



HAL
open science

”La responsabilité contractuelle: quelle originalité du droit administratif?”, 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. 2546-2552

Charles-André Dubreuil

► **To cite this version:**

Charles-André Dubreuil. ”La responsabilité contractuelle: quelle originalité du droit administratif?”, 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. 2546-2552. Actualité juridique Droit administratif, 2019, n° 43, pp. 2546-2552. hal-02418661

HAL Id: hal-02418661

<https://uca.hal.science/hal-02418661>

Submitted on 8 Jan 2020

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.

La responsabilité contractuelle : quelle originalité en droit administratif ?

Charles-André Dubreuil
Professeur de droit public
Université Clermont-Auvergne
Centre Michel de l'Hospital (EA 4232)

La responsabilité contractuelle ne figure pas parmi les chapitres du droit administratif les plus étudiés en comparaison de sa cousine extracontractuelle qui, elle, a les honneurs des ouvrages de droit administratif général qui lui consacrent des développements conséquents. Malgré des travaux de recherche qui y ont été consacrés et l'existence d'ouvrages spécialisés (v. Pour en savoir plus, ci-dessous), il semble exister une frontière invisible séparant le champ d'étude des « contractualistes » et des « responsabilistes » lorsqu'il est question d'étudier la responsabilité contractuelle. A ceci s'ajoute une certaine myopie conduisant à observer cette matière isolément de son contexte général, sans particulièrement se questionner sur l'autonomie des règles applicables, alors même que celles qui régissent l'exécution des contrats administratifs sont présentées comme illustrant le mieux l'exorbitance du droit des contrats administratifs.

Or, l'étude comparative de la responsabilité contractuelle en droit public et en droit privé est enrichissante (V. Bouhier et D. Houtcieff [dir.], *Contrats de droit privé et contrats de droit administratif*, LGDJ, 2019 ; J. Martin [dir.], *L'influence de la réforme du droit des obligations sur le droit des contrats administratifs*, LexisNexis, 2019) et livre divers enseignements que l'on souhaite évoquer - du moins certains d'entre eux - dans les développements qui suivent. Pour ce faire, on limitera volontairement le champ de l'étude à la responsabilité susceptible d'être engagée au cours de l'exécution d'un contrat valide du fait - en principe - de la méconnaissance de ses obligations contractuelles par l'une des parties. Ainsi, ne seront pas évoquées les actions indemnitaires intentées lors de la phase précontractuelle ou post-contractuelle, pas plus que celles engagées par un créancier à l'encontre de son débiteur lorsque le contrat qui les unit est déclaré nul ou inexistant. De même, ne seront pas étudiées en tant que telles les frontières séparant responsabilité

contractuelle, extracontractuelle et quasi-délict. Enfin, même si elles revêtent une importance pratique considérable, les règles procédurales régissant la matière ne seront pas traitées ici. Afin de présenter les points d'originalité qui ont semblé les plus saillants, on retiendra une démarche consistant à mettre en lumière les acteurs de la responsabilité contractuelle avant de présenter les règles régissant l'engagement de la responsabilité de la partie fautive.

I - Les acteurs de la responsabilité contractuelle

Classiquement, on observe que trois types d'acteurs peuvent intervenir à l'occasion du contentieux indemnitaire suscité par l'exécution d'un contrat : le juge, les parties et les tiers (v. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Les obligations*, Dalloz, 12^e éd., Précis, 2019). Toutefois, ces protagonistes n'interviennent pas de la même manière dans les deux branches du droit étudiées. Lorsque l'on tient compte des prérogatives dont dispose la puissance publique contractante, de l'office du juge ou du statut des tiers au regard du contrat litigieux, des originalités, voire des spécificités apparaissent qui permettent de souligner la singularité du contentieux contractuel indemnitaire dans les deux disciplines.

A. Le recours au juge

La question est la suivante : confronté à l'inexécution fautive d'une obligation contractuelle, le créancier est-il en mesure d'obtenir réparation de son préjudice autrement qu'en recourant au juge ? Apporter une réponse à cette question suppose préalablement d'évoquer les dispositions du code civil résultant de la réforme de 2016. Celle-ci a en effet été l'occasion de repenser les conséquences de l'inexécution d'une obligation contractuelle en incluant dans le code une section consacrée à l'inexécution du contrat. Dorénavant, l'article 1217 dudit code dispose que la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté, ou l'a été imparfaitement, peut refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ; poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ; obtenir une réduction du prix ; provoquer la résolution du contrat ; demander réparation des conséquences de l'inexécution.

Au regard de cette disposition, la singularité du droit administratif des contrats doit être relevée qui consacre une inégalité dans la possibilité pour le créancier de réagir unilatéralement au manquement de son débiteur, dès lors que le cocontractant de l'administration se trouve beaucoup plus démuné que cette dernière.

Alors que l'administration est en droit de cesser ou de suspendre l'exécution du contrat en réaction à l'inexécution de ses obligations par son partenaire, celui-ci se trouve dans l'impossibilité d'invoquer l'exception d'inexécution à moins qu'un texte particulier ou les parties elles-mêmes ne l'aient prévu. Si le Conseil d'Etat a bien admis qu'il peut parfois prononcer la résiliation unilatérale du contrat en cas de faute contractuelle de l'administration (CE 8 oct. 2014, n° 370644, *Société Grenke location*, Lebon 302 ; AJDA 2015. 396, note F. Melleray ; D. 2015. 145, note S. Pugeault ; AJCT 2015. 38, obs. O. Didriche ; AJCA 2014. 327, obs. J.-D. Dreyfus ; RFDA 2015. 47, note C. Pros-Phalippon), cette sanction est enserrée dans des conditions particulièrement strictes (v. D. Riccardi, *Les sanctions contractuelles en droit administratif*, Dalloz, Nouv. Bibl. de thèses, 2019, vol. 189, p. 61 et s.). Aussi, en dehors de cette hypothèse très restrictive d'action unilatérale, le partenaire de l'administration est contraint de saisir le juge afin d'obtenir réparation du préjudice subi du fait de l'inexécution du contrat.

Par ailleurs, l'administration dispose d'un choix qui n'est pas offert à son cocontractant. Par exception au principe selon lequel elle ne peut pas demander au juge de prononcer une mesure qu'elle est en droit d'adopter elle-même (CE 30 mai 1913, *Préfet de l'Eure*, Lebon 583), il est admis que, confrontée à l'inexécution fautive de ses obligations par son débiteur, elle peut soit émettre à son encontre un titre exécutoire en vue de recouvrer ses créances, soit saisir le juge afin qu'il le condamne à réparer le préjudice subi (CE 24 févr. 2016, n° 395194, *Département de l'Eure*, Lebon 44 avec les concl. ; AJDA 2016. 407).

B. Les parties au contrat : l'aménagement conventionnel de la responsabilité contractuelle

En droit public comme en droit privé des contrats, il est admis que les parties peuvent stipuler les modalités selon lesquelles la responsabilité de l'une d'entre elles sera engagée en cas de manquement aux obligations conventionnellement fixées (F. Moderne, De l'exonération de responsabilité des constructeurs en droit public et en droit privé : esquisse d'analyse comparative, BJCP 1999. 126). Cet aménagement peut revêtir deux formes principales : celle des clauses pénales et celle des clauses limitatives ou exclusives de responsabilité. Or, si l'étude des secondes met en lumière une conception commune, l'étude des premières laisse apparaître une divergence de conception notable.

1. Les clauses pénales

La clause pénale stipulée par les parties prévoit, en cas de violation d'une obligation contractuelle par l'une d'entre elles, le versement d'une somme forfaitaire au titre de dommages-intérêts. Elle est aujourd'hui définie à l'article 1231-5 du code civil. Bien qu'admise en droit civil comme en droit administratif, elle donne néanmoins lieu à des appréciations différentes aussi bien de la part des juridictions suprêmes que de la doctrine.

Considérées comme des sanctions, les pénalités contractuelles n'exigent pas, pour leur mise en oeuvre, de rapporter la preuve d'un dommage. Elles impliquent donc le versement d'une somme forfaitaire convenue par les parties sans lien avec l'importance du préjudice éventuellement subi. Pourtant, la question de savoir si la pénalité contractuelle constitue un substitut à la réparation d'un préjudice ne semble pas être tranchée de manière identique en droit civil et en droit administratif.

Pour certains auteurs (v., not., F. Terré *et alii*, préc.), le caractère forfaitaire de cette sanction ne modifie pas la nature de la somme versée. Il s'agit bien de réparer un dommage, ce qui en fait un substitut à l'engagement judiciaire de la responsabilité contractuelle. Ceci explique, d'ailleurs, que le débiteur défaillant doive être préalablement mis en demeure de se conformer à ses obligations (à

moins que les parties aient décidé de se passer de ce préalable). Ceci explique également que depuis 1975, le code civil autorise le juge à modérer ou augmenter la pénalité convenue « si elle est manifestement excessive ou dérisoire ». Ces caractères s'apprécient au regard de l'importance du préjudice réellement subi, le juge pouvant donc exonérer le débiteur du paiement de la somme forfaitaire en cas d'absence de dommage.

Après avoir longtemps refusé d'exercer un contrôle similaire sur les pénalités contractuelles en raison de leur caractère forfaitaire, le Conseil d'Etat a revu sa position en 2008, tout en précisant qu'il faisait application des principes dont s'inspirait l'ancien article 1152 du code civil (CE 29 déc. 2008, n° 296930, *OPHLM de Puteaux*, Lebon ; AJDA 2009. 268, note J.-D. Dreyfus ; RDI 2009. 248, obs. J. Coronat). Cela lui a permis de développer une conception propre de la clause pénale qui se distingue de celle que semble avoir retenue la Cour de cassation (v., en ce sens, J.-F. Oum Oum, préc., p. 254). En effet, il ne semble pas considérer que la pénalité forfaitairement fixée par les parties constitue un substitut à l'engagement de la responsabilité contractuelle, puisqu'il estime qu'elle est appelée à jouer même si le préjudice est inférieur au montant de la pénalité, voire en l'absence de préjudice (v., par ex., CE 4 juin 1976, n° 85342, *Société toulousaine immobilière*, Lebon 303). Par ailleurs, il n'accepte de moduler le montant de la sanction que lorsqu'il constate son caractère manifestement excessif, celui-ci s'apprécient non pas au regard du préjudice subi, mais du montant du contrat (CE 19 juill. 2017, n° 392707, *Centre hospitalier interdépartemental de psychiatrie de l'enfant et de l'adolescent*, Lebon avec les concl. ; AJDA 2018. 116, note R. Souche ; AJCT 2017. 573, obs. S. Hul ; AJ contrat 2017. 441, obs. C.-E. Bucher ; RTD com. 2017. 861, obs. F. Lombard). C'est certainement cette manière d'apprécier la nature de la pénalité contractuelle qui justifie que le Conseil d'Etat n'exige pas de manière générale que le débiteur soit préalablement mis en demeure, à moins que les parties en aient décidé différemment.

2. Les restrictions contractuelles à l'engagement de la responsabilité

La Cour de cassation et le Conseil d'Etat admettent aujourd'hui que les partenaires puissent s'entendre pour restreindre la responsabilité de l'une d'entre elles soit en prévoyant des hypothèses

d'exclusion ou de non-responsabilité, soit en incluant dans le contrat des clauses limitatives de responsabilité.

Ainsi la Cour (Civ. 24 janv. 1874, DP 1876) et le Conseil (CE 9 mars 1977, n° 98694, *Chambre de commerce et d'industrie de Douai*, Lebon T. 897) admettent-ils que les parties peuvent s'entendre pour exclure la responsabilité de l'une d'entre elles en cas de violation d'une obligation contractuelle. Il en va de même *a fortiori* des clauses limitatives de responsabilité (Civ., 16 mars 1936, S. 1936.1.205 ; CE 23 mars 1992, n° 87599, *Martin et autres et Fraboulet*, Lebon T. 820), même si, en droit administratif, il semble que ces clauses s'apprécient souvent plus comme des clauses relatives au créancier ou à l'étendue de l'obligation considérée que comme des clauses relatives à la responsabilité (en transférant l'obligation ou en limitant son étendue, on limite d'autant la responsabilité encourue (v., en ce sens, les exemples cités par Ph. Terneyre, préc.).

Les deux ordres de juridiction admettent également que les clauses de non-responsabilité ou limitatives de responsabilité ne peuvent jouer en cas de faute lourde du débiteur (v., par ex., Civ. 1^{re}, 12 déc. 1984, RTD civ. 1986. 772, obs. J. Huet ; CE 25 nov. 1994, n° 137318, *Société Aticam*, Lebon  514).

On peut néanmoins évoquer certaines divergences d'appréciation relatives aux limites posées à l'inclusion de telles clauses dans les contrats.

Par exemple, la Cour de cassation a jugé dans le cadre de sa célèbre jurisprudence *Chronopost* (Com. 22 oct. 1996, n° 93-18.632), que doit être réputée non écrite la clause portant sur une obligation essentielle du contrat, solution aujourd'hui codifiée à l'article 1170 du code civil. Certaines législations spéciales excluent également les clauses de non-responsabilité ou limitatives de responsabilité (par ex., pour les contrats de consommation). En droit administratif, le recours à des clauses de non-responsabilité est interdit pour les collectivités territoriales à l'égard de leur cocontractant (CGCT, art. L. 2131-10, L. 3132-4 et L. 4142-4). En outre, en cas de résiliation unilatérale du contrat pour un motif d'intérêt général, il est admis que le montant de l'indemnité

versée au titulaire du contrat puisse être très sensiblement réduit, voire supprimé (CE 19 déc. 2012, n° 350341, *Société AB Trans*, AJDA 2013. 722). On retrouve toutefois un alignement des deux disciplines pour ce qui concerne l'interdiction des clauses de renoncement à la garantie décennale (C. civ., art. 1792-5 ; T. confl. 11 oct. 1993, n° 2870, *Préfet de la Moselle*, Lebon 405 ; RTD com. 1994. 258, obs. G. Orsoni).

C. Les tiers : réalité de l'effet relatif du contrat

Le principe de l'effet relatif du contrat, tel qu'il est aujourd'hui formulé à l'article 1199 du code civil, signifie qu'un contrat ne peut en principe ni profiter ni nuire aux tiers. Ceux-ci ne devraient donc pas être en mesure de rechercher la responsabilité contractuelle d'une partie en cas de manquement à ses obligations. Ce serait toutefois méconnaître la réalité de ce principe (M. Ubaud-Bergeron, *Le juge, les parties et les tiers : brèves observations sur l'effet relatif du contrat*, in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal*, Montpellier, t. 1, 2006, p. 575) que de s'arrêter à cette présentation, car les tiers sont bel et bien concernés, dans certains cas, par l'exécution de contrats auxquels ils sont pourtant extérieurs. En effet, deux questions doivent être posées successivement : un tiers est-il en mesure d'engager la responsabilité d'une partie lorsque celle-ci a commis une faute contractuelle ? Une partie est-elle en mesure de voir sa responsabilité engagée du fait d'un tiers qui a participé à l'exécution du contrat ?

1. La recherche par un tiers de la responsabilité d'une partie

Le principe de l'effet relatif semble s'opposer à ce que les tiers puissent être indemnisés du préjudice que leur aurait causé la mauvaise exécution de ses obligations par une partie au contrat. Pourtant, deux situations permettent d'illustrer, en droit privé comme en droit administratif, un inflexissement de ce principe. Il convient toutefois de préciser que si, dans un cas, on peut véritablement parler de responsabilité contractuelle, dans l'autre, il est question de responsabilité extracontractuelle.

Pour ce qui concerne, en premier lieu, l'action contractuelle à disposition des tiers, deux hypothèses peuvent être évoquées, qui permettent de mettre en lumière un alignement du droit administratif sur les règles du code civil.

La première concerne la possibilité pour les parties de stipuler pour autrui dans les conditions prévues à l'article 1203 du code civil (M.-P. Deswarte-Julien, *La stipulation pour autrui en droit administratif*, Paris, thèse, 1970). Il s'agit alors pour l'une d'entre elles, le stipulant, de faire promettre à l'autre, le promettant, d'accomplir une prestation au profit d'un tiers, le bénéficiaire, qui dispose alors d'une action directe contre ce dernier et qui doit s'analyser comme une véritable action contractuelle. Le bénéficiaire est ainsi en mesure de mettre en cause « la responsabilité contractuelle de celui des cocontractants qui s'est engagé à lui accorder un avantage » (CE 1^{er} mars 1991, n° 90477, *Pabion*, Lebon 69 ; D. 1992. 149, obs. P. Bon et Ph. Terneyre ; et 157, obs. D. Chelle et X. Prétot ; RDSS 1991. 513, obs. X. Prétot  ; et 1992. 200, concl. P. Hubert). La seconde hypothèse concerne la possibilité pour un tiers d'intenter une action oblique. Celle-ci est prévue à l'article 1341-1 du code civil qui permet au créancier d'agir à l'encontre du débiteur de son débiteur afin de lui faire recouvrer sa créance, ces deux derniers étant liés par contrat (CE 20 oct. 2000, n° 192851, *Perreau*, Lebon 455 ; D. 2001. 1919, obs. D. Chelle et X. Prétot).

Pour ce qui concerne, en second lieu, l'action extracontractuelle que peut intenter un tiers réclamant l'indemnisation du préjudice que lui aurait causé l'exécution d'un contrat, une divergence d'appréciation est apparue entre les deux juridictions suprêmes qui permet de souligner la spécificité des contrats à objet de service public.

En droit privé, la Cour de cassation a progressivement admis qu'un tiers puisse engager la responsabilité d'une partie en raison du préjudice que celle-ci lui aurait causé. Si elle a d'abord exigé que la faute soit délictuelle, elle a ensuite assimilé faute contractuelle et faute délictuelle de manière à ce qu'un tiers à un contrat puisse « invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage » (Cass., ass. plén., 6 oct. 2006, n° 05-13.255, *Société Myr'Ho*, D. 2006. 2825, obs. I. Gallmeister et note G. Viney ; et

2007. 1827, obs. L. Rozès ; AJDI 2007. 295, obs. N. Damas ; RDI 2006. 504, obs. P. Malinvaud ; RTD civ. 2007. 61, obs. P. Deumier ; et 115, obs. J. Mestre et B. Fages ; et 123, obs. P. Jourdain).

En droit public, le Conseil d'Etat refuse de s'aligner sur la jurisprudence judiciaire et d'assimiler les fautes contractuelle et délictuelle. Dans un arrêt *M^{me} Gilles*, il a renouvelé sa jurisprudence antérieure refusant à un tiers d'obtenir réparation du préjudice causé par la faute contractuelle d'une partie (CE, sect., 11 juill. 2011, n° 339409, Lebon 831 avec les concl. ; AJDA 2011. 1949, chron. X. Domino ; D. 2012. 653, note G. Viney ; RFDA 2012. 692, note L. Janicot). Néanmoins, de manière spécifique, il a laissé ouverte une brèche permettant aux tiers, lorsqu'ils sont usagers du service public, de rechercher la responsabilité quasi délictuelle d'une partie en cas de méconnaissance d'une clause réglementaire qui leur aurait causé un préjudice. Cette jurisprudence s'inscrit donc exclusivement dans l'hypothèse des contrats à objet de service public qui contiennent des clauses produisant à l'égard des tiers les mêmes effets qu'un acte réglementaire.

2. La responsabilité contractuelle du fait d'un tiers

Sera évoquée ici ce que certains ont qualifié de responsabilité contractuelle du fait d'autrui ; manière d'expliquer qu'une partie au contrat peut, dans certains cas, voir sa responsabilité contractuelle engagée au motif que la faute qui lui est imputée résulte en réalité du comportement d'un tiers qu'elle a volontairement associé à l'exécution du contrat. En effet, en droit public comme en droit privé, la jurisprudence admet une telle possibilité qui ne remet pas en cause la règle selon laquelle, sauf s'il revêt les caractéristiques de la force majeure, le fait du tiers n'est pas une cause d'exonération de responsabilité contractuelle pour les parties. Ayant souscrit l'obligation litigieuse, elles demeurent donc seules responsables de sa non-exécution et ne peuvent transférer la charge de réparer le préjudice subi sur un autre.

L'exemple de la sous-traitance permet de l'illustrer. En droit public (v. J.-F. Oum Oum, préc., p. 440 et s.), il est de principe - pour ce qui concerne les marchés publics - que l'entrepreneur principal demeure personnellement responsable des obligations découlant du marché, y compris

lorsqu'il ne les a pas personnellement exécutées. Autrement dit, il ne pourra pas échapper à l'engagement de sa responsabilité en invoquant le fait que les malfaçons sont imputables à un sous-traitant (CE 6 mars 1987, n° 37731, *OPHLM de Châtillon-sous-Bagneux*, Lebon T.). La Cour de cassation retient la même interprétation (Civ. 3^e, 11 mai 2006, n° 04-20.426, Bull. civ. III, n° 119 ; RDI 2006. 312, obs. P. Malinvaud), à ceci près qu'elle opère une distinction selon que l'obligation dont la méconnaissance a provoqué un dommage est une obligation de moyens ou de résultat (v. F. Terré *et alii*, n°s 851 et s. ; G. Viney, Existe-t-il une responsabilité contractuelle du fait d'autrui ?, RCA 2000, n° 11, p. 31 et s.).

II - Les conditions de la responsabilité contractuelle

Dès l'instant où l'on admet, ce qui n'a pas toujours été le cas (v., par ex., Ph. Rémy, La responsabilité contractuelle, histoire d'un faux concept, RTD civ. 1997. 323 ; P. Rémy-Corlay, Exécution et réparation : deux concepts ?, RDC 2005. 13), que les dommages-intérêts versés par une partie fautive à son cocontractant visent à indemniser son préjudice et s'inscrivent donc dans un mécanisme de responsabilité (ce qu'illustre la place de l'article 1231 dans le code civil), les conditions présidant à son engagement sont classiquement liées à l'existence d'un fait générateur, d'un préjudice et d'un lien de causalité.

Cette triple condition est partagée par les deux disciplines étudiées. Mais cette similitude cache certaines disparités que l'on va tenter de mettre en lumière, sans chercher à les recenser toutes.

A. Le fait générateur de responsabilité

En droit privé, au titre des conditions requises pour engager la responsabilité d'une partie, figurent la preuve de l'inexécution d'une obligation contractuelle, d'une part, et la preuve d'une inexécution fautive, d'autre part. Sur ces deux points, il est intéressant de comparer avec le droit public, car il apporte des solutions originales tant pour ce qui touche à la question de la détermination des obligations dont la violation est susceptible d'engager la responsabilité contractuelle d'une partie que pour ce qui concerne la reconnaissance d'hypothèses de responsabilité contractuelle sans

faute.

1. Le champ des obligations contractuelles

Dans les deux branches du droit, la violation d'une obligation contractuelle constitue l'une des conditions permettant d'engager la responsabilité d'une partie. Il s'agit tantôt d'une inexécution totale ou partielle, tantôt d'un retard dans l'exécution de l'obligation.

Aussi, la difficulté principale réside dans la détermination des obligations dont la méconnaissance peut conduire à la condamnation pécuniaire d'une partie. Doit-on considérer qu'il ne s'agit que des obligations que les parties ont stipulées ou peut-on considérer qu'elles s'étendent au-delà, ce qu'impliquerait une lecture combinée des articles 1104 et 1194 du code civil ?

La Cour de cassation retient volontiers la seconde hypothèse et, par le biais d'un « forçage » du contrat, intègre parmi les obligations contractuelles certains devoirs plus généraux au titre desquels on peut citer l'obligation de sécurité, d'information, de conseil, etc. Suivant le même mouvement, le juge administratif considère que les parties sont soumises au respect de certaines obligations qu'implique nécessairement le contrat, même si les parties n'ont rien prévu en ce sens. Ainsi en a-t-il jugé à propos du devoir d'information ou de conseil.

Une question se pose néanmoins pour ce qui concerne les contrats à objet de service public : les principes de continuité, d'égalité et de mutabilité, impliquent-ils pour les parties le respect d'obligations particulières, y compris dans le silence du contrat ?

Une partie de la doctrine l'a soutenu au motif que le contrat de service public met en cause l'intérêt général (v., par ex., G. Jèze, *Les contrats administratifs de l'Etat, des départements, des communes et des établissements publics*, M. Girard, Paris, t. 2, 1927-1934, ci-après *Les contrats administratifs*, p. 202 ; v., de même, A. Tardieu, concl. sur CE 29 janv. 1909, *Cie des messageries maritimes*, Lebon 120). Dans le même sens, l'article L. 6 2° du code de la commande publique dispose aujourd'hui que « les

contrats qui ont pour objet l'exécution d'un service public respectent le principe de continuité du service public »

Le Conseil d'Etat a toutefois limité les effets produits par les lois du service public sur le champ des obligations contractuelles. Dans un arrêt *Commune de Clichy-sous-Bois* (CE 3 mars 2017, n° 398901, Lebon ; AJDA 2017. 1286, note H. Hoepffner ; AJCT 2017. 393, obs. P. Grimaud et O. Villemagne ; AJ contrat 2017. 339, obs. F. Lepron), il a jugé que « dans le cadre d'une concession, les principes de continuité du service public et d'égalité des usagers devant le service public ne s'imposent au concessionnaire que dans les limites de l'objet du contrat et selon les modalités définies par ses stipulations ».

2. La nature de la faute contractuelle

Il est généralement admis que l'inexécution d'une obligation contractuelle peut entraîner la responsabilité de son auteur à la condition d'être fautive. Il faut néanmoins déterminer si toute faute commise dans l'exécution du contrat est de nature à engager la responsabilité de son auteur.

En droit privé, il a fallu attendre 2001 pour que la Cour de cassation (Civ. 3^e, 27 juin 2001, n° 99-21.017, *SMABTP c/ Epoux Suire*, D. 2001. 2995, et les obs., concl. J.-F. Weber ; et 2998, note J.-P. Karila ; RDI 2001. 493, obs. G. Leguay ; et 525, obs. P. Malinvaud ; et 2002. 231, obs. D. Tomasin ; RTD civ. 2001. 887, obs. P. Jourdain) estime que toute faute, même dolosive, résultant de l'inexécution du contrat constitue une faute contractuelle et non pas une faute délictuelle dans les rapports entre les parties. En droit administratif, si l'on met de côté la question de la nature personnelle ou de service de la faute contractuelle, la solution est identique (CE 16 juin 1944, *C^{ie} assurances « Le Lloyd continental français »*, Lebon 174). Cette simplicité apparente est toutefois trompeuse, car les choses sont en réalité plus complexes.

En droit privé, par exemple, il demeure des îlots de fautes qualifiées. Des textes assez nombreux exigent en effet la preuve d'une faute grave, lourde, caractérisée, inexcusable, etc. De même, si

toute faute contractuelle peut entraîner la responsabilité du débiteur, le contenu de son obligation est variable (v. F. Terré *et alii*, préc., p. 899), ce qui conduit à opérer une distinction, célèbre depuis Demogue, entre obligation de moyens et obligation de résultat.

En droit public, certaines fautes contractuelles se singularisent. Il en va ainsi de celles commises par l'administration lors de la mise en oeuvre irrégulière des prérogatives qu'elle détient au titre des règles générales applicables aux contrats administratifs (v. Ph. Terneyre, préc., n° 180). De même, le juge exige, dans certaines hypothèses particulières, qu'une faute lourde soit prouvée pour permettre d'engager la responsabilité de l'administration (préc., nos 209 et s.). En revanche, la distinction opérée entre obligation de moyens et obligation de résultat n'est pas véritablement reprise par le juge administratif. Tout juste a-t-on relevé certains arrêts relatifs aux marchés publics dans lesquels le juge évoque une obligation de résultat, à laquelle il ne fait pas jouer le même rôle que le juge civil ; il s'agit en effet d'exonérer le créancier de l'obligation d'apporter la preuve de son préjudice (v. Ph. Delelis, L'indemnisation du préjudice contractuel, *in Mélanges en l'honneur du professeur Michel Guibal*, préc., p. 223).

3. Existe-t-il une responsabilité contractuelle sans faute ?

La question peut paraître étonnante, dès l'instant où la présentation traditionnelle de la responsabilité contractuelle repose sur la preuve de l'inexécution fautive d'une obligation par le débiteur. Pourtant, le juge administratif a élaboré au fil des années plusieurs hypothèses de responsabilité de l'administration contractante qui n'exigent pas de rapporter la preuve d'une faute. Il a ainsi jugé que « la responsabilité contractuelle sans faute de la collectivité publique cocontractante au titre de l'imprévision, tout comme sa responsabilité sans faute au titre de l'adoption d'un acte unilatéral, procèdent de causes juridiques distinctes de la responsabilité contractuelle pour faute et ne sont pas d'ordre public » (CE 11 juill. 2014, n° 359980, Lebon T. 750 ; AJDA 2014. 2342). On peut donc considérer que l'administration contractante est susceptible de voir sa responsabilité sans faute engagée dans deux situations.

Dans la première, elle est engagée en raison de l'un de ses agissements (le fait dommageable lui est donc imputé). On évoque ici les hypothèses dans lesquelles l'administration est tenue d'indemniser son cocontractant en cas de fait du prince, de modification ou de résiliation unilatérales du contrat.

Dans la seconde, la responsabilité de l'administration peut être engagée sans que le fait dommageable ne lui soit imputable. Il en va ainsi, selon une appréciation fort contestable à notre sens (v. J. Bousquet, *Responsabilité contractuelle et extracontractuelle en droit administratif*, préc., p. 393 et s.), de la théorie de l'imprévision qui conduit l'administration à compenser partiellement les charges extracontractuelles pesant sur son cocontractant confronté à une situation imprévisible lors de la conclusion du contrat qui bouleverse son équilibre financier.

B. Le préjudice indemnisable

L'objet de la responsabilité contractuelle étant l'indemnisation du préjudice résultant de l'inexécution fautive (en principe) d'une obligation par son débiteur, il est courant d'affirmer qu'en la matière sans préjudice pas d'action indemnitaire. Le créancier est donc tenu d'apporter la preuve du préjudice qu'il a subi, sauf exception tenant, par exemple, à l'objet de l'obligation méconnue (comme pour les obligations de ne pas faire en droit privé).

Dans les deux disciplines, il est admis que la réparation doit permettre une indemnisation intégrale du préjudice subi, celui-ci pouvant être aussi bien matériel (pertes subies et gains manqués) qu'immatériel (préjudice moral). Dans tous les cas, il doit être certain et personnel. Sur ce point, le fait que l'activité assurée par le cocontractant de l'administration soit d'intérêt général n'influe pas sur la nature et l'importance du préjudice dont elle demande réparation. Elle ne peut pas, ainsi, demander réparation du préjudice causé aux usagers du service public (CE 30 avr. 1948, *Ville de Nantes c/ Borelli*, Lebon 188).

Au-delà de ces similitudes, les droits civil et administratif se singularisent à plusieurs égards.

En droit privé, la distinction opérée entre obligations de moyens et de résultat joue un rôle majeur pour ce qui intéresse la charge de la preuve. Lorsque l'obligation inexécutée est une obligation de moyens, il revient au créancier d'apporter la preuve d'un manquement fautif au contrat résultant d'une négligence de son débiteur (il est aujourd'hui fait référence à la notion de « personne raisonnable » en lieu et place de « bon père de famille »). A l'inverse, lorsqu'il s'agit d'une obligation de résultat, le créancier bénéficie d'une présomption de faute qui ne peut être renversée que par la preuve d'une cause étrangère, force majeure ou fait de la victime.

De même, à la différence de la jurisprudence administrative, le code civil exige la preuve que le dommage subi ait été prévisible, sauf à prouver la commission d'une faute lourde par le débiteur (art. 1231-2). Celui-ci doit, en effet, être en mesure d'évaluer le risque qu'il encourt au moment où il s'engage, c'est-à-dire l'importance des dommages et intérêts qu'il devra éventuellement verser en cas de préjudice subi par son partenaire. Ainsi, le montant de l'indemnisation qu'il devra verser ne couvrira en principe que le dommage (dans sa quotité) qui était prévisible au jour de la conclusion du contrat.

En droit public, la jurisprudence exige, dans certaines hypothèses bien particulières, que le préjudice invoqué soit anormal et spécial, de la même manière que dans le cadre de la responsabilité pour rupture d'égalité devant les charges publiques. Une telle situation s'observe en matière d'indemnisation du fait du prince (v., par ex., CE 23 janv. 1952, *C^{ie} des Tramways électriques de Limoges*, Lebon 52).

C. Le lien de causalité

La troisième condition requise pour engager la responsabilité contractuelle d'une partie est la preuve d'un lien de causalité direct entre un fait générateur et le préjudice dont on demande réparation. En droit public comme en droit privé, ce lien s'apprécie de deux manières distinctes.

Il s'agit, en premier lieu, de rapporter la preuve d'un lien de cause à effet entre la faute

contractuelle - le fait dommageable - et le préjudice subi. A cet égard, une question se pose qui ne semble pas avoir reçu de réponse parfaitement explicite : la faute ou le fait dommageable que le créancier tente de rattacher au préjudice qu'il a subi doivent-ils résulter directement de l'inexécution du contrat ou peuvent-ils être simplement rattachés au contrat ? Autrement dit, un fait générateur peut-il entraîner la responsabilité contractuelle de son auteur s'il a simplement été commis à l'occasion de l'exécution du contrat ? Il a été démontré que si le Conseil d'Etat a d'abord retenu une conception large du rattachement d'un dommage à l'exécution du contrat, la jurisprudence semble retenir depuis une conception plus restrictive du lien de causalité (v. Ph. Terneyre, *La responsabilité contractuelle des personnes publiques*, préc., p. 51 et s. ; et J. Bousquet, préc., p. 380). En droit privé, une relative incertitude règne également en la matière. Si l'article 1231-4 du code civil précise que « dans le cas même où l'inexécution du contrat résulte d'une faute lourde ou dolosive, les dommages et intérêts ne comprennent que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution », les juges du fond ne semblent pas avoir définitivement pris parti en faveur de l'une ou l'autre des théories qui permettent d'établir un lien de causalité (équivalence des conditions ou causalité adéquate).

Il s'agit, en second lieu, de rapporter la preuve que le fait dommageable est rattachable au débiteur de l'obligation. Il est alors question d'imputabilité du fait dommageable à la partie dont on tente d'actionner la responsabilité. C'est ici que se pose la question des causes étrangères (Ph. Terneyre, préc., n° 312) qui permettent à la partie débitrice d'être exonérée de sa responsabilité en prouvant que le fait dommageable ne lui est pas imputable, mais trouve son origine dans un cas de force majeure ou dans le fait du créancier ; le fait du tiers n'étant pas exonératoire. On notera d'ailleurs qu'à l'occasion de la réforme du code civil, une définition textuelle a été donnée de la force majeure en matière contractuelle que l'on retrouve à l'article 1218, alinéa 1^{er}.

Pour conclure cette étude comparative, il faut évoquer le fait que, une fois remplies les trois conditions sus-évoquées, se pose la question des modalités de réparation du préjudice. En droit public comme en droit privé, le principe est celui d'une réparation intégrale, l'indemnité étant complétée par le versement d'intérêts moratoires sur le fondement de l'article 1230-6 du code civil

auquel le Conseil d'État se réfère directement. Elle peut également être précédée du versement d'une provision. A moins que, dans des conditions sensiblement différentes, le juge admette une réparation en nature.