variétés sont apparues au sein de ces genres²²⁶. Par exemple, au-delà de la théorie générale, le contrat de bail a émergé. Dans cette espèce, il y a toute une variété (bail commercial, bail emphytéotique, bail rural, etc.). La doctrine appelle même à plus de lisibilité en créant « des regroupements en instaurant une ou plusieurs “ théories générales ” des contrats spéciaux, étage intermédiaire entre la théorie abstraite du contrat en général et chacun des contrats spéciaux, par exemple en établissant un régime de tel type d'obligation (de conservation, de restitution, de transfert, de service, etc.) applicable quel que soit le contrat spécial dans lequel s'insère cette obligation »²²⁷. M. Y. Gaudemet propose ainsi dans ce sens de mener une réflexion afin de se doter d'une théorie des contrats spéciaux qui envisage les contrats administratifs nommés, mais également ceux innommés qui résultent de « la pratique de la liberté contractuelle des personnes publiques »²²⁸.

À ce stade-là, il paraît que le contrat administratif n'est pas le bienvenu dans une théorie générale déjà en crise. Il ne faut pas perdre de vue que le droit des contrats administratifs est dans la pressante nécessité d'avoir une véritable théorie des contrats administratifs spéciaux. Intégrer le contrat administratif au sein de la théorie générale des contrats civils ne lui apporterait aucun avantage. Intégré dans le droit commun, il continuera de subir également le mouvement de ramification et de spécialisation qu'il connaît aujourd'hui.

140.- Le maintien de ce *statu quo* devra demeurer, sauf changement majeur de l'état du droit (v. *infra*). L'unification ne paraît donc pas logique à l'heure actuelle, d'autant plus que la théorie générale des contrats, cette toile de fond commune aux contrats privés, peut paraître incompatible avec la logique du contrat

²²³ BÉNABENT (A.), *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, 12e, éd., LGDJ, 2017, n° 7.

²²⁴ *Ibid.*, n° 1 et s.

²²⁵ *Ibid.*

²²⁶ *Ibid.*, n° 7 particulièrement.

²²⁷ *Ibid.*

²²⁸ GAUDEMET (Y.), « Promélogènes ... », *op. cit.*, p. 626.

administratif. En effet, l'élément central classique de la théorie générale des contrats en droit civil qu'est la liberté contractuelle, avec son pendant qui est le principe du consensualisme n'a pas sa place en droit administratif. Un examen précis des contrats administratifs, notamment les marchés, les délégations de service public, les conventions d'occupation privative du domaine public, ou encore les contrats de recrutement d'agents publics permettrait en effet de constater que « le *formalisme est le principe* du droit administratif, en ce que la plupart des contrats administratifs ont besoin d'une *forme* pour *juridiquement exister* »²²⁹.

2. La séparation des autorités : une clôture d'un débat

141.- En réalité, ce raisonnement fait perdre de vue la question du partage de compétences juridictionnelles. Si cette catégorie juridique (et sa théorie distincte) a tendance à subsister, c'est parce qu'elle repose sur le principe de la séparation des autorités civiles et administratives. Il est toujours possible de lui faire appliquer des raisonnements empruntés au droit privé, mais tant que ce contrat est soumis à la compétence d'une juridiction distincte, qui n'est pas liée à l'autre ordre juridictionnel par une Cour suprême, les deux droits demeureront distincts sur la forme. Néanmoins, cela n'empêchera nullement un rapprochement sur le fond quand cela paraît nécessaire. M. Laurent Richer arrive par ailleurs à cette même conclusion : « c'est en fin de compte le régime contentieux qui est le plus important facteur d'unification des contrats administratifs, ce qui rejoint l'opinion de Duguit, cité par Pierre Bourdon, selon laquelle “ il n'y a de différence entre le droit public et le droit privé qu'en ce qui concerne les voies de droit ” »²³⁰.

142.- En fin de compte, Durkheim écrivait que le droit, cette forme d'organisation sociale, s'attachait à la structure sociale. Ainsi, selon le philosophe, le droit est le reflet de la société et en exprime les valeurs et usages. Par conséquent, ce droit exprime nécessairement les traditions, les coutumes et les règles bien établies. Et il ne manque pas de mentionner qu'à l'heure actuelle, le principe révolutionnaire de la séparation des autorités administrative et judiciaire est l'un des principes fondamentaux de la société française et qui ne pourrait être facilement remis en cause ni directement, ni indirectement en s'attaquant à ses reflets substantiels.

Conclusion

²²⁹ PLESSIX (B.), *L'utilisation ..., op. cit.*, p. 719.

²³⁰ Préface de Laurent Richer in BOURDON (P.), *Le contrat administratif illégal*, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2014, se référant au §27 de la thèse.

143.- La réforme du droit des obligations de 2016 ouvre-t-elle véritablement de sérieuses perspectives pour l'unification des théories générales des contrats en droit privé et en droit administratif? Répondre à cette interrogation amène à répondre à la question de la possibilité de remettre en cause la compétence de la juridiction administrative (ou même son existence), pour transférer le contentieux aux juges de l'autorité judiciaire. Pour répondre, un constat doit être fait : même le droit de l'Union Européenne, avec toute sa puissance, voire son impérialisme n'a pas pu remettre en cause l'existence d'une juridiction administrative, avec notamment les critiques relatives à l'impartialité de la juridiction administrative. Que pourrait alors faire une doctrine moins puissante ? D'ailleurs, aujourd'hui, le législateur a développé une confiance très solide à l'égard la juridiction administrative. Il ne manquera point à un juriste de faire ce constat, notamment en matière de libertés fondamentales, où l'autorité judiciaire avait vocation à absorber ce contentieux grâce à l'article 66 de la Constitution. Or, tel n'a pas été le cas, et la juridiction administrative (depuis toujours d'ailleurs, notamment en matière de voie de fait et d'emprise irrégulière) n'a cessé de gagner en compétence. Il serait alors très candide d'envisager aujourd'hui, ou demain une conquête du droit du contrat administratif par l'autorité judiciaire, ou encore sa disparition.

144.- Reste ensuite l'idée de soumettre à une théorie commune : si cela est possible (dogmatiquement, puisque la théorie relève de l'ordre du discours), des problèmes liés à l'organisation d'une théorie des contrats spéciaux demeureront. Il s'agit d'une systématisation dogmatique qui est acceptable tant que la compétence juridictionnelle n'est pas touchée. En revanche, cela ne veut pas dire application du Code civil tel que réformé en 2016 sous prétexte que son renouveau a permis une adaptabilité à l'action administrative. Nombreuses de ses règles ne peuvent en effet pas être appliquées à l'administration et aux personnes publiques : pensons aux règles sur l'exécution forcée du contrat. L'administration, puissance publique, et agents d'exercice de la puissance d'État ne peuvent être soumis à des règles établies pour régir les rapports de particuliers à particuliers. Même s'il peut paraître envisageable d'appliquer une théorie commune aux contrats de droit privé et aux contrats administratifs, il n'en demeure pas moins que cette dernière catégorie de contrats appelle à l'application de « règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés ».

145.- Enfin, devant ces affirmations, la liberté contractuelle de l'administration et des personnes privées ne peut rester qu'impuissante. En réalité, les obligations ont plusieurs sources dont la volonté est l'une des principales. La volonté a longtemps constitué un dogme, qui fut détrôné à partir des années 1970 par la liberté contractuelle, qui par ailleurs est un principe à valeur constitutionnelle²³¹ découlant de l'article 4 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Cette liberté n'est pas absolue et se trouve réglementée par le droit. Or, si le droit réglemente la liberté contractuelle, la question de la licéité des

²³¹ Décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006, *Loi relative à l'énergie*.

contrat innomés (qui est le moyen de créer des montages spécifiques pour éluder la distinction contrat administratif / contrat privé) devrait se poser avec acuité, surtout dans des cas où un contrat nommé offrirait des prestations équivalentes, l'objet des contrats étant le même. La question se pose en droit privé récemment par exemple pour les constructions récentes liées aux nécessités économiques (ex. crédit-bail, uberisation, garanties autonomes). Néanmoins, chacune de ces constructions peut être critiquée sur le terrain de la fraude à la loi²³² (Pour la première construction, la fraude aux dispositions relatives aux emprunts réalisés par les établissements de crédit et également, au droit de gage général des créanciers chirographaires. Pour la seconde, la fraude au droit social. Pour la dernière, la fraude au droit du cautionnement). Dans tous ces exemples, le caractère juste des dispositions légales mises de côté est mis en exergue.

Or, ce raisonnement trouve toute sa place dans le cas du contrat administratif. En réalité, il serait possible de considérer que de nombreux contrats administratifs sont des contrats nommés. Or, ces contrats poursuivent une finalité de justice sociale (notamment, le partage des charges collectives sur l'ensemble de la collectivité). Si l'on vient, dans l'état actuel du droit positif, à accepter de remplacer ces contrats par des contrats de droit privé, ce serait nécessairement réduire la possibilité offerte à l'administration de mieux répartir les charges inhérentes à la gestion du service public sur la collectivité sociale, en faisant primer sans le vouloir les intérêts égoïstes des parties. Ce même raisonnement s'affirme aujourd'hui pour les acquisitions de biens mobiliers, qui sont vues comme des marchés de fourniture. Tous les outils de droit privé qui peuvent exister ne peuvent être utilisés dans ce cas. Ce raisonnement mériterait d'autres développements, mais, en raison de la contrainte académique de volume, le présent papier s'arrêtera jusqu'ici. En fin de compte, « les bases de notre discipline sont sinon immuables en tout cas nettement plus solides qu'il n'y paraît »²³³.

*

* *

²³² Cet argument est très connu en droit international privé. La fraude est constatée dans un acte, qui en soi est licite, mais qui est vicié par sa fin illicite, c'est-à-dire le fait de changer l'élément dont dépend la loi applicable pour obtenir le résultat cherché, sans accepter les conséquences les plus essentielles normalement attachées à ce changement (selon la définition de MM Heuzé et Mayer) : l'arrêt de principe étant Cour de cassation, ch. civile, 18 mars 1878, *Princesse de Bauffremont*.

²³³ Préface de Fabrice MELLERAY in SAILLANT (É.), *L'exorbitance en droit public*. Volume 109, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2011.

BIBLIOGRAPHIE

À jour de l'ordonnance du 10 février 2016

Doctrine privatiste

Ouvrages généraux et spécialisés

BÉNABENT, Alain. *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*. 12^e Éd., LGDJ, 2017.

BÉNABENT, Alain. *Droit des obligations*. 15^e Éd., LGDJ, 2016.

TERRÉ, François, Yves LEQUETTE, Philippe SIMLER, et François CHÉNEDÉ. *Droit civil. Les obligations*. Paris: Dalloz, 12^e Éd., 2018.

Doctrine publiciste

I. Ouvrages généraux et spécialisés

PLESSIX, Benoît. *Droit administratif général*. Paris: Lexis Nexis, coll. « Manuel », 2^e Ed., 2018.

II. Articles et chroniques

ANTIPPAS, Jéméry. «Regards comparatistes internes sur la réforme du droit des contrats.» *AJDA*, 2016: 1620.

CARIN, Robert, Houssam MERMECH, et Clémence RADAFSHA. «L'ordonnance portant réforme du droit des contrats : quels enseignements pour le droit des contrats administratifs ?» *BJCP*, Septembre - Octobre 2016: 326-332.

DELVOLVÉ, Pierre. «Les nouvelles dispositions du code civil et le droit administratif.» *RDF*, 2016: 613 et s.

GILLES, Carine. «La réforme du Code civil et les contrats publics : vers la consécration d'un droit commun des contrats ?» *Contrats et Marchés publics*, n° 2, Février 2017: étude 2.

UBAUD-BERGERON, Marion, et Pierre-Yves GAHDOUN. «Regards publicistes sur la réforme du droit des obligations.» *BJCP*, 2016, n° 108: 317-325.

Antérieur à l'ordonnance du 10 février 2016

Doctrine privatiste

I. Ouvrages généraux et spécialisés

BÉNABENT, Alain. *Droit des obligations*. 14^e Éd., LGDJ, 2016.

DEMOGUE, René. *Traité des obligations en général, Tome 6*. 1931.

HOBBS, Thomas. *Léviathan ou La matière, la forme et la puissance d'un Etat ecclésiastique et civil* (Traduction de R. Anthony). Paris: Marcel Giard & Cie, 1921.

II. Thèses

RIEG, Alfred. *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*. Paris: LGDJ, 1961.

III. Articles et chroniques

CÉDRAS, Jean. «Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation.» *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2003: 183.

GHESTIN, Jacques. «Le contrat en tant qu'échange économique.» *Revue d'économie industrielle*, vol. 92, 2e et 3eme trimestres 2000. Économie des contrats : bilan et perspectives: 81-100.

GOESEL-LE BIHAN, Valérie. «Le contrôle de proportionnalité exercé par le Conseil constitutionnel, technique de protection des libertés publiques ?» *revue Jus Politicum* n° 7, mai 2012.

Doctrines publicistes

I. Ouvrages généraux et spécialisés

CHAPUS, René. *Droit administratif général, Tome 1*. Paris: Montchrestien, 15 éd., 2001.

LAFERRIÈRE, Édouard. *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, T. 1*. Berger-Levrault, 1re éd., 1887.

UBAUD-BERGERON, Marion. «Exorbitance et droit des contrats : quelques interrogations à propos de la modification non conventionnelle du contrat administratif.» *L'Identité de droit public*, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2011: 229-246.

II. Thèses

PLESSIX, Benoît. *L'Utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*. Paris: Éd. Panthéon-Assas : diff. LGDJ, 2003.

MELLERAY, Fabrice (préface) in SAILLANT, Élodie, *L'exorbitance en droit public*. Volume 109, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2011

RICHER, Laurent (préface) in BOURDON, Pierre, *Le contrat administratif illégal*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des Thèses, 2014.

BUCHER, Charles-Edouard, *L'inexécution du contrat de droit privé et du contrat administratif*. Volume 102, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, 2011.

III. Articles et chroniques

AUBY, Jean-Marie. «Contribution à l'étude du domaine privé.» *EDCE*, 1958: 35-57.

DRAGO, Roland. «Paradoxes sur les contrats administratifs.» *Etudes offertes à Jacques Flour*, 1979: 151-162.

ECKERT, Gabriel. «La réforme des dispositions financières du code des marchés publics.» *Contrats et Marchés publics*, Octobre 2011.

GAUDEMET, Yves. «Prolégomènes pour une théorie des obligations en droit administratif français.» *Mélanges Jean Gaudemet*, PUF, 1999: 613-627.

LLORENS, François. «Le droit des contrats administratifs est-il un droit essentiellement jurisprudentiel ?» *Mélanges offerts à Max Cluseau*, Presse I.E.P. Toulouse, 1985: 377-400.

RIVERO, Jean. «À propos des métamorphoses de l'administration d'aujourd'hui : démocratie et administration.» *Mélanges J. Savatier*, 1964: 821-833.

VAUTROT-SCHWARZ, Charles. «L'avenir de la publicité et de la mise en concurrence dans la délivrance des titres d'occupation domaniale.» *Contrats et Marchés publics*, n° 12, décembre 2012: 7-15.

WALINE, Jean. «La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif.» *Mélanges J. Ghestin, LGDJ*, 2001: 965-981.

WALINE, Marcel. «La théorie civile des obligations et la jurisprudence du Conseil d'État.» *Mélanges Julliot de la Morandière, Dalloz*, 1964: 631-643.

WEIL, Prosper. «Le Renouveau de la théorie du contrat administratif et ses difficultés.» *Mélanges M. Strassinopoulos, LGDJ*, 1974: 217-227.

IV. Notes, observations et commentaires de jurisprudence

VEDEL, Georges, note sous T. civ. de la Seine, 28 novembre 1952, *Giry*, JCP 1953.II.7371.

V. Conclusions de commissaires du gouvernement

BLUM, Léon, conclusions sur CE, 11 mars 1910, *Cie générale française des tramways*, Dalloz 1912.3.49.

CORNEILLE, Louis, conclusions sur CE, 10 août 1917, *Baldy*, Lebon, p. 637.

—, conclusions sur CE, 29 mars 1917, *Péchin*, RDP 1917, p. 269.

CORTOT-BOUCHER, Emmanuelle, conclusions sur CE, sect., 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, dit Béziers II, Dalloz Actualité - Étudiant, 11 avril 2011, avec les conclusions de la rapporteur public [accessible en ligne].

DAVID, conclusions sur TC, 8 février 1873, *Blanco*, Lebon, 1er supplément, p. 61.

Doctrine économique

HART, Oliver D. «Incomplete contracts and theory of the Firm.» *Journal of Law, Economics, and Organization*, vol. 4, n° 1, 1988: 119-139.

INDEX RERUM

(Les chiffres renvoient aux paragraphes)

A

Autonomie :

- *Du droit administratif* : 7, 10 et s., 20, 51 et s., 79 et s., 108, 136
- *Des volontés* : 16, 28 et s., 32 et s., 89

B

Bonne foi : 35, 71 et s., 76, 136

C

Clauses abusives : 35, 76, 91 et s.

Compétence juridictionnelle : 11, 50 et s., 54, 126, 132, 141, 143

D

Déséquilibre :

- *Du contrat* : 36, 44, 75, 89, 107
- *Significatif* : 76, 90 et s., 106

E

Économie du contrat : 89, 91

Équilibre :

- *Du contrat* : 37, 38 et s., 44 et s., 89
- *Financier* : 7, 59, 77

Exorbitance : 54, 59, 79, 81 et s., 86, 92, 94 et s., 97 et s.

Exécution forcée : 46, 85, 144

F

Force obligatoire : 15, 29 et s., 46, 52, 73, 81, 94, 98 et s., 100 et s., 123

I

Identité contractuelle : 10, 80, 108 et s., 129 et s.

Imprévision : 7, 32, 76, 89, 93 et s., 103, 106

Intérêt général : 38 et s., 48, 56 et s., 105, 119, 133, 136

J

Justice contractuelle : 18, 44, 59, 70 et s., 75

L

Liberté contractuelle : 28 et s., 32 et s., 89, 140, 145

Loyauté : 72, 74

M

Mauvaise foi : 68

O

Ordonnance du 10 février 2016 : 24, 28 et s., 32 et s., 45 et s., 61 et s., 76 et s., 80, 83 et s., 103, 109 et s., 144

P

Proportionnalité : 41 et s., 46, 73.

R

Réforme de 2016 : v. *ordonnance du 10 février 2016*

S

Sécurité juridique : 62 et s., 86, 89, 131

Service public : 38, 54 et s., 56 et s. ; 8, 94, 105, 119

Solidarisme : 48, 72, 75, 136

Summa divisio : 1 et s., 23, 108, 127, 138

T

Théorie générale :

- *Commune des contrats* : 16, 71, 79 et s., 124, 129 et s., 137
- *Des contrats administratifs* : 7, 16, 26, 52 et s., 57, 72, 77, 81 et s., 93, 99
- *Des contrats privés* : 6, 16, 26, 47, 53, 66, 70, 75, 93, 113

INDEX NOMINUM

*Auteurs mentionnés expressément dans le corps du texte
(Les chiffres renvoient aux paragraphes)*

A

Alchian (A. A.) : 89
Auby (J.-M.) : 133

B

Bénabent (A.) : 5, 24, 29, 34

C

Carré de Malberg (R.) : 18, 32
Cédras (J.) : 76
Chapus (R.) : 38, 41
Coase (R.) : 89
Corneille (L.) : 40, 119
Cortot-Boucher (E.) : 99
Crawford (R. G.) : 89

D

David : 11, 108
Demogue (R.) : 75
De Laubadère (A.) : 99
Delvolvé (P.) : 3, 111, 117
Domat : 6
Drago (R.) : 122 et s.
Durkheim : 142.

E

Eisenmann (C.) : 108

F

Foucart (É.-V.) : 54

G

Gaudemet (Y.) : 19, 22, 139
Ghestin (J.) : 14, 47, 48, 55, 52, 70

H

Hart (O. D.) : 29
Hobbes (T.) : 28

J

Jèze (G.) : 7, 51

K

Klein (B.) : 89

L

Laferrière (E.) : 54 et s., 56
Le Bret (C.) : 52 et s.
Llorens (F.) : 125

O

Odent (R.) : 117

P

Péquignot (G.) : 7
Plessix (B.) : 52, 111, 124
Portalis (J.-E.-M.) : 34
Pothier (R.-J.) : 6

T

Troper (M.) : 17
Terré *et al.* : 46, 103, 106

U

Ulpian : 23, 48

V

Vedel (G.) : 1
Vautrot-Schwarz : 72

W

Waline (J.) : 18, 118, 124
Waline (M.) : 26
Weil (P.) : 3
Williamson (O.) : 89

TABLE DES MATIERES

| | |
|--|-----------|
| SOMMAIRE..... | 1 |
| INTRODUCTION | 2 |
| I. LE CONTEXTE SCIENTIFIQUE DE L'ETUDE | 4 |
| II. L'OBJET DE L'ETUDE | 7 |
| A. <i>Réflexion sur le droit substantiel : entre prise de position et nuance.....</i> | 7 |
| B. <i>Réflexion sur les théories générales des contrats.....</i> | 9 |
| III. L'INTERET DE L'ETUDE | 10 |
| CHAPITRE 1 – DES FONDEMENTS REPENSES | 14 |
| SECTION 1 – DEUX THEORIES INITIALEMENT DISTINCTES | 15 |
| §1 – <i>l'autonomie des volontés : un fondement fragilisé.....</i> | 16 |
| A. Une réforme conforme à l'héritage napoléonien | 16 |
| 1. Un dogme perpétué : l'autonomie des volontés..... | 16 |
| 2. Un dogme reconceptualisé ?..... | 18 |
| B. Une ordonnance porteuse de nouveautés | 19 |
| 1. Une prise d'acte de l'inégalité entre cocontractants | 19 |
| 2. La force obligatoire du contrat atténuée | 20 |
| §2 – <i>l'équilibre : un fondement généralisé ?.....</i> | 21 |
| A. Un rituel en droit administratif..... | 21 |
| 1. La divergence des intérêts : un quotidien | 22 |
| 2. Le contrôle de proportionnalité : une technique..... | 22 |
| B. Un correctif en droit civil..... | 24 |
| 1. Le contrat : un « instrument de sombre domination » ?..... | 24 |
| 2. L'équilibre comme politique juridique..... | 25 |
| SECTION 2 – LE JUSTE ET L'UTILE : DES ELEMENTS OMNIPRESENTS..... | 27 |
| §1 – <i>L'utilité et la justice : alpha et oméga d'une théorie administrative.....</i> | 28 |
| A. Une théorie déracinée..... | 28 |
| 1. Les prémices d'une théorie autonome | 28 |
| 2. Un droit contentieux : une dimension aujourd'hui éclipsée | 30 |
| B. L'ubiquité du juge administratif : pierre de touche de la théorie administrative des contrats | 31 |
| 1. Une reconstitution des enjeux de l'action administrative | 31 |
| 2. La justice et l'utilité : double enjeu du contrat administratif..... | 32 |
| §2 - <i>A la découverte d'un nouveau droit des obligations.....</i> | 34 |
| A. L'utilité : un classique | 34 |
| 1. L'utilité : gage de sécurité..... | 34 |
| 2. L'utilité : gage d'efficacité | 35 |
| B. Le juste : un remède..... | 37 |
| 1. La bonne foi : un standard comportemental | 37 |
| 2. La justice contractuelle..... | 40 |

| | |
|---|-----------|
| CHAPITRE 2 – UNE AUTONOMIE FRAGILISEE ET PRECARISEE ? | 42 |
| SECTION 1 – L'EXORBITANCE : UN PRIVILEGE PERDU ?..... | 42 |
| §1 – <i>La banalisation de l'exorbitance</i> | 43 |
| A. L'unilatéralisme répandu | 44 |
| 1. La sanction de l'inexécution contractuelle unilatéralisée | 44 |
| 2. Un rapprochement avec le privilège du préalable | 45 |
| B. Un droit commun "nouvelle mouture" | 45 |
| 1. Le déséquilibre significatif : le revers de la médaille | 46 |
| 2. L'imprévision enfin accueillie | 48 |
| §2 – <i>La raréfaction de la mise en œuvre des règles exorbitantes</i> | 50 |
| A. Des pouvoirs exorbitants mesurés | 50 |
| 1. Une jurisprudence exceptionnelle | 50 |
| 2. La force obligatoire des contrats administratifs épargnée..... | 52 |
| B. Une réticence juridictionnelle nuancée | 54 |
| 1. Le rejet initial du forçage du contrat par le juge administratif..... | 54 |
| 2. La refonte de l'office du juge administratif..... | 55 |
| SECTION 2 – ESQUISSE D'UNE IDENTITE CONTRACTUELLE | 56 |
| §1 – <i>Le droit privé réformé : ratio scripta d'une théorie générale ?</i> | 57 |
| A. Des lacunes précédemment comblées..... | 58 |
| 1. La formation du contrat | 58 |
| 2. La fin du contrat | 60 |
| B. Une unification à échafauder | 60 |
| 1. Des revendications lointaines..... | 60 |
| 2. Une piste attrayante : le modèle de la lex contractus du règlement Rome I..... | 63 |
| §2 – <i>Le contrat administratif : un contrat spécial de droit privé ?</i> | 64 |
| A. La convoitise d'une théorie générale | 64 |
| 1. La normalité des similitudes | 64 |
| 2. Des mobiles différents | 66 |
| B. La convoitise d'une <i>summa divisio</i> | 67 |
| 1. Des insuffisances d'un droit commun..... | 67 |
| 2. La séparation des autorités : une clôture d'un débat..... | 69 |
| BIBLIOGRAPHIE..... | 72 |
| INDEX RERUM..... | 75 |
| INDEX NOMINUM..... | 76 |
| TABLE DES MATIERES | 77 |