

Etudier les emprunts - réels et potentiels - du droit privé au droit public en matière contractuelle n'est pas chose courante. En effet, s'il est classique, pour un publiciste, de s'interroger sur les emprunts du droit des contrats administratifs au droit privé des contrats, le travail en sens inverse n'a été que très rarement entrepris par les privatistes. Dès le début du 20^e siècle, dans un recueil d'études publié en l'honneur du doyen Gény, Georges Renard avait pourtant insisté sur l'intérêt que pourrait représenter une telle recherche. Près d'un siècle plus tard, on ne peut que constater - et regretter - qu'il ne fut guère entendu par la doctrine civiliste. Le contexte actuel nous offre cependant l'occasion de rattraper cette erreur.

En matière contractuelle, l'actualité est en effet dominée par les débats relatifs à la future réforme du titre III du livre III du code civil. Pendant un temps, on a pu croire - en l'espérant ou en le redoutant - que cette réforme viendrait « d'en haut », c'est-à-dire des instances de l'Union européenne. On en doute sérieusement aujourd'hui. Certes, l'idée d'un code européen des contrats n'est pas morte, loin de là. En effet, aux « codifications » d'initiative privée (Principes Lando, code Gandolfi), il faut désormais ajouter une œuvre doctrinale directement commandée par les instances communautaires : le cadre commun de référence. Toutefois, si l'on en croit les communications les plus récentes de la Commission, il semble que ce texte soit appelé à devenir, non pas un droit commun uniforme, ni même un instrument optionnel, mais, plus modestement, une simple « boîte à outils » permettant d'assurer la cohérence et la qualité des textes européens à venir (pour une présentation plus précise de cet « état des lieux », v. B. Fauvarque-Cosson, D. 2008. 2965).

Il paraît donc aujourd'hui acquis que la refonte du droit des contrats se fera « en interne ». Et le mouvement est d'ailleurs bien lancé. En septembre dernier, la Chancellerie a présenté à la communauté des juristes un projet de réforme du droit des contrats, projet qui s'inspire fortement de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription (sous la dir. de P. Catala, Doc. fr., 2005). Après avoir recueilli et étudié les observations formulées par la pratique et la doctrine, et tout particulièrement les recommandations d'un groupe de travail placé sous le haut patronage de l'Académie des sciences morales et politiques (Pour une réforme du droit des contrats, sous la dir. de F. Terré, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009), la Chancellerie a récemment diffusé une version remaniée de ce projet. Sans que l'on puisse être certain du sort qui sera réservé à ce travail préparatoire, le nouveau droit français des contrats semble donc bel et bien en marche.

Le droit des contrats administratifs peut-il être d'une quelconque utilité pour cette réforme du droit privé des contrats ? Les différents promoteurs de la réforme ne l'ont pas pensé. En effet, s'ils n'ont pas manqué, et à juste titre, de s'appuyer sur les solutions adoptées à l'étranger, ils semblent, en revanche, avoir totalement négligé les solutions adoptées par le juge administratif français. Le droit comparé « interne » pourrait pourtant s'avérer, en la matière, tout aussi précieux que le droit comparé « externe ».

L'utilité du droit des contrats administratifs pour le droit privé des contrats semble pouvoir se manifester de deux manières distinctes. En premier lieu, le droit administratif avance, sur certains points, en « éclaireur », en proposant au privatiste de nouveaux horizons, voire de véritables ruptures. En second lieu, le droit administratif, le juge administratif en réalité, joue un rôle que

l'on pourrait qualifier de « conservateur ». En effet, lorsqu'il emprunte au droit privé, le juge administratif s'inspire généralement du droit civil classique, c'est-à-dire d'un droit civil débarrassé des opinions doctrinales particulières et des décisions jurisprudentielles marginales. L'étude de la jurisprudence administrative pourrait donc permettre au privatiste de redécouvrir certaines institutions du droit civil aujourd'hui largement obscurcies par un amas de doctrine et un excès de jurisprudence.

Nouveaux horizons d'un côté, retour aux sources de l'autre, telles pourraient être les deux manifestations, les deux expressions, de l'utilité du droit des contrats administratifs pour le droit civil des contrats.

Nouveaux horizons

Le droit des contrats administratifs est-il - ou pourrait-il être demain - une source d'inspiration pour le droit civil des contrats ? La réponse à cette question semble être positive, il est en effet possible d'identifier plusieurs manifestations de l'influence réelle ou potentielle du droit public sur le droit privé.

On songe tout d'abord au développement contemporain de l'« unilatéralisme » en droit privé des contrats (v., en ce sens, J.-B. Seube, Contrats privés-contrats administratifs : points de convergence ?, art. préc., spéc. n° 11 et s.). Figure classique du droit des contrats administratifs (2), l'unilatéralisme s'est en effet récemment épanoui dans la jurisprudence judiciaire. Que l'on songe ainsi à la possible détermination unilatérale du prix dans les contrats de longue durée (Cass. ass. plén., 1er déc. 1995, GAJC, t. 2, Dalloz, 12e éd., 2008, n° 152-155) ou encore à l'admission de la résolution unilatérale et extrajudiciaire du contrat en cas de manquement grave (Civ. 1re, 13 oct. 1998, GAJC, préc., n° 180). Relativement bien accueillies par la doctrine privatiste, ces deux manifestations de l'unilatéralisme contractuel sont d'ailleurs consacrées, tant dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations (art. 1121-4 et 1158), que dans le projet de réforme du droit des contrats de la Chancellerie (art. 82 et 166).

On doit toutefois doublement relativiser la réalité de cet emprunt. Tout d'abord, et ce point ne saurait être négligé, la Cour de cassation encadre l'exercice de ces prérogatives unilatérales. Ainsi, le prix unilatéralement déterminé ne doit pas être « abusif » : il ne saurait être fixé dans le seul intérêt de la partie forte au mépris de l'intérêt de la partie faible. De même, la résiliation unilatéralement décidée ne doit pas être « injustifiée » : elle ne saurait être mise en œuvre en l'absence d'un manquement grave à l'obligation contractuelle. Ensuite, et surtout, le nouvel « unilatéralisme » du droit privé ne partage pas le même ressort que l'« unilatéralisme » classique du droit public. Les prérogatives reconnues à l'administration sont fondées sur l'intérêt général : il s'agit de reconnaître à la personne publique la possibilité d'adapter le contrat - le cas échéant en y mettant fin - aux nécessités du service public, aux exigences de l'intérêt public. L'« unilatéralisme » naissant du droit privé des contrats a, quant à lui, un tout autre fondement : il traduit une nouvelle conception du contrat, qui serait moins fondé sur l'accord des volontés et le respect de celui-ci, que sur l'efficacité économique et la maximisation des profits. En somme : au « bien commun » du droit public s'opposerait le « chacun pour soi » du droit privé. C'est pourquoi,

davantage que l'« unilatéralisme contractuel », c'est peut-être le « principe d'équilibre contractuel » qui semble aujourd'hui le plus à même d'influencer le droit privé des contrats.

La théorie de l'équilibre financier est parfaitement connue des publicistes (v., entre autres, L. Vidal, *L'équilibre financier du contrat dans la jurisprudence administrative*, Bruylant, Bruxelles, 2005). Rappelons- le, cette théorie a été forgée pour répondre aux aléas que peuvent connaître les contrats administratifs de longue durée, telles les délégations ou concessions de service public. Il s'agit d'assurer, selon les mots des auteurs du *Traité des contrats administratifs*, « le rapport approximatif », l'« équivalence honnête » des charges et des avantages du contractant de l'administration (A. de Laubadère, F. Moderne et P. Delvolvé, *Traité des contrats administratifs*, t. 1, LGDJ, 2e éd., 1983, n° 716). Cette exigence d'équilibre se manifeste, tant au moment de la formation, qu'au niveau de l'exécution du contrat. C'est à ces deux stades de la vie du contrat que l'on peut donc tenter de mesurer l'influence réelle ou potentielle du droit administratif sur le droit civil.

Formation du contrat

Au stade de la formation du contrat, le Conseil d'Etat a pu décider, par exemple, dans une décision Commune du Vésinet du 23 mai 1936 (Lebon 591), que le délégataire de service public devait recevoir une « rémunération normale », c'est-à-dire, selon la doctrine, une somme qui lui assure « la couverture de ses dépenses, une rémunération raisonnable des capitaux investis et un bénéfice normal » (CE 10 avr. 1935, Ville de Toulon, RD publ. 1935. 783, note G. Jèze). Une telle exigence d'équilibre contractuel se retrouve-t-elle en droit privé ? De prime abord, la réponse paraît devoir être résolument négative : la lésion n'est pas, sauf exceptions légales, une cause de nullité ou de révision des conventions en droit civil (art. 1118 C. civ.) et le projet de la Chancellerie ne souhaite nullement revenir sur ce principe (art. 84). Toutefois, on le sait, quelques décisions de la Cour de cassation, fortement relayées en doctrine, semblent indiquer que les hauts magistrats seraient prêts, dans certaines circonstances, à venir en aide au contractant victime d'un déséquilibre contractuel.

On pense ici au contrôle judiciaire de la rémunération des mandataires et de certains entrepreneurs (jurisprudence constante depuis Civ. 29 janv. 1867, D. 1867, 1, 53 ; S. 1867, 1, 245). Rappelons en effet que, selon la Cour de cassation, « les tribunaux peuvent, quand une convention a été passée en vue de l'exécution de travaux donnant lieu à honoraires, réduire ces derniers lorsqu'ils paraissent exagérés ». L'objet et le but de ce contrôle judiciaire sont clairs : il s'agit de sanctionner la disproportion des prestations réciproques.

On songe également à la jurisprudence récente de la première chambre civile, qui a consacré, tout en l'encadrant, la violence dite « économique ». Selon les hauts magistrats, « l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier de violence son consentement » (Civ. 1re, 3 avr. 2002, Bull. civ. I, n° 108 ; D. 2002, Jur., p. 1860, note J.-P. Chazal ; CCC 2002, comm. n° 121, note L. Leveneur ; D. 2002, Somm., p. 2844, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 2002. 502, obs. J. Mestre et B. Fages; Defrénois 2002, p. 1246, obs. E. Savaux). Là encore, le

déséquilibre contractuel, s'il est causé par un abus de faiblesse ou de dépendance économique, peut être sanctionné par les tribunaux.

La chambre commerciale s'est, quant à elle, lancée dans une lutte contre les clauses abusives entre professionnels en réputant non écrites les clauses exagérément limitatives de responsabilité (c'est la fameuse jurisprudence Chronopost inaugurée par la chambre commerciale le 22 octobre 1996, GAJC, n° 157). Ne pouvant se fonder sur les dispositions du code de la consommation, c'est au nom de la cause et de l'article 1131 du code civil que cette lutte contre le déséquilibre des stipulations continue d'être menée (v., en dernier lieu, Com. 4 mars 2008, pourvoi n° 06-18.893). Notons que cette jurisprudence favorable à l'équilibre contractuel est, là encore, consacrée, et même dépassée, par le projet de la Chancellerie. Renouant avec une proposition portée par l'avant-projet de réforme du droit des obligations (art. 1122-2), la dernière version du texte de la Chancellerie propose en effet d'insérer dans le code civil une disposition qui n'aurait rien à envier à l'article L. 132-1 du code de la consommation : « Une clause non négociée qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat peut être supprimée par le juge à la demande du contractant au détriment duquel elle est stipulée ». Tout contrat, qu'il soit conclu entre un professionnel et un consommateur, entre deux consommateurs, ou entre deux professionnels, serait donc désormais soumis à cette exigence d'équilibre des droits et obligations.

Ces trois illustrations (réduction des honoraires, violence économique, clauses abusives) semblent donc attester d'une certaine faveur pour l'équilibre contractuel au stade de la formation du contrat, et partant, d'un certain rapprochement du droit privé des contrats et du droit des contrats administratifs. Toutefois, lorsque l'on regarde les choses de plus près, on ne peut manquer de relever le « contexte » particulier qui a conduit les juges judiciaires, dans ces trois hypothèses, à sanctionner le défaut d'équivalence des prestations. Tout d'abord, on doit rappeler que la réduction des honoraires n'est possible que dans l'hypothèse où ils ont été fixés antérieurement à la réalisation de la prestation contractuelle. En effet, si le client a accepté le montant de la rémunération postérieurement à la réalisation de l'activité, il ne pourra pas se plaindre de son caractère manifestement exagéré (v. parmi d'autres, Civ. 2e, 5 juin 2003, Bull. civ. II, n° 169). Pourquoi ? Tout simplement parce qu'il était alors en mesure d'apprécier la valeur du service rendu. Ensuite, il faut avoir à l'esprit, qu'en matière de violence économique, si le déséquilibre est sanctionné, c'est uniquement parce que l'on estime que le « consentement » de la partie en position de faiblesse ou de dépendance a été « vicié ». Enfin, pour l'élimination des clauses abusives, le projet de la Chancellerie précise que la clause à l'origine du déséquilibre doit être une clause « non négociée ». Par où l'on comprend que lorsque le juge judiciaire est amené à sanctionner un contrat déséquilibré, il ne se contente nullement de l'existence du déséquilibre, il exige également que celui-ci soit dû à une volonté insuffisamment libre (violence économique, clauses abusives) ou insuffisamment éclairée (réduction des honoraires, clauses abusives). Il faut donc, là encore, relativiser l'ampleur de l'influence du droit des contrats administratifs sur le droit privé des contrats : le principe de l'équilibre contractuel au stade de la formation du contrat n'a pas - et ne peut sans doute pas avoir - la même force en droit administratif et en droit privé.

Exécution du contrat

Qu'en est-il au stade de l'exécution du contrat ? On touche ici à la délicate question de la révision pour imprévision. Or, on le sait, lorsque l'on veut illustrer l'opposition du droit privé et du droit administratif en matière contractuelle, c'est précisément cette question de la révision pour imprévision que l'on met systématiquement en avant. Rejetée par la Cour de cassation, la révision pour imprévision est acceptée par le Conseil d'Etat. C'est Canal de Craponne contre Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux ! Mais cette opposition est-elle toujours d'actualité ? Ne s'est-elle pas, sinon effacée, du moins atténuée ?

Si l'on se penche du côté du « droit-modèle », du côté du droit administratif, il faut commencer par rappeler que le Conseil d'Etat subordonne l'admission de la révision pour imprévision à différentes conditions. D'une part, l'événement qui affecte l'exécution du contrat doit être imprévisible et extérieur aux parties. D'autre part, une simple modification de l'équilibre contractuel n'est pas suffisante : il faut apporter la preuve d'un véritable « bouleversement de l'économie du contrat ». Toutefois, même ainsi encadrée, la révision pour imprévision demeure admise en matière administrative. Le droit public peut-il - doit-il - servir de modèle sur ce point au droit privé ?

Il pourrait être tentant de répondre négativement à cette question en rappelant que l'admission de l'imprévision en droit administratif est moins justifiée par la volonté de maintenir l'équilibre contractuel que par celle d'assurer la continuité du service public. Or, faute pour les contrats de droit privé de remplir une telle mission d'intérêt général, il n'y aurait aucune (bonne) raison de transposer cette solution en droit civil. Cette remarque peut toutefois être doublement relativisée. Tout d'abord, le Conseil d'Etat a déjà accepté de faire jouer la théorie de l'imprévision alors même que le contrat de concession avait pris fin (v., parmi d'autres, CE 27 juill. 1951, Commune de Montagnac, Lebon 439), ce qui a fait dire à certains auteurs que la continuité du service public n'était pas l'unique fondement de la solution (3) Ensuite, s'il est vrai que les contrats de droit privé ne concourent pas à la réalisation d'une mission de service public, certains contrats de longue durée participent, en raison de leur objet (on pense aux contrats d'approvisionnement en matières premières ou en énergie), sinon à une mission d'intérêt général, du moins à une mission qui rayonne au-delà de la stricte sphère contractuelle.

Le juge judiciaire a d'ailleurs déjà fait un pas - un petit pas certes, mais un pas tout de même - vers l'admission de la révision pour imprévision. En effet, dans ses arrêts Huard de 1992 et Chevassus de 1998, la chambre commerciale de la Cour de cassation a admis qu'en cas de changement de circonstances exposant un distributeur ou un agent commercial à une concurrence renforcée, le fournisseur devait, au nom de l'exigence de bonne foi, renégocier les termes de la coopération commerciale (Com. 3 nov. 1992, JCP 1993, II, 22164, note G. Virassamy ; Defrénois 1993. 1377, obs. J.-L. Aubert ; RTD civ. 1993. 124, obs. J. Mestre ; Com. 24 nov. 1998, Bull. civ. IV, n° 277 ; JCP 1999. II. 10210, note Y. Picod ; JCP 1999. I. 143. n° 6 et s., obs. Ch. Jamin ; Defrénois 1999, p. 371, obs. D. Mazeaud ; RTD civ. 1999. 98, obs. J. Mestre). Toutefois, il ne s'agit pas encore d'une véritable « révision » pour « imprévision », d'une part, car dans ces deux arrêts les circonstances justifiant la renégociation du prix avaient pour origine le fait du contractant et non un événement extérieur aux parties ; d'autre part, car la sanction adoptée n'est pas la révision judiciaire du prix, mais la simple condamnation du fautif au paiement de dommages-intérêts.

Faut-il aujourd'hui aller plus loin ? Le temps est-il venu de remettre en cause la jurisprudence Canal de Craponne et de transposer en droit civil la jurisprudence Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux ? Tel semble être l'avis des rédacteurs du projet de réforme du droit des contrats qui proposent la consécration d'un article 136 ainsi rédigé : « Si un changement de circonstances imprévisible rend l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque, celle-ci peut demander une renégociation à son cocontractant, mais doit continuer à exécuter ses obligations durant la renégociation ». On retrouve ici les différentes conditions posées par la juridiction administrative : un événement imprévisible et extérieur, un bouleversement de l'économie du contrat (« excessivement onéreuse »), mais également l'obligation pour le contractant lésé de continuer l'exécution du contrat. Il existe toutefois une différence avec la jurisprudence administrative et elle est de taille : le juge judiciaire ne pourra procéder à l'adaptation des termes du contrat que si les parties ont consenti à son intervention. En l'absence d'un tel accord, la seule issue sera la résiliation du contrat. Cependant, et sous réserve de cette spécificité, on ne peut nier que la consécration d'une telle disposition au sein du code civil rapprocherait encore davantage le droit privé des contrats du droit des contrats administratifs.

Dans cette dernière hypothèse, c'est le droit public qui sert de modèle au droit privé. Mais le phénomène inverse peut également être observé : il n'est pas rare, on le sait, que le juge administratif s'inspire des solutions du droit civil. Largement étudiés par la doctrine publiciste, ces emprunts du droit public au droit privé sont négligés par la doctrine privatiste. Cette indifférence est regrettable. L'étude de la jurisprudence administrative pourrait en effet leur permettre de redécouvrir certaines notions déformées par des couches successives de doctrine et de jurisprudence. Au-delà de la découverte de nouveaux horizons, c'est à un véritable retour aux sources que nous invite le droit des contrats administratifs.

Retour aux sources

Le droit des contrats administratifs comme « fontaine de jouvence » du droit civil des contrats ? L'idée ne manque pas de surprendre. N'est-ce pas le juge administratif qui a puisé à la source du code civil pour bâtir une théorie cohérente et complète des contrats administratifs ? Quel serait donc l'intérêt, pour le privatiste, de partir à la recherche des concepts que le droit administratif a emprunté au droit civil ? Ne les connaît-il pas déjà ? L'objection est sérieuse. Elle doit pourtant être dépassée. L'étude de la jurisprudence administrative recèle, pour un civiliste, bien des surprises, bien des « souvenirs » serait-on même tenté de dire. En effet, comme un auteur l'a très justement observé, le juge administratif « aime à s'inspirer d'un droit civil classique, débarrassé de ses opinions doctrinales ou de ses positions jurisprudentielles dissidentes » (B. Plessix, thèse préc., n° 222, p. 229). C'est donc aux notions et théories civilistes « classiques » que le juge administratif se réfère : il ne s'embarrasse guère des subtilités ou déformations qu'elles ont pu connaître ou subir dans quelques décisions ou à travers quelques interprétations. Or, c'est sous cet amas de jurisprudence et de doctrine que certaines notions, certaines théories, se meurent aujourd'hui. Le civiliste pourrait être tenté de les sauver en les redécouvrant, pures de toute déformation, dans la jurisprudence administrative. Pour illustrer cette seconde manifestation de l'utilité du droit administratif pour le droit privé des contrats, nous ne prendrons qu'un exemple, mais un exemple particulièrement significatif, puisqu'il s'agit sans doute actuellement de la question la plus controversée en doctrine : le droit français doit-il abandonner la cause ? (4)

La guerre qui oppose les causalistes et les anti-causalistes ne date pas d'hier, ni même d'avant-hier. Une première bataille a eu lieu au début du 20^e siècle, bataille qui fut remportée par les causalistes. Mais la cause doit aujourd'hui faire face à de nouvelles attaques. En effet, depuis quelques années, certains auteurs contestent à nouveau l'utilité de cette notion. Ils semblent d'ailleurs avoir convaincu la Chancellerie qui propose aujourd'hui d'abandonner, sinon la chose, du moins le terme même de cause (5). Les critiques avancées à son encontre peuvent être résumées en deux propositions : tout d'abord, l'exigence de la cause serait une exception française qui susciterait, au mieux l'étonnement, au pire la crainte de nos voisins ; ensuite, la théorie de la cause serait devenue trop complexe, complexité qui la rendrait impraticable. Ces deux arguments sont hautement contestables.

En premier lieu, mais nous ne nous y attarderons pas, car cela nous éloignerait de l'objet de cette étude, il est pour le moins exagéré d'affirmer que l'exigence de la cause est une lubie franco-française. Une telle affirmation ne saurait survivre à une étude de droit comparé. Comme l'a récemment rappelé la cour d'appel de Paris, l'exigence d'une contrepartie, l'exigence d'une cause pour chaque obligation, constitue au contraire « un principe universel du droit des contrats » (CA Paris 13 oct. 2006, Frydman c/ Stevens, RTD civ. 2007. 264, obs. Ph. Delebecque). Cette exigence se retrouve en effet, sous une forme ou sous une autre, dans tous les systèmes juridiques étrangers. C'est le cas des très nombreuses législations qui, directement inspirées par le code civil français, continuent aujourd'hui de proclamer leur attachement à la cause en assurant sa présence et son rayonnement aux quatre coins du globe (6). Mais c'est encore le cas des deux principaux systèmes juridiques traditionnellement invoqués à rencontre de la cause : le droit anglais et le droit allemand. Le droit anglais exige en effet l'existence d'une considération (7) qui ressemble, à s'y méprendre, à la cause contrepartie de l'article 1131 du code civil. Quant au droit allemand, s'il évince l'exigence de la cause au moment de la formation de certains contrats, c'est pour la faire réapparaître immédiatement au stade de leur exécution. Un constat s'impose : le postulat de départ des néo-anticausalistes est erroné ; la cause est tout sauf une exception française ! Aussi, avouons-le, on peine à comprendre comment la Chancellerie peut encore affirmer - sans avancer le moindre début d'explication - que la cause « est inconnue de la plupart des droits étrangers » (v. Fiche d'explication des principales modifications apportées au projet de la Chancellerie suite à la consultation publique de l'automne 2008, qui accompagne la dernière version diffusée du projet). Suffirait-il de répéter inlassablement une contre-vérité pour lui faire perdre son caractère erroné ?

Le second argument invoqué à rencontre de la cause est beaucoup plus sérieux : la cause doit être abandonnée, car elle serait devenue trop complexe. Le constat est juste : la théorie de la cause est devenue - ces dernières années - trop complexe. Pour partie, cette complexité doit être imputée à la jurisprudence. Toutefois, on doit reconnaître qu'à l'exception de quelques décisions (on pense évidemment à l'arrêt Point vidéo, mais également, dans une moindre mesure, à la jurisprudence Chronopost), la Cour de cassation n'a que très rarement fait sortir la cause de son lit. En réalité, la responsabilité de la complexification de la théorie de la cause doit surtout être imputée à la doctrine, tout du moins à une partie d'entre elle, qui n'a pas cessé d'encourager les magistrats à utiliser la théorie de la cause, en la déformant, pour assurer une meilleure protection des contractants en position de faiblesse. Soucieux d'assurer un soi-disant « renouveau » de la cause, ces auteurs, qui plaident aujourd'hui pour son abandon, n'ont fait, en réalité, que favoriser son déclin (les auteurs des Grands arrêts de la jurisprudence civile comparent ainsi leur

comportement à celui du pompier pyromane qui, après avoir allumé l'incendie, crie « au feu » GAJC, préc., n° 156, n° 19). Aussi, si le constat dressé par les néo-anticausalistes est juste (la théorie de la cause est devenue trop complexe), le remède qu'ils proposent apparaît totalement inadapté : ce n'est pas la cause qu'il faut abandonner, ce sont les multiples déformations que la jurisprudence (un peu) et la doctrine (surtout) lui ont fait subir. Autrement dit, la cause ne doit pas être supprimée, elle doit simplement être débarrassée de ses scories.

Et c'est ici que l'étude du droit administratif pourrait être d'une très grande utilité pour le privatiste. Certes, le Conseil d'Etat n'a que très rarement eu l'occasion d'annuler un contrat pour absence de cause ou pour cause illicite. Plusieurs décisions récentes ont toutefois confirmé l'attachement de la haute juridiction administrative à l'exigence portée par l'article 1131 du code civil. Mieux, et c'est là l'essentiel, ces décisions nous montrent que les juges administratifs sont demeurés fidèles à la conception classique de la cause. Dans sa décision OPHLM du Gard (CE 26 sept. 2007, OPHLM du Gard, Lebon 942 ; BJCP 2007. 462, concl. N. Boulouis, et 465, obs. R. S. ; AJDA 2008. 575), le Conseil d'Etat a ainsi annulé une convention pour défaut de cause après avoir constaté que l'obligation contractée par l'office n'avait pas de « contrepartie » : les travaux de viabilisation assumés par l'entrepreneur avaient déjà été réglés au titre d'un précédent contrat. Plus nettement encore, dans un arrêt Commune de La Londe-les-Maures (CE 15 févr. 2008, AJDA 2008. 575 ; Contrats et Marchés publics 2008, comm. n° 78, note J.-P. Piétri), le Conseil d'Etat a très justement affirmé qu'« une convention peut être déclarée nulle lorsqu'elle est dépourvue de cause ou qu'elle est fondée sur une cause qui, en raison du but poursuivi par les parties, présente un caractère illicite ».

Se conformant aux solutions les plus classiques du droit civil (Civ. 1re, 12 juill. 1989, GAJC, préc., n° 156), le juge administratif consacre ici les deux visages de la cause : la cause de l'obligation (la contrepartie objective) qui doit exister ; la cause du contrat (le mobile subjectif) qui doit être licite (8). Or, la cause, c'est cela, et ce n'est que cela ! Aussi, si le législateur souhaitait absolument modifier l'article 1131 du code civil, nous lui conseillerions volontiers de reprendre quasi in extenso la formule employée par le Conseil d'Etat : « un contrat est nul lorsqu'il est dépourvu de contrepartie ou lorsqu'il est conclu dans un but illicite ».

Par où l'on voit que si le droit civil a pu servir à l'élaboration du droit des contrats administratifs, le droit administratif pourrait, à son tour, jouer un rôle non négligeable dans la réforme du droit civil des contrats. Tout à la fois novateur et conservateur, le droit des contrats administratifs mérite donc, sans aucun doute, une plus grande attention de la part des privatistes.

Pour en savoir plus

J. Waline, Recherches sur l'application du droit privé par le juge administratif, thèse, Paris, 1962, spéc. p. 253 et s. ;

Ch. Connan, La réception du droit privé par le droit administratif français, thèse, Poitiers, 2000, spéc. p. 214 et s. ;

B. Plessix, L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif, thèse, préf. J.-J. Biennvenu, éd. Panthéon-Assas, 2003, spéc. n° 71 et s. ;

B. Stirn, Le code civil et la fonction contentieuse du Conseil d'Etat, du code civil écarté au code civil appliqué, RJP/CJEG, n° 618, mars 2005, p. 86 et s. ;

J.-B. Seube, Contrats privés - contrats administratifs : points de convergence ?, in Mélanges en l'honneur du professeur Michel

Guibal, vol. I, Préf. A. Castagné, université Montpellier I, coll. Mélanges, 2006, p. 367 et s.

G. Renard, L'aide du droit administratif pour l'élaboration scientifique du droit privé, in Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény, T. III, Sirey, 1935, p. 77 et s. ;

J. Boucher et B. Bourgeois-Machureau, Les trois visages de la cause dans les contrats administratifs, AJDA 2008. 575 ;

F. Lombard, La cause dans le contrat administratif, préface J.-Cl. Ricci, Dalloz, Nouvelle bibliothèque des thèses, 2008 ;

O. Févrot, Honneur pour une oubliée : la cause dans les contrats administratifs, Revue Lamy des collectivités territoriales, n° 35, mai 2008, p. 19.

F. Chénéde, Les emprunts du droit privé au droit public en matière contractuelle, AJDA, 2009, p. 923

(1) L'AJDA, dans son n° 16/2009, a consacré un dossier sur « Regards croisés droit public-droit privé », constitué, outre la présente contribution, des articles suivants : Cécile Castaing, Les procédures civile et administrative confrontées aux mêmes exigences du management de la justice, p. 913 ; Nicolas Boulouis, Regards d'un rapporteur public du côté du droit privé des contrats, p. 921

(2) F. Guettier, Droit des contrats administratifs, PUF, Thémis, 2e éd., 2008, n° 529 et s., selon lequel l'unilatéralisme se manifeste par des pouvoirs de contrôle et de direction, de modification, et de résiliation du contrat.

(3) Cette interprétation ne fait toutefois pas l'unanimité. Selon les auteurs des Grands arrêts de la jurisprudence administrative, « cette vue trop simpliste méconnaît la réalité : la perspective d'obtenir une indemnité contribue à inciter le cocontractant à poursuivre l'exécution du contrat ; ses diligences doivent être compensées, pour ne pas dire récompensées, rétrospectivement » (Gaja, 16e éd., 2007, n° 32, n° 6 in fine). C'est donc encore la continuité du service public qui justifierait la solution.

(4) Sur l'apport du droit administratif au débat relatif au maintien de la cause en droit civil, v. F. Chénéde, L'utilité de la cause de l'obligation en droit contemporain des contrats : l'apport du droit administratif, CCC 2008, étude n° 11. Un autre exemple, tout aussi significatif, est celui du fondement des restitutions consécutives à l'anéantissement rétroactif du contrat (sur cette question, v. Le fondement des restitutions consécutives à la nullité du contrat : l'apport du droit administratif, à paraître).

(5) En effet, si le mot « cause » n'apparaît pas dans le texte de la Chancellerie, la notion de cause, et plus précisément, l'exigence d'une cause pour chaque l'obligation, se retrouve dans les différentes versions du projet. Dans la version de septembre 2008, la Chancellerie s'était en effet contentée de remplacer la notion de « cause » par celle d'« intérêt ». Fortement critiquée, tant par

la doctrine que par la pratique, cette substitution a été abandonnée dans la dernière version du projet. L'article 86 du projet dispose désormais qu'« un contrat à titre onéreux est nul lorsque dès l'origine la contrepartie convenue au profit de celui qui s'engage est illusoire ou dérisoire ».

Traduisons : un contrat à titre onéreux est nul « faute de cause » ! Pourquoi le mot « cause » fait-il aujourd'hui si peur à certains ? Nous n'avons pas de réponse à cette question.

(6) P. Catala, Deux regards inhabituels sur la cause dans les contrats, Defrénois 2008. 2365 et s., spéc. n° 12. On la retrouve ainsi en Europe (Belgique, Espagne, Roumanie...), en Amérique du Nord (Québec, Louisiane), en Amérique latine (Chili, Pérou, Uruguay, Colombie, Panama, Costa Rica, Cuba...), en Afrique continentale (Sénégal, Cameroun, Côte-d'Ivoire, Mali, Gabon...) et dans l'ensemble du monde arabe (Egypte, Syrie, Libye, Irak, Algérie, Maroc, Tunisie...).

(7) V. F. Chénéde, art. préc., nos 20 et 21.

(8) V. les considérations générales du rapport 2008 du Conseil d'Etat, Le contrat, mode d'action publique et de production de normes. Doc. fr., 2008, p. 95, qui relèvent que le juge administratif « répute sans cause des contrats qui ne comportent pas de contrepartie ou poursuivent un but illicite ».