

CONTRATS DE DROIT PRIVE – CONTRATS ADMINISTRATIFS : POINTS DE CONVERGENCE ? (*)

Par Jean-Baptiste SEUBE

Doyen de la faculté de droit et d'économie de La Réunion

1. - « Contrats privés/contrats administratifs : points de convergence ? »...

Le thème qui m'a été attribué est difficile à traiter pour deux raisons :

La première difficulté, pour le civiliste que je suis, consiste à parler de ces contrats spéciaux, dérogeant (dit-on) au droit commun des contrats, les contrats administratifs. Je perçois alors l'écueil de l'amateurisme, celui de la caricature, et je présente par avance mes excuses au savant aréopage ici rassemblé pour les insuffisances ou les approximations qui, nécessairement, émailleront mon propos.

La seconde difficulté est commune au droit privé et au droit administratif : il est en effet difficile d'identifier des mouvements ou des évolutions quand on parle des contrats¹. Les changements se font de manière insensible, presque sournoise. A la différence d'autres branches du droit qui évoluent de manière fracassante (le droit de la famille par exemple), le droit du contrat évolue à petits pas : les principes sont gravés dans le Code civil ou dans quelques grandes décisions du Conseil d'Etat, puis, par des touches successives, ils subissent de nombreuses exceptions, d'innombrables atténuations... jusqu'à ce qu'on en arrive à se demander si ces grands principes existent encore².

2. - Dans un tel contexte, comparer l'évolution du droit privé du contrat avec celle du droit administratif du contrat peut paraître hasardeux. Aussi, l'ambition de cette intervention se veut des plus modestes.

Il ne sera ici question ni de disserter sur les traits caractéristiques des contrats administratifs³, ni de montrer que, parfois, certaines dispositions du Code civil s'y

¹(*) Le style oral de l'intervention a été conservé.

Faut-il d'ailleurs parler de théorie générale du contrat ? Les privatistes soulignent ses traits peu objectifs (E. SAVAUX, *Théorie générale du contrat : mythe ou réalité*, LGDJ 1997, Préf. J.-L. Aubert) ; Les publicistes regrettent le peu d'études consacrées au sujet (voir par exemple, M. WALINE, *La théorie civile des obligations et la jurisprudence du Conseil d'Etat*, Etudes L. Julliot de la Morandière, 1964, p. 631 ; J. WALINE, *La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif*, Mélanges J. Ghestin, LGDJ 2001, p. 964).

² Voir cependant, F. BRENET, *Recherches sur l'évolution du contrat administratif*, Thèse Poitiers 2002.

³ P. WEIL, *Le critère du contrat administratif en crise*, Mélanges M. Waline 1974, p. 831 ; P. AMSELEK, *La qualification des contrats d'administration*, AJDA 1983, p. 3 ; J. LAMARQUE, *Les difficultés présentes et les perspectives d'avenir de la distinction entre les contrats administratifs et les contrats de droit privé*, AJDA 1961, p. 123 ; D. TRUCHET, *Le contrat administratif, qualification juridique d'un accord de volonté*, in *Le droit contemporain des contrats*, sous la dir. L. Cadet, Economica 1987, p. 186.

appliquent¹. L'objectif de cette intervention est tout simplement de montrer que l'opposition entre les contrats administratifs et les contrats de droit privé a été bâtie sur une certaine image du contrat de droit privé, laquelle est aujourd'hui remise en cause. De fait, les liens de parenté se resserrent et, de cousins éloignés qu'ils étaient, les contrats de droit privé et les contrats administratifs se rejoignent pour obéir à des fondements communs.

3. – A l'origine de la spécificité des contrats administratifs, se trouvent les thèses de Jèze² et de Péquignot³. Ces auteurs ont d'autant plus facilement distingué les contrats administratifs des contrats de droit privé qu'ils en avaient une image individualiste et libérale. Pour eux, le contrat de droit privé était pétri du dogme de la liberté contractuelle et se nourrissait du principe de l'autonomie de la volonté. Ils ont alors relevé que, parce qu'ils participait au service public, le régime juridique des contrats administratifs s'en distinguait nécessairement⁴. Presque grossièrement, on pourrait dire que le contrat de droit privé était celui du respect de la parole donnée alors que le contrat administratif était celui du respect du service public, dût-il se traduire par un bouleversement des attentes légitimes que les contractants avaient placées dans le contrat.

4. – Même si cette présentation a été atténuée par la suite⁵, elle peut l'être encore en raison de la fulgurante évolution des contrats de droit privé dans laquelle certains auteurs perçoivent une « *nouvelle crise du contrat* »⁶. Cette crise actuelle du contrat est en réalité la crise de la conception individualiste et libérale du contrat. Longtemps perçu comme une loi d'airain à laquelle les parties ne pouvaient échapper, le contrat se fait désormais plus souple, moins intangible ; le juge s'y

¹ Voir la liste établie par L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, LGDJ, 3^{ème} éd. 2002, n°30 ; R. DRAGO, *Le Code civil et le droit administratif*, *Le Code civil, Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz 2004, p. 775 ; plus largement B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Univ. Paris II, 2003, Préf. J.-J. Bienvenu.

² G. JEZE, *Les contrats administratifs de l'Etat, des départements, des communes et des établissements publics*, 1927-1934, 3 vol.

³ G. PEQUIGNOT, *Théorie générale du contrat administratif*, Pédone 1945.

⁴ « *Les effets des contrats administratifs ne sont pas les mêmes que les effets des contrats civils. Celui qui conclut un contrat administratif prend l'obligation non seulement de ne pas gêner le fonctionnement du service public, mais encore de faciliter le fonctionnement du service public* », G. JEZE, *op. cit.*, p. 8 ; rapp. G. PEQUIGNOT, *op. cit.*, p. 605 : « *le contrat administratif tire ses particularités de l'insertion dans son sein des règles propres au service public* ».

⁵ Par exemple, F. LLORENS, *Le droit des contrats administratifs est-il un droit essentiellement jurisprudentiel ?*, Mélanges M. Cluseau, 1985, p. 384 ; M. WALINE, *La théorie civile des obligations et la jurisprudence du Conseil d'Etat*, Etudes L. Julliot de la Morandière, 1964, p. 631 ; Y. GAUDEMET, *Prolégomènes pour une théorie des obligations en droit administratif*, Mélanges J. Gaudemet, p. 614 ; J. WALINE, *La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif*, Mélanges J. Ghestin, LGDJ 2001, p. 965 ; R. DRAGO, *Paradoxes sur les contrats administratifs*, Mélanges J. Flour, Defrénois 1979, p. 151 ; R. DRAGO, *Le contrat administratif aujourd'hui*, Droits, n°12, 1990, p. 117 ; M.-H. SINKONDO, *La notion de contrat administratif : acte unilatéral à contenu contractuel ou contrat civil de l'Administration ?* RTD civ. 1993, p. 239 ; P. LOGORAS-FLAVIGNY, *La liberté contractuelle de la personne publique dans le droit des marchés publics*, Thèse La Réunion 2004.

⁶ *La nouvelle crise du contrat*, sous la direction de D. MAZEAUD et CH. JAMIN, Dalloz 2003 ; D. MAZEAUD, *Le nouvel ordre contractuel*, RDC 2003, p. 295.

invite, au nom de la bonne foi contractuelle, et n'hésite plus à remodeler les obligations des contractants. Jadis analysé un moyen de satisfaire des intérêts individuels¹, le contrat devrait désormais être compris comme un instrument de solidarité où la bonne foi et la coopération entre contractants devraient l'emporter sur l'opposition de leurs intérêts². La loyauté, la solidarité et la fraternité entre contractants se substitueraient alors à la volonté, à l'intangibilité et à la sécurité pour servir de nouvelle devise contractuelle.

5. – Quelle que soit l'appréciation que l'on porte sur cette évolution³, elle conduit nécessairement à un réajustement des relations entre contrats de droit privé et contrats administratifs. Construite sur une image du contrat de droit privé qui

¹ G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ 4^{ème} éd., 1949, n°40 : « A condition de respecter les lois et les bonnes mœurs, les contractants ont le droit de débattre de leurs intérêts. C'est alors la lutte des volontés égoïstes, chacun s'efforçant d'obtenir le plus grand avantage moyennant le plus faible sacrifice. Lutte féconde, car elle est productrice d'énergies et conservatrice de richesse, lutte en tout cas fatale, car l'intérêt est le principal mobile des actions humaines, tout au moins lorsqu'il s'agit de l'échange des produits et des services ».

² CH. JAMIN, *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, Mélanges J. Ghestin, LGDJ 2001, p. 740 ; D. MAZEAUD, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle*, Mélanges F. Terré, Dalloz, PUF, Juris-Classeur 1999, p. 603 ; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Libres propos sur la transformation des contrats*, RTD civ. 1997, p. 357.

³ Certains auteurs nient la crise et considèrent que c'est une crise de la doctrine plus que du contrat : « En bref, le thème de la crise du contrat ne serait qu'un prétexte, non dénué d'artifice, pour quelques sauvages contractuels en quête de notoriété qui, sous couvert d'une manifestation scientifique, se livreraient à une entreprise de déstabilisation du droit des contrats. En définitive, à en croire certains esprits, plutôt que le contrat, ce serait la doctrine, ou plutôt une certaine doctrine qui piquerait sa crise » rapp. par D. MAZEAUD, *Les nouveaux instruments de l'équilibre contractuel*, in *La nouvelle crise du contrat*, op. cit., p. 136 ; d'autres auteurs perçoivent la crise mais la critiquent vertement (voir le florilège doctrinal dressé par CH. JAMIN, *Quelle nouvelle crise du contrat, quelques mots en guise d'introduction in La nouvelle crise du contrat*, op. cit., p. 7 et s. ; adde, J.-P. CHAZAL, *Crise du contrat ou crise du juge et de la doctrine*, RDC 2003, p. 277). S'il faut se positionner, j'ai pour ma part tendance à penser que le recours au solidarisme contractuel est un peu angélique. Cela ne signifie pas pour autant qu'il faille laisser impunis les agissements constitutifs de manquements à la bonne foi. Je fais mien ce passage doctrinal : « Plutôt que de se bercer d'illusions en espérant, ou en tentant d'imposer, que les contractants se traitent comme des frères, mieux vaut tenir compte de cette réalité brutale qu'ils n'en sont pas et n'en seront jamais ; chacun essayant de manœuvrer au mieux pour défendre ses intérêts et maximiser son avantage. Le plus souvent, les contractants ne sont pas dans un rapport d'amour, vision qui relève de l'angélisme contractuel, mais dans un rapport de force. Ni ennemis, ni frères, ils s'inscrivent dans une « coopération antagoniste » (l'expression est de J. Carbonnier, *Droit des obligations*, PUF, n°114). L'important n'est d'ailleurs pas qu'ils s'aiment mais que les intérêts égoïstes de l'un d'entre eux ne provoquent pas une injustice aux dépens de l'autre. Pour ce faire, nul besoin de sentimentalisme. C'est en prenant conscience que le contrat est un lien conflictuel, et non un lien fraternel, que l'on pourra efficacement concevoir des moyens juridiques pour protéger certaines parties vulnérables sans toutefois scléroser le dynamisme économique... La fraternité contractuelle est certainement le produit d'une exaltation abusive, mais il faut se garder de conclure à l'inanité du devoir de loyauté, de l'obligation de collaboration, d'information ou encore de la préservation de l'équilibre contractuel. Il n'est pas utopique d'exiger des contractants qu'ils se comportent loyalement, qu'ils s'informent en toute bonne foi, collaborent à la réalisation de l'objet contractuel et ne commettent pas d'abus de puissance économique » (J.-P. CHAZAL, *Les nouveaux devoirs des contractants, est-on allé trop loin ? in La nouvelle crise du contrat*, op. cit., p. 122-123).

s'essouffle, que devient l'opposition entre les contrats de droit privé et contrats administratifs ? A mon sens, elle s'atténue.

6. – Pour avancer dans cette proposition, je procéderai en trois temps, allant du bas vers le haut, des illustrations vers la théorisation. Dans un premier temps, j'évoquerai des solutions communes aux contrats de droit privé et aux contrats administratifs. Dans un deuxième temps, je soulignerai des caractères communs aux contrats de droit privé et aux contrats administratifs. Dans un troisième temps, je m'interrogerai sur des fondements communs aux contrats de droit privé et aux contrats administratifs. Convergence des solutions (I), convergence des caractères (II), convergence des fondements (III), c'est à travers ce triptyque que je vous invite à évoquer les points de convergence entre contrats administratifs et contrats de droit privé.

I/ CONVERGENCE DES SOLUTIONS

7. – La convergence des solutions concerne tant la formation (A) que l'exécution (B) des contrats de droit privé et des contrats administratifs.

A/Dans la formation du contrat

8. – Dans la formation du contrat, les convergences sont nombreuses¹ et la plus célèbre est sans doute l'application aux contrats administratifs de la théorie des vices du consentement². Il me semble cependant que le rapprochement va plus loin : il concerne, d'une part, la négociation du contrat (1) et, d'autre part, les sources du contenu contractuel (2).

1° La négociation des contrats

9 – La négociation des contrats est comparable à une image d'Epinal : de façon caricaturale, les contractants de droit privé négocieraient librement, chacun cherchant à ajuster le contrat au mieux de ses intérêts alors que le contractant de l'Administration n'aurait aucune emprise sur le contrat, déjà dessiné par son tout puissant contractant. Cette opposition n'est plus vraie : le développement, en droit privé, des contrats d'adhésion a montré que la liberté contractuelle consistait le plus souvent à exprimer un simple accord au contrat, fut-il intégralement rédigé par l'un des contractants.

De fait, les modes de passation des contrats, privés ou administratifs, se rapprochent : l'inégalité entre contractants n'est plus le propre des contrats administratifs ; même en droit privé, il y aura souvent un « fort » face à un

¹ Voir l'énumération proposée par J. WALINE, *La théorie générale du contrat en droit privé et en droit administratif*, op. cit. : le contrat par correspondance, le contrat tacite, la promesse de contrat...

² J.-C. BRUERE, *Le consensualisme dans les contrats administratifs*, RDP 1996, p. 1715 ; Y. WEBER, *La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs*, Mélanges Drago, 1996, p. 315 ; F. MODERNE, *Permanence et actualité d'une théorie classique : le dol dans la formation des contrats administratifs*, CJEG 2001, p. 91.

« faible »¹, un « indépendant » face à un « dépendant »². En droit privé comme en droit administratif, l'*homo juridicus* n'est pas l'égal de son co-contractant.

2°/ Les sources du contenu contractuel

10. – Les sources du contenu contractuel ont fait l'objet d'études plus poussées en droit administratif qu'en droit privé. On sait que, en droit administratif, certaines clauses sont d'origine réglementaire et qu'elles emportent des effets réglementaires³. Certains actes seraient ainsi des actes mixtes en ce qu'ils associeraient « *par fusion ou par juxtaposition des éléments contractuels à des éléments réglementaires* »⁴. On note, en droit privé, des situations voisines et l'on en arrive à s'interroger sur la nature et sur la structure du contrat.

Il y a dans les contrats des éléments légaux comme en témoignent les nombreuses clauses légales imposées par le législateur⁵ ; il y a dans les contrats des éléments auxquels les parties ne consentent pas à proprement parler (l'obligation de sécurité par exemple)⁶ ; il y a dans les contrats autre chose que des obligations (une clause pénale par exemple)⁷. Aussi, reprenant une trilogie connue¹, on peut affirmer

¹ D'où le développement du droit de la consommation et son influence sur le droit commun (voir D. MAZEAUD, *Droit commun du contrat et droit de la consommation. Nouvelles frontières*, Mélanges J. Calais-Auloy, Dalloz 2004, p. 697).

² G. VIRASSAMY, *Les contrats de dépendance*, LGDJ, Bibl. dr. privé, Préf. J. Ghestin ; TH. REVET, *L'apport au droit des relations de dépendance*, in *La détermination du prix : nouveau enjeux*, Dalloz 1997, p. 37 et s..

³ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., n°71 et s. et n° 290.

⁴ Y. MADIOT, *Aux frontières du contrat et de l'acte administratif unilatéral : recherches sur la notion d'acte mixte en droit public français*, LGDJ 1971, p. 243. La conséquence qui y est attachée, en droit administratif, concerne la recevabilité d'un éventuel recours pour excès de pouvoir (CE, 10 juillet 1996, AJDA 1996, p. 807).

⁵ De plus en plus de textes imposent aux contractants de faire figurer dans leurs contrats des clauses dont la rédaction est précisée par la loi. Ce développement des « *clauses légales* » place le privatiste face à des interrogations que s'était posées, avant lui, l'administrativiste : dictées par la loi, ces dispositions du contrat sont-elles légales, contractuelles, légales et contractuelles, ni légales ni contractuelles ? Voir TH. REVET, *La clause légale*, Mélanges M. Cabrillac, Litec 1999, p. 277.

⁶ Comme le note F. Collart-Dutilleul, « la doctrine privatiste n'a pas suffisamment pris la mesure du changement opéré lorsque, à la suite de Kelsen, la volonté a été considérée, non plus comme un pouvoir autonome de création du droit à l'égal de la loi, mais comme un pouvoir délégué par la loi ou comme un simple élément subjectif duquel le droit tient compte. De fait, peut-on réellement dire que le vendeur « consent » à l'obligation d'information et de sécurité ? Il ne consent ni à son principe, ni même à son objet. Peut-on encore penser que le vendeur « consent » à l'obligation de délivrance et l'acheteur à l'obligation de payer ? Ces obligations ne sont pas consenties ; elles s'imposent aux parties au point que leur inexistence disqualifierait le contrat tout entier. En revanche, à la différence des précédentes obligations, les contractants consentent spécifiquement à l'objet de ces obligations c'est-à-dire aux données de fait du contrat » (*Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique ? In La nouvelle crise du contrat*, op. cit.).

⁷ P. ANCEL, *Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat*, RTD civ. 1999, p. 771. L'auteur démontre que l'« obligatorité » ne doit pas être confondue avec l'« obligationnel » et que, dès lors, il est possible de distinguer entre la force obligatoire et l'exécution des obligations des parties : ainsi, la matière du contrat se partage entre un contenu exprimant les obligations des contractants (obligation de délivrance, obligation de paiement...) et un contenu obligatoire, quoique non obligationnel (clause pénale, clause de dédit, clause de préavis...). Ces dernières clauses ne créent pas un rapport de créancier à

que tout n'est pas contractuel dans le contrat, que tout n'est pas consensuel dans le contrat, et que tout n'est pas obligationnel dans le contrat. Après les publicistes, les privatistes découvrent que la matière du contrat fait l'objet d'une diffraction, d'un éclatement.

Le même rapprochement entre les contrats de droit privé et les contrats administratifs est visible au stade de l'exécution du contrat.

B/ Dans l'exécution du contrat

11. - Dans l'exécution du contrat, les contrats administratifs se distinguent des contrats de droit privé par la faculté qu'a l'administration de modifier unilatéralement le contrat² et par l'obligation qu'a l'administration de l'adapter en cas de bouleversements économiques. N'était-ce pas doublement déroger à l'article 1134 du Code civil selon lequel les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites³ ? En réalité, l'évolution du droit privé montre que cette dérogation n'est pas si accusée que cela : en effet, on assiste, en droit privé, à l'émergence des modifications unilatérales (1) et de la réception de la théorie de l'imprévision (2)⁴.

débiteur entre les parties, elles prévoient et encadrent des pouvoirs unilatéraux et/ou des devoirs au profit ou à la charge des contractants. Ainsi, le contrat fonctionne exactement comme une loi en tant qu'il crée, au delà des obligations, des normes aux contenus les plus divers auxquelles les parties sont assujetties. L'effet normateur du contrat dépasse donc la création d'obligations.

¹ F. COLLART-DUTILLEUL, *Quelle place pour le contrat dans l'ordonnement juridique ?*, in *La nouvelle crise du contrat*, op. cit., p. 225, spéc. p. 231.

² CE, 2 février 1983, Union des transports publics, RDP 1984, p. 212, note J.-M. AUBY.

³Rapp. G. PEQUIGNOT, op. cit., p. 433 : « la mutabilité suggère un doute envers le contrat administratif ». En réalité, cette opposition de façade a en réalité été atténuée : en droit administratif, plusieurs écrits témoignent de son caractère excessif (J. L'HUILLIER, *Les Contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'administration ?* D. 1953, chron., p. 87 ; F.-P. BENOIT, *De l'inexistence d'un pouvoir de modification unilatérale dans les contrats administratifs*, JCP 1963, éd. G, I, 1775 ; A. DE LAUBADERE, *Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs*, RDP 1954, p. 36 ; G. VEDEL, P. DEVOLVE, *Droit administratif*, 12^{ème} éd. PUF, p. 410 : « on a pu écrire, notamment dans les précédentes éditions du présent ouvrage, que l'article 1134 du Code civil était inapplicable aux contrats administratifs. Cette formule catégorique est sans doute excessive ») et invitent à la nuance (J. WALINE, *La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif*, op. cit. ; R. DRAGO, *Le contrat administratif aujourd'hui*, op. cit.).

⁴ Le même constat peut être dressé à propos du pouvoir unilatéral de résiliation dont dispose l'administration (CE, 17 mars 1864, Paul Dupont, D. 1864, 3, 87 ; CE, 2 mai 1958, Distillerie de Magnac-Laval, AJDA 1958, II, 282, concl. J. KAHN). Même si le contractant n'a pas commis de faute, l'administration peut résilier le contrat si l'intérêt général l'impose (CE, 6 mai 1985, Association Eurolat, RFDA 1986, p. 21, concl. GENEVOIS ; AJDA 1985, p. 620 note E. FATOME et J. MOREAU ; RDP 1986, p. 21 note F. LLORENS ; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., n°306). Cette prérogative est généralement opposée au droit des contrats privés où la résiliation d'un contrat à durée déterminée n'est possible que si le contractant a commis une faute et uniquement à la suite d'une décision du juge. Cette présentation doit être nuancée au moins pour deux raisons (PH. DELEBECQUE, *L'anéantissement unilatéral du contrat*, in *L'unitarisme et le droit des obligations*, sous la direction de Ch. Jamin et D. Mazeaud, Economica 1999). D'abord, la loi admet de plus en plus fréquemment une rupture anticipée des contrats, en dehors de toute faute. Outre le contrat de mandat, de dépôt, de prêt à usage qui sont révocables *ad nutum*, le législateur use de la technique du droit de repentir qui permet à un contractant de rompre un contrat qui est d'ores et déjà formé et qui, par hypothèse, n'est pas encore expiré. Né dans le

1°/ L'émergence des modifications unilatérales

12. – La modification unilatérale du contenu du contrat est possible en droit privé même s'il faut convenir qu'elle demeure exceptionnelle¹. La manifestation la plus éclairante de ce pouvoir concerne certaines hypothèses où l'on a admis qu'un contractant pouvait, seul, déterminer le prix d'un contrat déjà conclu². Je veux ici évoquer les contrats cadre de distribution et les importants arrêts rendus par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 1^{er} décembre 1995. Mettant fin à 20

droit de la consommation (démarchage à domicile, crédit à la consommation, contrats d'achats de biens de consommation, contrats de jouissance d'immeuble à temps partagé...), de tels modes de résiliation unilatérale gagnent le droit commun des contrats qu'il s'agisse de la vente immobilière (Code construction et habitation, art. L. 271-1 al. 1^{er} issu de la loi SRU du 13 décembre 2000), ou de la personne physique ou morale, professionnelle ou non-professionnelle, qui fait l'objet d'un démarchage (Code monétaire et financier, art. L. 341-16, issu de la loi sécurité financière du 1^{er} août 2003). Ensuite, la jurisprudence cède aussi aux charmes de la résolution unilatérale. En principe, la résolution du contrat est judiciaire (C. civ. art. 1184) : l'exigence de l'intervention du juge repose sur la force obligatoire du contrat (ce que deux parties ont fait ensemble, une ne peut le défaire seule) et sur principe en vertu duquel nul ne peut se faire justice à soi-même. Il est donc nécessaire que la résolution soit prononcée par le juge. Pourtant la Cour de cassation vient d'admettre récemment que « *la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre y mette fin de façon unilatérale à ses risques et périls* » (Cass. civ. 1^{ère}, 13 octobre 1998, D. 1999, p. 198, note CH. JAMIN ; somm. p. 115, obs. PH. DELEBECQUE ; JCP 1999, éd. G, II, 10133, note N. RZEPECKI ; Rép. Defrénois 1999, p. 374, obs. D. MAZEAUD) « *peu important que le contrat soit à durée déterminée ou indéterminée* » (Cass. civ. 1^{ère}, 20 février 2001, D. 2001, p. 1568, note CH. JAMIN ; somm. p. 3239, obs. D. MAZEAUD ; Rép. Defrénois 2001, p. 705, obs. E. SAVAUX ; RTD civ. 2001, p. 363, obs. J. MESTRE, B. FAGES ; RDC 2003, p. 149, obs. Y. LEQUETTE ; Cass. civ. 1^{ère}, 14 janvier 2003, CCC 2003, comm. n°87, obs. L. LEVENEUR). La même évolution étant notable dans des pays voisins (BGB, art. 324, 325 ; Principes du droit européen des contrats, art. 4.301, voir J. ROCHFELD, *Résolution et exception d'inexécution, in Les concepts contractuels français à l'heure des Principes du droit européen des contrats*, sous la direction de P. Rémy-Corlay et D. Fenouillet, Dalloz 2003, p. 213 ; Principes Unidroit, art. 7.3.1, voir G. D'ANDRADE, *L'influence des principes Unidroit sur le droit français*, Thèse La Réunion 2004), certains auteurs estiment que l'article 1184 devrait être révisé pour laisser plus de place à la rupture unilatérale (D. TALLON, *L'article 1184 du Code civil, Un texte à rénover*, Clés pour le siècle 2000, p. 253 ; en ce sens, la Cour de cassation a admis la validité d'une clause de résiliation anticipée qui dispensait le contractant de motiver sa décision de rompre le contrat : Cass. civ. 1^{ère}, 3 avril 2001, D. 2001, somm. p. 3240, obs. D. MAZEAUD ; Rép. Defrénois 2001, p. 1048, obs. E. SAVAUX ; JCP 2001, éd. G, I, 354, obs. J. ROCHFELD ; RTD civ. 2001, p. 584, obs. J. MESTRE, B. FAGES. Cette décision est critiquée car elle permet l'abus de force obligatoire du contrat et empêche le juge de contrôler une rupture fondée sur un motif fallacieux, voir PH. JESTAZ, *Rapport de synthèse, in L'unitarisme et le droit des obligations, op. cit.* ; J. ROCHFELD, *Les droits potestatifs accordés par le contrat*, Mélanges J. Ghestin, LGDJ 2001 ; D. MAZEAUD, *Durée et expiration du contrat*, RDC 2004/1, p. 129 et s., n°14). Certes une telle résolution unilatérale est bornée de nombreuses conditions : il faut une faute grave et, en toute hypothèses, le juge contrôle *a posteriori* que la résolution unilatérale n'a pas été prononcée abusivement par une partie (CH. JAMIN, *Les sanctions unilatérales de l'inexécution du contrat, in L'unitarisme et le droit des obligations, op. cit.*, p. 71). Quoi qu'il en soit, par la montée de l'unitarisme, le droit des contrats privés se rapproche du droit des contrats administratifs.

¹ Cass. com., 19 novembre 1996, D. 1997, p. 609, note A. ZELCEVIC-DUHAMEL (nullité d'un contrat de location de vidéo-cassettes qui laisse au loueur la définition discrétionnaire de l'objet de la convention) ; H. LECUYER, *La modification unilatérale du contrat, in L'unitarisme et le droit des obligations, op. cit.*, p. 48.

² TH. REVET, *La détermination unilatérale de l'objet dans le contrat, in L'unitarisme et le droit des obligations, op. cit.*, p. 31.

ans d'incertitude, la Cour a considéré que le prix d'une commande pouvait être fixée par référence aux tarifs pratiqués, au jour de la commande, par le fournisseur¹.

Ainsi, comme les contrats administratifs, certains contrats de droit privé peuvent être modifiés à l'initiative d'un seul contractant². Dans un cas comme dans l'autre, ces modifications sont cependant encadrées :

- en droit administratif, la modification ne saurait entraîner le bouleversement du contrat en remettant en cause ses dispositions essentielles³ ; serait ainsi fautive⁴ et pourrait ouvrir droit à résiliation fautive aux torts de l'administration⁵ une modification trop importante.

- on est alors tout proche du système de la Cour de cassation : en effet, la modification du prix est valable sauf abus dans la détermination qui ouvre droit à indemnisation ou à résiliation. Derrière les termes qui diffèrent, la communauté d'idée est patente : si une modification unilatérale peut être admise, c'est à la condition qu'elle ne débouche pas sur un contrat déséquilibré, disproportionné.

Le même rapprochement est notable par la réception, en droit privé, de la théorie de l'imprévision.

2°/ La réception de la théorie de l'imprévision

13. – La théorie de l'imprévision est sans doute l'un des plus fameux points de divergence entre le contrat de droit privé et le contrat administratif. Admise en droit administratif depuis le célèbre arrêt *Gaz de Bordeaux*⁶, elle est rejetée en droit privé par le non moins célèbre arrêt du *Canal de Craponne*⁷. Pourtant, en droit privé, on admet de plus en plus souvent que le contrat puisse être, doit être, adapté aux événements extérieurs⁸.

¹ Cass. Ass. Plén., 1^{er} décembre 1995, D. 1996, p. 13, concl. M. JEOL, note L. AYNES ; JCP 1996, éd. G. II, concl. M. JEOL, note J. GHESTIN ; Grands arrêts n°151 et s.

² L'administration dispose d'un pouvoir de modification mais il vise seulement les clauses non financières du contrats (CE 16 mai 1941, *Commune de Vizille*, Rec. p. 93 ; CE 16 janvier 1946, *Ville de Limoges*, Rec. p. 15). Toutefois, certains auteurs font valoir que le pouvoir concerne aussi les clauses financières (L. RICHER, *Droit des contrats administratifs, op. cit.*, n°331 se fondant sur CE, 2 février 1983).

³ CE, CITEM, 14 mars 1980, D. 1980, p. 495, note THERON.

⁴ CE, 14 avril 1948, *Ministère des Armées/Soc. gén. d'entreprises*, Rec. p. 159 ; CE, 27 octobre 1978, *Ville de Saint-Malo*, Rec. p. 401.

⁵ CE, 23 juin 1920, *Briançon*, Rec. p. 624.

⁶ CE, 30 mars 1916, S. 1916, 3, 17, concl. CHARDENET, note M. HAURRIOU.

⁷ Cass. civ., 6 mars 1876, DP 1876, 1, p. 163, note GIBOULOT : « la règle que consacre l'article 1134 est générale et absolue et régit les contrats dont l'exécution s'étend à des époques successives de même que ceux de tout autre nature. Dans aucun cas, il n'appartient aux tribunaux, quelque équitable que puisse leur paraître leur décision, de prendre en considération le temps et les circonstances pour modifier les conventions des parties et substituer des clauses nouvelles à celles qui ont été librement acceptées par les contractants ».

⁸ CH. JAMIN, *Révision et intangibilité du contrat, ou la double philosophie de l'article 1134*, Dr. et patrimoine mars 1998, p. 46 ; B. FAUVARQUE-COSSON, *Le changement de circonstances*, RDC 2004/1, p. 67 ; PH. STOFFEL-MUNCK, *Regards sur la théorie de l'imprévision, vers une souplesse contractuelle en droit français contemporain*, PUAM 1994.

14. - C'est d'abord la loi qui impose souvent la modification du contrat pour l'adapter aux circonstances économiques. Sans évoquer les lois de circonstances pour ajuster les contrats après les périodes de guerre¹, citons l'article L. 131-5 du Code de la propriété intellectuelle² ou encore l'article 833-1 du Code civil³.

15. - C'est ensuite la jurisprudence qui a rendu deux arrêts remarquables, peut-être exagérés, dans lesquels elle a contraint un fournisseur à adapter ses tarifs pour permettre à son distributeur de pratiquer des prix concurrentiels⁴. De telles solutions peuvent être rapprochées de celles retenues par la chambre sociale qui fonde l'obligation de l'employeur d'assurer l'adaptation du salarié à l'évolution de son emploi⁵. Ces solutions se fondent sur une vision dynamique de l'article 1134 al. 3 et il est probable que, sous la pression des droits étrangers⁶ ou de l'harmonisation européenne des contrats⁷, cette spécificité française finisse par disparaître⁸. Face à un tel tableau, n'est-il pas temps d'abolir cette imaginaire frontière de l'imprévision entre les contrats administratifs et les contrats de droit privé⁹ ?

¹ Voir F. TERRE, PH. SIMLER, Y. LEQUETTE, *Droit des obligations*, Dalloz 2003, n°443.

² Ce texte autorise l'auteur d'une œuvre à demander la révision du contrat s'il subit une lésion de plus des 7/12èmes.

³ Ce texte prévoit une réévaluation de la soulte due par un co-partageant lorsque « *par suite de circonstances économiques, la valeur marchande d'un bien mis dans son lot a augmenté ou diminué d'un quart depuis le partage* ».

⁴ Cass. com., 3 novembre 1992, JCP 1993, éd. G, II, 22616, note G. VIRASSAMY ; RTD civ. 1993, p. 124, obs. J. MESTRE : « *en privant, en l'absence de toute force majeure, un distributeur agréé des moyens de pratiquer des prix concurrentiels, une société pétrolière n'a pas exécuté le contrat de bonne foi et doit dédommager son contractant du préjudice subi* » Cass. com., 24 novembre 1998, Rép. Defrénois 1999, p. 371, obs. D. MAZEAUD ; RTD civ. 1999, p. 98, obs. J. MESTRE : « *manque à son obligation de loyauté le mandant qui, informé des difficultés de son agent commercial ne prend pas des mesures concrètes pour lui permettre de pratiquer des prix concurrentiels* »).

⁵ Cass. soc., 25 février 1992, D. 1992, p. 390, note M. DEFOSSEZ ; RTD civ. 1992, p. 760, obs. J. MESTRE.

⁶ C. WITZ, *Force obligatoire et durée des contrats*, in *Les concepts contractuels français à l'heure du droit européen des contrats*, sous la direction de P. Rémy-Corday et D. Fenouillet, Dalloz 2004, p. 175 ; D. TALLON, *La révision pour imprévision du contrat au regard des enseignements récents du droit comparé*, Mélanges Sayag, 1997, p. 403.

⁷ Les textes internationaux sont partagés : la Convention de Vienne semble exclure la révision du contrat pour imprévision (art. 79) ; les principes UNIDROIT (Art. 6-21 à 6-23) ou LANDO (art. 6 :111 : « *une partie est tenue de remplir ses obligations quand bien même l'exécution en serait devenue plus onéreuse, soit que le coût de l'exécution ait augmenté, soit que la valeur de la contre-prestation ait diminué. Cependant, les parties ont l'obligation d'engager des négociations en vue d'adapter leur contrat ou d'y mettre fin si cette exécution devient onéreuse à l'excès pour l'une d'elles en raison d'un changement de circonstances* ») donnent au juge le pouvoir soit de résoudre, soit de modifier le contrat.

⁸ Les canaux techniques pour recevoir la théorie de l'imprévision ne manquent pas : on peut faire valoir la théorie de la cause qui, d'après Capitant, ne doit pas jouer uniquement lors de la formation du contrat, mais aussi lors de son exécution (voir A. CERMOLACCE, *La cause dans l'exécution du contrat*, PUAM 2002, Préf. J. Mestre). On peut encore utiliser la bonne foi dans l'exécution (arrêt Huard), ou les suites que l'équité impose (C. civ., art. 1135). Enfin on aurait pu sous-entendre à *Pacta sunt servanda*, la clause *rebus sic stantibus* (tant que les circonstances restent les mêmes) prônée au niveau de la morale par Saint-Thomas d'Aquin.

⁹ Au demeurant, cette opposition est passablement théorique. En pratique, les clauses de hardship ou de révision sont, en droit privé comme en droit administratif, fréquentes : J.-M. MOUSSERON, *La gestion des*

16. - Au final, dans la phase d'exécution du contrat, les ressemblances sont nombreuses : ni la modification unilatérale, ni l'admission de la théorie de l'imprévision ne sont des traits spécifiques du contrat administratif. Peut-on derrière la convergence des solutions trouver une convergence des caractères ?

II/ CONVERGENCE DES CARACTERES

17. - Pour évoquer la convergence des caractères, je voudrais ici souligner deux points particuliers de l'évolution du droit des contrats privés qui, sans doute, existent également en droit administratif : il s'agit d'abord de la considération de la phase d'exécution au détriment de la phase de formation du contrat ; il s'agit ensuite de la considération d'un équilibre entre les contractants. L'exécution plus que la formation (A), l'équilibre contractuel (B), tels seraient alors les caractères communs.

A/ L'exécution plus que la formation.

18. - L'attention que la doctrine privatiste a portée au contrat s'est longtemps focalisée sur sa période de formation. Cette étape était essentielle puisque, d'elle, dépendait toute la phase d'exécution : le contrat devait être exécuté tel qu'il avait été conclu ; les parties devaient recevoir les avantages qu'elles avaient escomptés... tout ramenait finalement à la formation, à ce qui a été voulu.

La perspective est en train de changer : le fait, en droit privé comme en droit administratif, d'autoriser des modifications ou des adaptations du contrat traduit un décrochage entre la formation (ce qui a été voulu) et l'exécution (ce qui est). Ce décrochage a déjà été mis en évidence par la doctrine nord américaine qui a identifié les « contrats relationnels »¹ : dans ces contrats, ce qui est essentiel n'est pas l'échange de biens mais l'existence et le maintien de la relation contractuelle. Même si ces théories des contrats relationnels font l'objet de critiques tenant à l'absence de définition précise de la notion, elles apporteraient beaucoup pour réduire l'opposition entre les contrats de droit privé et les contrats administratifs.

Par exemple, puisque la relation importe plus que le reste, on ne peut exiger du contrat qu'il enferme, dès sa rédaction initiale, tout l'avenir de la relation contractuelle. L'exigence de « *présentiation* » qui contraint les parties à envisager dès à présent leur futur se fait alors moins pesante et l'on admet que le contrat puisse être incomplet ou vague. Ne peut-on alors expliquer, par là, la fixation unilatérale du

risques par le contrat, RTD civ. 1988, p. 481 ; R. FABRE, *Les clauses d'adaptation dans les contrats*, RTD civ. 1983, 1 ; R. CHAPUS, *Traité de droit administratif général*, t. 1, 13^{ème} éd., *op. cit.*, n°1388.

¹ I.R. MAC NEIL, *The new social contract. An Inquiry into Modern Contractual Relations*, Yale University Press, 1980, spec. p. 20 et s. ; et en droit français, H. MUIR-WATT, *Du contrat relationnel*, in *La relativité du contrat*, Trav. Assoc. H. Capitant, LGDJ 1999, p. 69 et s. ; J. ROCHFELD, *Les modes temporels d'exécution du contrat*, RDC 2004/1, p. 47, spéc. n°23 et s. Opposés aux « discrete contrats » (les contrats discrets ou contrats transactionnels) qui, organisant un simple échange de biens, permettraient à chaque contractant de maximiser son profit individuel, les « relational contracts » mettraient à l'inverse l'accent sur la naissance d'une véritable relation entre les parties. De fait, l'échange des biens ou des prestations n'en constitueraient pas le pôle, celui-ci se déplaçant vers les diverses relations et les comportements entourant les échanges à effectuer.

prix dans le contrat-cadre et la modification unilatérale du contrat par l'administration ?

B/ L'équilibre contractuel

19. - L'équilibre contractuel était longtemps abandonnée aux parties : libres de contracter, on ne concevait pas qu'elles consentent à un contrat qui lèserait leurs intérêts. Le contrat était nécessairement juste et équilibré ; les parties étaient le mieux placées pour apprécier ce qui était équilibré.

L'admission des modifications unilatérales, la réception de la théorie de l'imprévision doivent aller de pair avec la considération des intérêts réciproques des contractants. Je pense que cette quête d'un équilibre contractuel est commune aux contrats de droit privé¹ et aux contrats administratifs. En effet, si l'on admet la modification ou la résiliation du contrat, c'est toujours à une double condition : d'une part, que cela ne résulte pas d'un caprice d'un contractant (il y a donc un contrôle de la motivation nécessaire) et d'autre part, que le contractant qui subit la modification ou l'indemnisation soit indemnisé².

20. - Cette double condition, contrôle de la motivation/indemnisation du contractant, conduit à des solutions identiques dans de nombreux contentieux : par exemple, en droit administratif³ comme en droit privé⁴, il a été jugé que le droit de résilier unilatéralement le contrat était paralysé lorsque le contractant avait procédé à des investissements importants qu'il n'avait eu le temps d'amortir. D'un point de vue plus théorique, on assiste, en droit administratif⁵ comme en droit privé⁶, à l'émergence de notions mises au service de l'équilibre contractuel. C'est le cas, par exemple, de la notion d'« économie du contrat »⁷.

¹ V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*, PUAM 2001 ; L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*, Thèse Orléans 2002 ; S. PECH-LE GAC, *La proportionnalité en droit privé*, Thèse Paris XI, 2000 ; D. BAKOUCHE, *L'excès en droit civil*, Thèse Paris II, 2001.

² On peut ainsi considérer que la confiance légitime qu'il a placée dans l'exécution du contrat n'est pas déçue puisqu'il recevra l'équivalent de ce qu'il attendait.

³ CE, 20 janvier 1905, Comp. départ. des eaux, Rec. p. 54, concl. L. ROMIEU ; CE, 26 novembre 1971, Sté de fertilisants humides, Rec. p. 723 ; RDP 1972, p. 1245, note M. WALINE ; CE 13 juillet 1968, Soc. établis. Serfati, RDP 1969, p. 123, note M. WALINE.

⁴ Cass. com., 20 janvier 1998, D. 1998, p. 413, note CH. JAMIN ; RTD civ. 1998, p. 675 ; D. 1999, somm., p. 114, obs. D. MAZEAUD ; JCP 1999, éd. G, II, 10018, note J.-P. CHAZAL.

⁵ Les avenants ne peuvent porter atteinte à l'économie du contrat, voir L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., n°302.

⁶ Cass. com., 15 février 2000, Bull. civ. IV, n°29 ; D. 2000, somm. p. 264, obs. PH. DELEBECQUE ; Rép. Defrénois 2000, p. 118, obs. D. MAZEAUD ; RTD civ. 2000, p. 325, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; JCP 2001, éd. E, I, 320, obs. J.-B. SEUBE. Plus largement, J. MOURY, *Une embrassante notion : l'économie des contrats*, D. 2000, chron., p. 382 ; A. ZELCEVIC-DUHAMEL, *La notion d'économie du contrat en droit privé*, JCP 2001, éd. G, I, 300.

⁷ La notion est encore connue en droit constitutionnel (« le législateur ne saurait porter à l'économie des conventions légalement conclues une atteinte d'une gravité telle qu'elle méconnaisse manifestement la liberté découlant de l'article 4 de la DDH » Déc. 98-401 du 10 juin 1998 ; RTD civ. 1998, p. 798, obs. N. MOLFESSIS ; RTD civ. 1999, p. 78, obs. J. MESTRE ; adde, Déc. 99-416 du 23 juillet 1999, JO 28 juillet 1999, p. 11250 ; Déc. 99-423 du 13 janvier 2000, JO 20 janvier 2000, p. 992 ; Déc. 2000-436 du 7

21. – En droit privé comme en droit administratif, le contrat présente des caractères communs. On en arrive alors à se demander s’il serait possible de trouver, derrière la convergence des solutions et la convergence des caractères, une convergence des fondements.

III/ CONVERGENCE DES FONDEMENTS

22. - Autant il est facile de relever des solutions et des caractères communs aux contrats administratifs et aux contrats de droit privé, autant il peut être hasardeux d’en déduire des fondements communs. Pourtant, tous les auteurs qui se sont penchés sur les relations entre contrats de droit privé et contrats administratifs admettent que seul leur régime juridique diffère tandis que la notion de contrat reste la même¹. Il doit donc être possible de trouver des fondements communs aux contrats. Le problème se focalise essentiellement sur leur force obligatoire. Ma proposition est la suivante : en droit privé comme en droit administratif, on assiste à l’érosion des fondements classiques (A) et à l’émergence de fondements nouveaux (B), ces derniers n’éclipsant pas les premiers mais cohabitent avec eux.

A/ L’érosion des fondements classiques

23. - L’érosion des fondements classiques est trop connue pour s’y attarder longtemps. Elle consiste, pour les contrats de droit privé, en l’érosion du principe de l’autonomie de la volonté (1) et, pour les contrats administratifs, en l’érosion du fondement de la participation au service public (2).

1°/ L’érosion du principe de l’autonomie de la volonté

24. - En droit privé, le fondement de l’autonomie de la volonté s’effrite. Il n’était finalement concevable que dans une situation d’égalité entre les contractants : parce qu’on ne conçoit pas qu’un individu libre consente à un contrat qui lèserait ses intérêts, il est normal que le contrat « tienne lieu de loi » à ceux qui l’ont fait. Ce mythe s’effondre dès lors que les contractants ne sont pas dans une situation d’égalité : le contrat devient un moyen pour le fort d’imposer sa volonté à un faible. Loin de réaliser un équilibre, il devient un moyen d’asservir un contractant à la volonté de l’autre. De là les nombreuses atténuations à la force obligatoire du contrat, de là l’intervention croissante du juge et du législateur dans le contrat².

décembre 2000, JO 14 décembre, p. 19840). Cette solution été réitérée à quelques nuances près (Déc. 2002-465 du 13 janvier 2003, RDC 2003, p. 9, obs. TH. REVET ; D. 2003, chr., p. 638, B. MATHIEU).

¹ Voir notamment R. DRAGO, *Paradoxes sur les contrats administratifs*, op. cit ; *Le contrat administratif aujourd’hui*, op. cit.

² Le fondement de l’autonomie de la volonté est aussi critiqué par Kelsen. La force obligatoire du contrat ne découle pas de l’accord des volontés ; elle dérive de ce que le droit objectif reconnaît cette force à l’accord (H. KELSEN, *La théorie juridique de la convention*, ADP 1940, p. 33 et s.). En d’autres termes, l’accord des volontés n’est pas le fondement du contrat, mais la procédure spécifique de création des effets juridiques (rapp. J. GHESTIN, *La notion de contrat*, D. 1990, chron., p. 23).

2°/ L'érosion du principe de la participation au service public

25. – En droit public, le fondement des « règles applicables aux contrats administratifs »¹ se nourrissait de la participation du contrat au service public²: C'est parce que le contrat participe au service public que l'administration peut décider à tout moment sa modification³ ou sa résiliation⁴. Pourtant, on aurait tort de croire que ce fondement suffit à expliquer toutes les solutions.

Par exemple, le Conseil d'Etat se montre parfois sensible à des arguments d'équité. Ainsi, en ce qui concerne l'imprévision, on considérait traditionnellement qu'elle n'avait pas vocation à être appliquée quand le contrat dont l'économie avait été bouleversée était venu à son terme⁵. Pourtant, le Conseil d'Etat a admis qu'une indemnité d'imprévision soit attribuée après que le contrat a pris fin⁶. Il apparaît ainsi que le lien entre la théorie de l'imprévision et le principe de continuité des services publics n'exclut pas que, pour des raisons d'équité, la théorie soit mise en œuvre pour assurer l'équilibre entre les contractants.

Cette érosion des fondements traditionnels permet l'émergence de fondements nouveaux qui, encore une fois, ne les éclipsent pas.

B/ Emergence de fondements nouveaux.

26. - L'émergence de fondements nouveaux impose, en préalable, une réflexion sur le droit des contrats. Cette réflexion est amorcée par F. Collart-Dutilleul auquel nous empruntons le passage qui suit⁷. On a longtemps raisonné comme si le droit des contrats était un droit autonome : c'était donc essentiellement au sein du droit des contrats qu'on recherchait des règles ou des fondements nouveaux à destination des contrats. L'exemple de l'indétermination du prix est, en droit privé, saisissant : pour remédier à la situation de dépendance d'un contractant par rapport à un autre, on a d'abord sollicité l'article 1591 du Code civil⁸ puis l'article 1129⁹. Devant l'effet dévastateur de ces solutions, on a cherché à en atténuer la rigueur par la distinction obligation de moyens/obligations de résultat ou encore par l'existence ou l'inexistence d'une obligation d'approvisionnement¹⁰. Tous ces fondements restaient des critères techniques issus du droit des contrats.

¹ CE Ass, 2 mai 1958, 2 mai 1958, Distillerie de Magnac-Laval, D. 1958, p. 730, note A. DE LAUBADERE ; CE Ass, 2 février 1987, Soc. TV6, RFDA 1987, p. 29, concl. M. FORNACCIARI ; CE, 31 juillet 1996, Soc. des téléphériques du massif du mont-Blanc, AJDA 1996, p. 788, note J.-P. GILLI.

² L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, op. cit., n°120 et s.

³ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t.1, 13^{ème} éd., 2000, n°1382, p. 1161 et 1162.

⁴ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, t.1, 13^{ème} éd., 2000, n°1377, p. 1157.

⁵ CE, 28 novembre 1952, Rec. p. 542.

⁶ CE, 12 mars 1976, AJDA 1976, p. 552, concl. D. LATEBOULLE.

⁷ A laquelle invite F. COLLART-DUTILLEUL, *La place du contrat dans l'ordonnement juridique*, préc.

⁸ Cass. com., 27 avril 1971, Bull. civ. IV, n°107 ; J.-M. MOUSSERON et A. SEUBE, *A propos des contrats d'assistance et de fourniture*, D. 1973, chron., p. 197.

⁹ Cass. com., 11 octobre 1978, D. 1979, p. 135, note R. HOUIN.

¹⁰ Cass. com., 26 février 1991, D. 1992, somm. p. 192, obs. G. PAISANT ; Cass. com., 22 janvier 1991, D. 1991, p. 175, concl. M. JEOL ; RTD civ. 1991, p. 322, obs. J. MESTRE.

C'est uniquement à compter de 1994¹ et de 1995² que l'on est sorti de l'impasse en recourant, non plus à des règles propres au droit des contrats, mais à une règle issue plus générale, au-dessus du droit des contrats : la prohibition de l'abus, l'exigence de bonne foi. Le changement réside donc dans la référence faite à un critère issu du droit en général, et non du droit des contrats³. On s'aperçoit, par cet exemple, qu'il est possible de chercher des fondements en dehors du droit des contrats⁴ ; on s'aperçoit donc qu'il y a du droit pour les contrats en dehors du droit des contrats⁵.

27. - Reste alors à déterminer quelles sont les composantes de ces principes communs. On peut les percevoir en faisant un bref détour par le droit de la concurrence qui pose des principes forts régissant les relations entre les contractants.

Dans les relations entre les contractants, le droit de la concurrence assure tout d'abord le principe de liberté contractuelle, à travers la liberté de commerce et d'industrie. Mais il le fait sans craindre de poser des limites à la libre détermination du contenu contractuel.

Ensuite, le droit de la concurrence restaure le principe d'égalité des contractants, notamment en affirmant la nécessité de la transparence⁶ et en sanctionnant l'abus de position dominante⁷ ou l'abus de dépendance économique⁸.

Enfin, le droit de la concurrence impose à chaque contractant en position de force d'intégrer la considération et l'intérêt de son partenaire dans la détermination du contenu contractuel. L'article L. 442-6 du code de commerce fustige les nombreux abus de pouvoir : pratiquer des prix, des conditions ou des délais non justifiés par des contreparties réelles ; obtenir ou tenter d'obtenir un avantage qui ne correspond pas à aucun service effectivement rendu ou disproportionné au regard de la valeur du service rendu ; abuser d'une relation de dépendance en soumettant le partenaire à des conditions commerciales ou obligations injustifiées ; obtenir des prix ou des conditions sous la menace d'une rupture....Ne pourrait-on pas percevoir là une manifestation ponctuelle d'une exigence plus générale de fraternité ?

28. - Liberté des contractants, égalité des contractants, fraternité entre contractants voilà quels seraient, et dans l'ordre, les nouveaux fondements du droit des contrats... trouvés en dehors du droit des contrats. De tels fondements peuvent

¹ Cass. civ. 1^{ère}, 29 novembre 1994, D. 1995, p. 122, note L. AYNES.

² Cass. Ass. Plén., 1^{er} décembre 1995, préc.

³ Cependant, il faut reconnaître que la Cour de cassation rattache la solution aux articles 1134 et 1135 du Code civil, comme s'il était inconcevable que le strict droit des contrats put ne pas se suffire à lui-même.

⁴ Rapp. E. SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, LGDJ, Bibl. dr. privé, 1997, Préf. J.-L. Aubert.

⁵ A vrai dire, cette réception dans le droit des contrats d'idées économiques, morales ou politiques a été mise à jour de longue date, notamment par les ouvrages de Ripert (*La règle morale dans les obligations civiles ; Aspects juridiques du capitalisme moderne ; Le régime démocratique et le droit civil moderne*).

⁶ C. com., art. 441-1 et s.

⁷ C. com., art. L. 420-2, I, 1^o et T. de Rome, art. 82.

⁸ C. com., art. L. 420-2, I, 2^o et T. de Rome, art. 82.

sembler bien vagues, bien généraux ; peut-être même donnent-ils le vertige¹. Ils ouvrent peut-être la voie d'une synthèse possible entre les contrats de droit privé et les contrats administratifs qui, au fond, ne sont pas si éloignés que cela.

Saint Denis, le 20 avril 2004

¹ J.-P. CHAZAL, *Les nouveaux devoirs des contractants ; est-on allé trop loin ?* in *La nouvelle crise du contrat*, op. cit., p. 132 : « En généralisant à l'excès ses décisions, la Cour de cassation en obscurcit la clarté ; en se délectant de principes, elle multiplie les exceptions. A n'en pas douter, les règles et principes généraux ne doivent pas être bannis du droit, ne serait-ce parce qu'ils permettent une économie de moyens et de temps. Mais il ne faut pas qu'ils deviennent, par une économie de réflexion, des dogmes ou des espèces de formules magiques dont l'hermétisme dissimule la vacuité ».

