



**HAL**  
open science

**”Le contrat, source de réflexion pour la responsabilité de la puissance publique”, Dossier : Responsabilité et contrat administratif, Actes du colloque de Clermont-Ferrand du 24 septembre 2019, A. Jacquemet-Gauché (dir.), AJDA, Dalloz, 2019, n° 43, pp. 2529-2531**

Anne Jacquemet-Gauché

► **To cite this version:**

Anne Jacquemet-Gauché. ”Le contrat, source de réflexion pour la responsabilité de la puissance publique”, Dossier : Responsabilité et contrat administratif, Actes du colloque de Clermont-Ferrand du 24 septembre 2019, A. Jacquemet-Gauché (dir.), AJDA, Dalloz, 2019, n° 43, pp. 2529-2531. Actualité juridique Droit administratif, 2019, n° 43, pp. 2529-2531. hal-02418657

**HAL Id: hal-02418657**

**<https://uca.hal.science/hal-02418657v1>**

Submitted on 20 Dec 2019

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## **Dossier : Responsabilité et contrat administratif**

AJDA 2019 p.2528 – Direction Anne Jacquemet-Gauché

*Saisir toutes les hypothèses de responsabilité en présence d'un contrat administratif, les confronter au droit privé et à la responsabilité extracontractuelle au-delà d'une focalisation sur la seule responsabilité contractuelle ; souligner des contradictions internes à la matière, des lacunes ou encore l'insuffisante théorisation de la responsabilité dans son ensemble ; s'interroger sur les voies à suivre pour y parvenir ou pour apporter un peu de simplification bienvenue... Voici quelques-uns des objectifs que se sont fixés les contributeurs à ce dossier, lors d'une journée d'étude préalable à l'école de droit de Clermont-Ferrand le 24 septembre 2019, ainsi que le résultat de leurs travaux.*

### **Le dossier est constitué des articles suivants :**

- Le contrat, source de réflexion pour la responsabilité de la puissance publique, par A. Jacquemet-Gauché, p. 2529 ;
- Brefs regards sur la responsabilité et le contrat en droit privé, par V. Mazeaud, p. 2532 ;
- Les fondements de l'action en responsabilité en présence d'un contrat administratif, par J. Bousquet, p. 2535 ;
- Les spécificités de la responsabilité contractuelle par rapport à la responsabilité extracontractuelle, par S. Hourson, p. 2541 ;
- La responsabilité contractuelle : quelle originalité du droit administratif ?, par C.-A. Dubreuil, p. 2546 ;
- Contrat administratif, fait du prince et responsabilité administrative, par M. Ubaud-Bergeron, p. 2553 ;
- Fonder une responsabilité à l'issue du contrat : des questions encore en suspens, par G. Kalflèche, p. 2558

### **Le contrat, source de réflexion pour la responsabilité de la puissance publique**

AJDA 2019 p.2529, par Anne Jacquemet-Gauché

*Généralement ignoré des réflexions relatives à la responsabilité de la puissance publique, mais pour des raisons qui s'expliquent aisément, le champ contractuel fournit des pistes de réflexion intéressantes. En particulier, pourrait être envisagée une théorisation d'ensemble de la responsabilité.*

Les réflexions menées en droit de la responsabilité de la puissance publique s'étendent rarement jusqu'au champ de la responsabilité en matière contractuelle. Le peu d'appétence, voire la légère répulsion que peuvent susciter les contrats chez les « responsabilistes » - selon l'affreux barbarisme forgé à des fins utilitaristes pour désigner les chercheurs en droit de la responsabilité extracontractuelle - relèvent du secret de polichinelle. Ce sentiment se traduit donc fréquemment par une exclusion du champ contractuel dans les études menées par ces chercheurs (v., parmi tant d'autres, H. Belrhali,

Responsabilité administrative, LGDJ, 2017, p. 21). Cette méconnaissance s'explique par l'existence d'un certain nombre d'obstacles à surmonter pour appréhender la matière. Néanmoins, les efforts collectifs fournis pour relever ce défi sont récompensés par la mise au jour d'enseignements et de perspectives non dénués d'intérêt. En particulier, la confrontation des deux catégories de responsabilité permet de poser des jalons pour esquisser, voire construire, à terme, un édifice d'ensemble de la responsabilité.

### **I. Le défi de la responsabilité en matière contractuelle**

La relation contrat/responsabilité suscite de nombreuses réflexions, aussi bien en droit public qu'en droit privé (v. la contribution de V. Mazeaud, en p. 2532 de ce dossier). En droit administratif cependant, l'étude de la responsabilité en matière contractuelle pâtit à la fois de son exclusion des études menées en matière de responsabilité extracontractuelle, d'un renvoi peut-être trop fréquent au droit privé des contrats et de la place parfois résiduelle qui lui est consacrée dans les ouvrages et les enseignements se rapportant au droit des contrats administratifs. Il faut dire que trois difficultés se présentent, qui sont autant de facteurs de relégation de la matière aux confins de chaque discipline.

#### *A. Différences de conception*

L'exclusion du champ contractuel des études en droit de la responsabilité de la puissance publique tient probablement à la présence de deux visions différentes du droit de la responsabilité. Schématiquement, la responsabilité de la puissance publique est perçue comme étant marquée par un sentiment d'équité, en particulier dans les régimes de responsabilité sans faute : la victime a été sacrifiée du fait des aléas de la vie en société, subit conséquemment un préjudice et peut obtenir une indemnisation compensatoire. Dans les régimes de responsabilité pour faute également, la focalisation sur la faute de service - faute anonymisée et imputée directement au service public du fait de son dysfonctionnement - appose le sceau du dérogatoire et de l'unilatéralité sur la responsabilité. A l'inverse, la responsabilité contractuelle trouve ses fondements dans les obligations réciproques des parties, dans leur accord de volontés, l'obligation contractuelle constituant la mesure de leur engagement. Cette opposition peut sembler caricaturale, ne serait-ce que, comme a pu le rappeler Marion Ubaud-Bergeron, parce que la personne publique peut s'engager par contrat à mieux indemniser le cocontractant privé que dans la responsabilité extracontractuelle et que la personne publique cocontractante dispose également de prérogatives exorbitantes. L'impression de faire face à deux hypothèses de responsabilité fondées sur une philosophie propre à chacune d'entre elles demeure néanmoins vivace et mériterait d'être analysée plus en profondeur.

Parmi les autres manifestations de la diversité des approches, un flottement sémantique peut être relevé lorsqu'il s'agit de désigner la responsabilité non contractuelle. Faut-il retenir la responsabilité administrative, de la puissance publique ou extracontractuelle ? La première occurrence devrait inclure les hypothèses de responsabilité contractuelle et extracontractuelle, mais ne désigne généralement que la seconde, après exclusion explicite de la première par les auteurs. D'une manière générale, la référence à la puissance publique conduit à évincer implicitement la responsabilité contractuelle. Reste la dernière expression (not. employée par B. Plessix, *Droit administratif général*, LexisNexis, 2e éd., 2018, p. 1519), qui a le mérite de la précision juridique, en procédant à une délimitation claire et immédiate

du champ de la responsabilité. En outre, cette désignation semble logique au regard du principe selon lequel le spécial prime sur le général, la responsabilité contractuelle prime sur la responsabilité extracontractuelle, cette dernière ne s'appliquant que par défaut. Pour les « responsabilistes » néanmoins, la désignation en creux de leur champ d'études - pourtant historiquement premier - demeure une source d'insatisfaction et justifie le fait que ceux-ci préfèrent user des expressions « responsabilité administrative » ou « responsabilité de la puissance publique ».

### *B. Disparité d'articulation*

Responsabilité contractuelle, extracontractuelle, quasi délictuelle, quasi contractuelle : l'articulation des différents régimes en matière contractuelle est loin d'être aisée (v. la contribution de J. Bousquet, en p. 2535), d'autant que privatistes et publicistes procèdent à des rattachements différents, les quasi-contrats étant, par exemple, exclus de la responsabilité en droit privé des obligations. Même les spécialistes du sujet ont parfois des doutes sur l'application de tel ou tel régime et s'interrogent sur l'opportunité qu'il peut y avoir au basculement d'un régime à un autre et à la simplification de l'ensemble (v. J. Bousquet, Responsabilité contractuelle et responsabilité extra-contractuelle en droit administratif, LGDJ, 2019). En outre, l'emploi perturbant du « quasi » est source de complexification excessive, surtout à l'heure où cette mention a disparu du droit privé des contrats.

### *C. Difficultés de la théorisation*

La responsabilité en matière contractuelle exige actuellement d'être schématisée selon trois entrées, afin de couvrir toutes les hypothèses d'engagement de celle-ci : selon un critère temporel (avant, pendant, après le contrat), selon le régime de responsabilité applicable (contractuel, extracontractuel, quasi délictuel, quasi contractuel) et selon la situation du requérant (cocontractant ou tiers). En outre, il subsiste des lacunes, l'enrichissement sans cause souffrant par exemple encore d'un réel manque de conceptualisation. La tentative récente de définition d'un droit administratif des obligations (J.-C. Ricci et F. Lombard, Droit administratif des obligations, Sirey, 2018, 524 p.) constitue l'un des essais de théorisation sur le modèle du droit civil des obligations mais il y aurait encore matière à d'autres systématisations, propres au droit public, ce dont on s'aperçoit en approfondissant l'étude de la responsabilité sous un regard croisé entre « responsabilistes » et « contractualistes ».

## **II - L'édifice de la responsabilité**

Les investigations menées autour de la responsabilité et des contrats conduisent à mettre en évidence un certain nombre de particularismes, de distinctions entre les responsabilités extracontractuelle et contractuelle notamment (v. la contribution de S. Hourson, en p. 2541), mais, à la réflexion, elles laissent aussi émerger des interrogations, des doutes qui sont communs et renforcent encore l'intérêt d'une théorisation globale de la responsabilité.

### *A. Distinctions instructives*

Deux exemples parmi d'autres sont particulièrement éclairants s'agissant de mettre en exergue quelques distinctions entre les responsabilités contractuelle et extracontractuelle.

La rupture de l'égalité devant les charges publiques, on le sait, est d'ordre public dans la responsabilité de la puissance publique mais elle ne l'est pas dans les cas de responsabilité contractuelle. Dans la même veine, si la garantie décennale est d'ordre public, les parties à un contrat peuvent négocier cette clause pour en réduire - voire annihiler ? - la portée (v. la contribution de G. Kalflèche, en p. 2558). Ainsi, la loi des parties supplante certaines « lois » du contentieux administratif. Par ailleurs, la « victime », si centrale en responsabilité de la puissance publique, est quasiment absente de la matière contractuelle, du moins dans cette dénomination précise. Si le juge administratif emploie l'expression pour désigner, parfois, les tiers qui subissent un préjudice du fait du contrat, la plupart des auteurs préfèrent user du terme plus neutre de « cocontractant ». L'une des explications réside, selon Marion Ubaud-Bergeron, dans la nature du préjudice subi : la désignation de victime serait privilégiée en cas de préjudice corporel ou moral notamment, mais pas dans les hypothèses de préjudice purement économique. A ceci s'ajoute probablement une autre considération. On peut légitimement se demander qui est la réelle victime, par exemple, en cas de mauvaise exécution d'un contrat de service public : est-ce la personne publique cocontractante ou l'usager du service public ? A ce titre, l'emploi du terme de « cocontractant » semble plus exact juridiquement tout en étant moins chargé idéologiquement que celui de « victime ».

### *B. Doutes communs*

Si l'on accepte de déconstruire la catégorisation de la responsabilité en matière contractuelle, l'on aperçoit, à l'examen, que la classification adoptée en droit de la responsabilité de la puissance publique pourrait être aussi efficiente entre les régimes de responsabilité pour faute et sans faute. En outre, les conditions de la responsabilité sont identiques : un fait générateur, un préjudice, un lien de causalité, l'absence de causes d'exonération et l'imputabilité à la personne publique. Quatre incertitudes, quatre doutes émergent également. Le premier est celui de savoir ce qu'est un régime de responsabilité. La question semble naïve et pourtant, elle est rétive à toute évidence.

Le deuxième a trait à la faute. En droit privé, le droit des obligations n'est plus pensé en termes de faute mais d'obligations de moyens et de résultat, distinction que l'on retrouve parfois également en droit public. Quid de l'apport de cette dichotomie ? La question se pose aussi bien en responsabilité contractuelle (v. la contribution de Ch.-A. Dubreuil, en p. 2546) qu'en responsabilité extracontractuelle (v. not. à la suite de l'arrêt CE 8 avr. 2009, n° 311434, M. et Mme Laruelle, Lebon ; AJDA 2009. 678 ; et 1262, concl. R. Keller ; D. 2009. 1508, obs. C. De Gaudemont et note P. Raimbault ; RDSS 2009. 556, note H. Rihal ; RD publ. 2010. 197, note Th. Bompard).

Les doutes croissent lorsque l'on s'interroge sur le préjudice. Si, en droit privé, seul le préjudice prévisible fait l'objet d'une indemnisation dans le cadre de la responsabilité contractuelle, comme le rappelle Vincent Mazeaud, tous les préjudices le sont en droit public. Pour autant, le préjudice semble résister à toute théorisation (v. les actes du colloque Le préjudice en droit administratif, Dr. adm. 2018, n° 8-9), nomenclature et « barémisation » - bien que, comme l'a précisé Grégory Kalflèche, les assureurs aient à leur disposition des chiffres précis, résultat d'exploitation de données à grande échelle, à partir des contrats d'assurance qu'ils concluent en la matière.

Enfin, quelle frontière tracer entre la responsabilité, l'indemnisation, la solidarité et d'autres mécanismes financiers ? Les interrogations sont constantes du côté de la responsabilité de la puissance publique, avec la difficulté de classification des régimes de responsabilité sans faute, qui ne relèveraient déjà plus de la responsabilité - limitée à la faute - selon certains. Elles sont également prégnantes du côté des contractualistes. L'imprévision, l'enrichissement sans cause, le fait du prince (v. la contribution de M. Ubaud-Bergeron, en p. 2553) sont-ils des régimes de responsabilité ou d'indemnisation indépendamment de toute responsabilité ? Deux difficultés supplémentaires s'ajoutent en matière contractuelle. L'une tient à la nature purement pécuniaire de la réparation : une confusion est parfois opérée, en considérant que toute indemnisation est à rattacher à la responsabilité, alors que le versement de certaines créances peut intervenir sans qu'aucun mécanisme de responsabilité ne soit à l'oeuvre. A l'inverse, Charles-André Dubreuil a pu soulever la question du rattachement des mesures d'exécution en nature à la responsabilité.

Si ce dossier entend nourrir la réflexion des administrativistes et de certains privatistes, sa préparation a pu une nouvelle fois démontrer que les interrogations demeuraient très nombreuses et qu'il y aura encore largement matière à poursuivre les investigations.