

**Droits et Débats**

## **Le juge et le contrat**

Regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation, colloque du 23 mai 2025





## Sommaire

<b>PRÉSENTATION DU COLLOQUE .....</b>	<b>5</b>
<b>PROGRAMME .....</b>	<b>7</b>
<b>ALLOCUTIONS D'OUVERTURE .....</b>	<b>9</b>
<b>PROPOS INTRODUCTIF : Les grands enjeux du cadre juridique : convergences ou divergences .....</b>	<b>25</b>
<b>TABLE RONDE 1 : Le renouveau de l'office du juge dans le domaine du contrat.....</b>	<b>37</b>
<b>Première séquence : Les parties et le juge.....</b>	<b>39</b>
<i>Biographie des intervenants.....</i>	<i>41</i>
<i>Actes -Les parties et le juge .....</i>	<i>43</i>
<i>Synthèse de la première séquence .....</i>	<i>69</i>
<b>Seconde séquence : Les tiers et l'exécution du contrat.....</b>	<b>71</b>
<i>Biographie des intervenants.....</i>	<i>73</i>
<i>Actes - Les tiers et l'exécution du contrat.....</i>	<i>75</i>
<i>Échanges avec la salle .....</i>	<i>95</i>
<b>TABLE RONDE 2 : L'attractivité du cadre juridique français.....</b>	<b>97</b>
<i>Biographie des intervenants .....</i>	<i>99</i>
<i>Actes - L'attractivité du cadre juridique français .....</i>	<i>103</i>
<i>Synthèse de la table ronde 2.....</i>	<i>129</i>
<b>TABLE RONDE 3 : Le juge et les nouveaux champs du contrat.....</b>	<b>135</b>
<i>Biographie des intervenants .....</i>	<i>137</i>
<i>Actes- Le juge et les nouveaux champs du contrat.....</i>	<i>139</i>
<i>Synthèse de la table ronde 3.....</i>	<i>165</i>
<b>PROPOS CONCLUSIFS .....</b>	<b>171</b>



## Présentation du colloque

Le Conseil d'État et la Cour de cassation ont choisi de consacrer la 8<sup>e</sup> édition de leurs *Regards croisés* au thème du droit des contrats, saisi du double point de vue du juge administratif et du juge judiciaire.

Bien que l'on distingue traditionnellement, de manière très nette, les contrats de droit privé et de droit administratif au regard de leurs spécificités respectives, l'un se caractérisant par la liberté contractuelle, l'autre par la préservation de l'intérêt général, la perspective doit être affinée pour prendre la mesure de la richesse des interactions liant les deux ordres de juridiction, à la lumière des sources, des influences et des enjeux qui leur sont aujourd'hui communs.

Les différentes interventions et les échanges qui les accompagnent permettent d'approfondir une réflexion d'ensemble sur les problématiques convergentes qui traversent ces deux droits, notamment celle du rapprochement de l'office des juges.



## Programme

### Allocutions d'ouverture

**Christophe Soulard**, Premier président de la Cour de cassation

**Rémy Heitz**, procureur général près la Cour de cassation

**Didier-Roland Tabuteau**, vice-président du Conseil d'État

### Propos introductif - Les grands enjeux du cadre juridique : convergences ou divergences

**Bénédicte Fauvarque-Cosson**, conseillère d'État, agrégée de droit privé, administratrice générale du Conservatoire national des arts et métiers

### Table ronde 1 : Le renouveau de l'office du juge dans le domaine du contrat

#### Les parties et le juge

##### *Modératrice*

**Carole Champalaune**, présidente de la 1<sup>re</sup> chambre civile de la Cour de cassation

##### *Intervenants*

**Daniel Barlow**, président de la chambre commerciale internationale de la cour d'appel de Paris

**Thomas Genicon**, professeur de droit privé à l'université Paris Panthéon-Assas

**Rozen Noguellou**, assesseure à la 10<sup>e</sup> chambre de la section du contentieux du Conseil d'État

##### *Rapporteur*

**Patrick Poirret**, Premier avocat général de la 1<sup>re</sup> chambre civile de la Cour de cassation

#### Les tiers et l'exécution du contrat

##### *Modérateur*

**Rémy Schwartz**, président adjoint de la section du contentieux du Conseil d'État

##### *Intervenants*

**David Bakouche**, professeur de droit privé à l'université de Paris-Saclay

**Clotilde Bellino**, conseillère référendaire à la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation

**Renaud thielé**, président assesseur à la cour administrative d'appel de Marseille

**Table ronde 2 : L'attractivité du cadre juridique français***Modérateur*

**Vincent Vigneau**, président de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation

*Intervenants*

**François Ancel**, conseiller à la 1<sup>re</sup> chambre civile de la Cour de cassation

**Olivier Japiot**, président de la 7<sup>e</sup> chambre de la section du contentieux du Conseil d'État

**Marielle Jéhannin**, avocate au Conseil d'État et à la Cour de cassation

*Rapporteur*

**Gilles Pellissier**, assesseur à la 7<sup>e</sup> chambre de la section du contentieux du Conseil d'État

**Table ronde 3 : Le juge et les nouveaux champs du contrat***Modératrice*

**Christine Maugüé**, présidente de la section de l'administration du Conseil d'État

*Intervenants*

**Frédéric Desportes**, Premier avocat général de la chambre criminelle de la Cour de cassation

**Gaëlle Dumortier**, présidente de la 1<sup>re</sup> chambre de la section du contentieux du Conseil d'État

**Vincent Egéa**, professeur de droit privé à l'université d'Aix-Marseille

*Rapporteur*

**Sandrine Zientara-Logeay**, présidente de chambre, directrice du service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation

**Propos conclusifs**

**Christophe Jamin**, professeur des universités à l'École de droit de Sciences Po Paris

**Fabrice Melleray**, professeur de droit public à l'École de droit de Sciences Po Paris

## Allocutions d'ouverture

**Christophe Soulard**

*Premier président de la Cour de cassation*

Magistrat de formation, Christophe Soulard a exercé les fonctions de juge d'instance au tribunal de Metz, de référendaire à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), de directeur de l'Institut européen de formation en droit communautaire, de conseiller référendaire à la Cour de cassation, de Premier vice-président du tribunal de grande instance (TGI) de Metz, et de conseiller, puis de doyen de section à la Cour de cassation. Christophe Soulard a par ailleurs été professeur associé à l'université de Strasbourg, puis à l'université de Lorraine. Il a donné de nombreux cours et est intervenu à l'École nationale de la magistrature (ENM), au Centre de de formation à la profession d'avocats, à l'Institut d'études politiques (IEP) de Paris et au Centre européen universitaire de Nancy. Il est l'auteur de plusieurs ouvrages et de nombreux articles portant principalement sur le droit de l'Union européenne et sur le droit douanier. Président de la chambre criminelle de la Cour de cassation en 2017, Christophe Soulard est nommé Premier président de la Cour de cassation en 2022.

---

Monsieur le procureur général,  
Monsieur le vice-président du Conseil d'État,  
Monsieur le président de l'ordre des avocats aux Conseils,  
Mesdames et Messieurs les présidents,  
Mesdames et Messieurs les professeurs,  
Chers collègues,

C'est une grande satisfaction que de participer à l'ouverture de ces huitièmes *Regards croisés* organisés conjointement par le Conseil d'État et la Cour de cassation tous les deux ans. Ce rendez-vous offre un espace unique d'échanges, une opportunité précieuse pour confronter nos approches, identifier nos convergences mais aussi mieux comprendre les spécificités qui font la richesse de notre dualité juridictionnelle.

Ces colloques conjoints témoignent de façon plus générale des liens et du dialogue qui unissent nos deux juridictions. De nombreux autres exemples de ces liens pourraient être cités, à commencer par les échanges réguliers entretenus entre les chambres de la section du contentieux du Conseil d'État et les chambres de la Cour de cassation sur un certain nombre de problématiques partagées comme, par exemple, en droit du travail ou en droit de la responsabilité.

Il existe aussi, d'ailleurs, des échanges entre des chambres de la Cour de cassation et des sections administratives du Conseil d'État comme, par exemple, entre la chambre criminelle et la section de l'intérieur.

Le colloque qui nous réunit manifeste doublement ce dialogue puisque, outre qu'il constitue en lui-même une forme de dialogue, il porte sur un thème : *Le juge et le*

*contrat*, qui est au cœur de nos pratiques quotidiennes respectives et qui fait l'objet d'un dialogue constant entre les juridictions administrative et judiciaire tant il constitue notre quotidien. Il s'agit donc aujourd'hui de dialoguer sur un dialogue.

Le contrat trouve ses origines dans une tradition privatiste issue du droit romain. Il est défini, chacun le sait, à l'article 1101 du code civil comme « *un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ».

Le droit public a progressivement rejoint cette conception du contrat comme *la loi commune des parties*. Et cette évolution s'est accompagnée d'un encadrement législatif de plus en plus précis, en particulier avec le code de la commande publique.

Néanmoins, la conception du contrat, et partant celle de l'office du juge, diffère entre le droit privé et le droit public.

Par leurs objectifs d'abord : l'un s'articule autour de l'autonomie de la volonté et la recherche d'équilibre entre les parties, quand l'autre se distingue par la nécessité de concilier la liberté contractuelle avec les exigences de l'action administrative et de ses prérogatives de puissance publique.

Par leurs acteurs ensuite : exclusivement privés pour l'un, partiellement institutionnels pour l'autre.

Par leurs effets enfin : l'effet relatif étant une caractéristique principale du premier, et la sauvegarde de l'intérêt général la finalité essentielle du second.

Face à ces réalités, le juge joue un rôle central : il accompagne les mutations du contrat et voit son office évoluer dans un contexte de contractualisation croissante des relations économiques et sociales. La réforme du droit des obligations, en 2016, témoigne tout particulièrement de cette évolution. Cette réforme poursuit tout à la fois des objectifs de justice sociale et des objectifs d'efficacité économique dont la conciliation conduit à conférer au juge une place majeure destinée à assurer un équilibre entre liberté et régulation.

C'est dire que la conception du contrat comme « chose » des parties serait réductrice. Les litiges autour de sa formation, de sa validité ou de ses effets sont nombreux et le juge en est naturellement l'arbitre. Mais jusqu'où peut-il aller ? À quel moment doit-il intervenir ? C'est tout l'enjeu de l'équilibre entre la liberté contractuelle et la protection des droits et intérêts des parties, voire les impératifs d'ordre public et l'intérêt général. Et c'est ici que les différences entre le contrat public et le contrat privé justifient un office du juge adapté avec des règles de fond et de procédure spécifiques.

Cependant, nous assistons depuis plusieurs années à des mouvements de convergence. Ces rapprochements ne sont ni fortuits, ni purement techniques. C'est dans cette perspective que le présent colloque prend tout son sens : il nous invite à interroger les dynamiques à l'œuvre, l'effet « réformes récentes », mais aussi les pratiques jurisprudentielles issues de nos juridictions respectives. Il s'agit de porter des regards autant croisés que convergents. Il s'agit autant de comparer que de comprendre.

Les rapprochements entre nos droits sont d'abord nourris par des sources juridiques communes : le droit de l'Union européenne, celui de la Convention européenne des droits de l'homme ; outre que ces sources transcendent les catégories de droit interne, elles contribuent à l'émergence de convergences autour de principes directeurs communs. Ces rapprochements sont aussi le fruit d'une volonté partagée de rendre notre système juridique plus lisible et cohérent, mais aussi plus protecteur et plus efficace.

Prenons l'exemple de l'imprévision. Historiquement admise en droit public pour garantir la continuité du service public, elle repose sur un triptyque de conditions : un événement imprévisible, extérieur aux parties, créant un déséquilibre temporaire. Cette logique a, indiscutablement, inspiré la réforme du droit des obligations intervenue en 2016.

C'est ainsi que l'article 1195 du code civil confère au juge, saisi par une partie, le pouvoir de réviser ou de mettre fin au contrat en cas de « *changement de circonstances imprévisible lors de la conclusion du contrat rend[ant] l'exécution excessivement onéreuse pour une partie qui n'avait pas accepté d'en assumer le risque* ».

De façon plus générale, le juge judiciaire dispose, avec cette réforme de 2016, de pouvoirs accrues pour corriger les déséquilibres, sanctionner des clauses abusives, rendre compte des situations de dépendance économique. Il devient, à certains égards, plus interventionniste, à l'image du juge administratif, s'agissant de la contestation de la validité du contrat administratif. La montée en puissance de l'unilatéralisme fournit une seconde illustration de ce rapprochement. Le droit administratif connaît depuis longtemps la possibilité de modification ou même de résiliation unilatérale du contrat pour motif d'intérêt général. Ce principe trouve aujourd'hui des équivalents en droit privé, notamment avec la fixation unilatérale du prix et la résiliation unilatérale.

Pour autant, cette liberté accrue donnée aux parties ne vient pas réduire l'office du juge qui peut, lui-même, être saisi par une partie à tous les stades de la relation contractuelle, voire précontractuelle.

Le référé offre certainement à cet égard un cadre particulièrement propice à l'instar des référés précontractuels en vigueur devant le juge administratif. Avec ces procédures, la fonction du juge se trouve transformée : passant d'un juge agissant *a posteriori* à un juge davantage facilitateur, d'appui, dont les pouvoirs étendus permettent une intervention *a priori*.

Par ailleurs, si j'ai illustré jusqu'à présent mon propos par des évolutions du droit privé s'inspirant du modèle du droit administratif, de nombreux exemples pourraient être pris en sens inverse, qu'il s'agisse de la reconnaissance du principe de loyauté inspiré de la bonne foi contractuelle, de l'office du juge en matière de clauses pénales dans les marchés publics, des dommages-intérêts en cas d'annulation d'un contrat, etc. On décèle dans toutes ces évolutions la recherche commune d'un accroissement tant de l'efficacité du droit que de l'effectivité des droits.

Si le droit des contrats privés et celui des contrats publics ne sont pas identiques, ils ne s'opposent pas mais tendent vers un rapprochement, emportés par une ambition commune : renforcer la sécurité juridique et garantir les droits des parties.

Ces tendances peuvent contribuer à l'attractivité du droit français des contrats ; la mise en concurrence croissante des systèmes juridiques nationaux rend particulièrement nécessaire cette recherche d'attractivité du droit français. Assurément, celui-ci autant que l'ambition du développement de Paris comme une place d'arbitrage international pousse vers davantage d'harmonisation.

L'on peut évoquer une autre forme d'attractivité du droit des contrats : une certaine séduction qu'opère la figure contractuelle avec une irruption de plus en plus vaste du contrat dans des domaines autrefois rétifs à toute logique négociée.

Je songe à une certaine forme de protocolisation de l'action publique, ou encore à la place croissante réservée au consentement dans la procédure pénale, voire à la convention dans des domaines échappant à la libre disposition des droits, tel le divorce. La remise en cause des figures traditionnelles de l'autorité, la mise en avant de l'autonomie du sujet du droit, voire la force de l'engagement pris, sont autant de considérations qui favorisent le développement de la forme contractuelle dans tous les domaines du droit : de la matière pénale à l'action publique en passant par le droit des personnes. S'agit-il de réels contrats ? Quelle place le juge peut-il prendre dans ces nouvelles formes contractuelles ? Nos juridictions sont certainement confrontées là à des questions qui transcendent nos deux ordres avec des solutions explorées qui peuvent assurément constituer des sources d'inspiration réciproques dans la logique de convergence que j'évoquais et qui, j'en suis sûr, constituera le fil directeur des travaux de ce colloque.

Je suis certain que nos échanges seront riches, qu'ils seront ouverts, constructifs et je me réjouis une fois encore de cette collaboration étroite entre nos deux hautes juridictions.

## Rémy Heitz

*Procureur général près la Cour de cassation*

Rémy Heitz commence sa carrière en 1989 en qualité de substitut du procureur près le tribunal de grande instance de Pontoise. Affecté en 1992 à la direction des affaires criminelles et des grâces, il devient en 1994 chef de cabinet du ministre délégué aux relations avec l'Assemblée nationale. En 1995, il est chef du bureau de la justice pénale et des libertés individuelles à la direction des affaires criminelles et des grâces. En 1999, il rejoint Saint-Malo en qualité de procureur de la République. En 2001, il est nommé au tribunal de grande instance de Paris comme chargé de mission du procureur de la République. Il retrouve le travail de cabinet en 2002 en devenant conseiller technique pour la justice du Premier ministre. En mars 2003, il est nommé délégué interministériel à la sécurité routière, fonction qu'il occupe pendant près de quatre ans. En 2006, Rémy Heitz devient directeur de l'administration générale et de l'équipement. En 2008, il retrouve des fonctions en juridiction en prenant la tête du parquet de Metz. Nommé président du tribunal de grande instance de Bobigny, en 2010, il exerce ces fonctions pendant cinq années avant de rejoindre, en 2015, la cour d'appel de Colmar en qualité de premier président. Directeur des affaires criminelles et des grâces en 2017, il est nommé en novembre 2018 procureur de la République de Paris. En septembre 2021, il devient procureur général près la cour d'appel de Paris. En 2023, Rémy Heitz est nommé procureur général près la Cour de cassation par décret du Président de la République (*JORF* du 2 juillet 2023). Il préside la formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard des magistrats du parquet. Il est également vice-président du conseil d'administration de l'École nationale de la magistrature.

---

Monsieur le vice-président du Conseil d'État,  
 Monsieur le Premier président,  
 Monsieur le président de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation,  
 Mesdames et Messieurs les membres du Conseil d'État et de la Cour de cassation,  
 Mesdames et Messieurs les avocats,  
 Mesdames et Messieurs les enseignants, chercheurs,  
 Chers étudiants, *nombreux aujourd'hui dans cette Grand'chambre de la Cour de cassation*,  
 Mesdames et Messieurs,

C'est un plaisir d'ouvrir avec vous, Monsieur le Premier président, Monsieur le vice-président, ce colloque organisé conjointement par la Cour de cassation et le Conseil d'État. Ce faisant, nous prolongeons une tradition à laquelle nous sommes profondément attachés : celle d'un dialogue exigeant entre nos deux hautes juridictions sur des thématiques majeures qui témoignent de la vitalité de nos liens.

Au fil des années, nous avons exploré ensemble des sujets aussi fondamentaux que l'environnement<sup>1</sup> en 2021, et la compliance<sup>2</sup> en 2023. Chaque fois, les échanges ont mis en lumière une communauté de préoccupations par-delà la diversité de nos approches face aux mutations du droit et aux défis contemporains de la régulation juridique.

Le thème retenu en 2025 – *Le juge et le contrat* – pourrait, à première vue, sembler plus classique. Il évoque les bancs de l'université, les manuels de droit civil et cette célèbre définition de l'article 1101 du code civil : « *Le contrat est un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ».

Mais cette simplicité est trompeuse, car le contrat, en tant qu'objet juridique, n'a cessé d'évoluer et l'office du juge avec lui.

Dans une approche libérale classique, le contrat a d'abord été conçu comme l'expression de l'autonomie des volontés. Il incarnait la liberté d'engagement, un équilibre spontané entre cocontractants éclairés et le respect de la parole donnée. Dans cette logique, le juge devait se tenir en retrait : il constatait l'existence du contrat ; il en interprétait strictement les termes ; il imposait son respect et sanctionnait son inexécution. Il n'avait donc pas à interférer dans la volonté clairement exprimée des parties. Cette vision a longtemps structuré la jurisprudence de notre Cour comme en témoigne l'arrêt *Les Maréchaux*<sup>3</sup> de 2007 qui rappelait que l'on ne saurait, au nom de la bonne foi, porter atteinte à la substance des droits et obligations librement convenus.

Mais ce paradigme a progressivement évolué. D'abord, parce que le contrat a investi de nouveaux champs, notamment en droit public où il s'est affirmé comme un outil souple et efficace de gestion du service public. C'est là qu'un contraste s'est dessiné entre nos deux ordres de juridiction. Le juge administratif, en lien étroit avec l'administration, a très tôt façonné un droit des contrats publics adapté à ses finalités propres, notamment en matière de commande publique. L'impératif de continuité du service public a justifié une conception plus souple, plus pragmatique du contrat et un pouvoir d'intervention du juge plus affirmé.

L'arrêt *Gaz de Bordeaux* de 1916<sup>4</sup> en est l'illustration emblématique : le Conseil d'État y consacre la théorie de l'imprévision autorisant une révision en cas de bouleversement de l'économie contractuelle. Si le juge judiciaire est resté pendant longtemps en retrait de cette évolution, le contrat privé a lui-même, peu à peu, changé de nature. Il est devenu plus complexe, plus technique, plus standardisé, parfois, déséquilibré, voire imposé.

---

<sup>1</sup> *L'environnement : les citoyens, le droit, les juges*, Regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation, éd. La Documentation française, 2022.

<sup>2</sup> *De la régulation à la compliance : quel rôle pour le juge ?*, Regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation, éd. La Documentation française, 2024.

<sup>3</sup> Ccass., civ., ch. commerciale, 10 juillet 2007, n° 06-14.768, Bull.

<sup>4</sup> CE, 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, n° 59928, Rec.

Dans ce contexte, le rôle du juge judiciaire s'est, lui aussi, transformé. Souvent à l'initiative du législateur, parfois sous l'impulsion jurisprudentielle, le juge s'est vu reconnaître de nouveaux leviers : neutralisation des clauses abusives, y compris relevées d'office, pouvoir de modération sur les clauses pénales, reconnaissance d'obligations d'information ou de sécurité et, plus récemment, révision pour imprévision introduite par l'ordonnance du 10 février 2016<sup>5</sup> que vous avez rappelée, Monsieur le Premier président, donc un siècle après *Gaz de Bordeaux*.

Dans le même temps, les effets du contrat ont peu à peu débordé la seule relation entre parties pour concerner les tiers. Ce qui a conduit le juge à repenser les frontières de ses effets relatifs et de son opposabilité.

En 2006, notre assemblée plénière a jugé dans l'arrêt *Boot shop*<sup>6</sup> qu'un tiers à un contrat pouvait engager la responsabilité délictuelle de l'un des contractants en cas de manquement contractuel lui ayant causé un dommage. Une solution qu'elle a confirmée en 2020<sup>7</sup> en énonçant que ce tiers n'avait alors pas à prouver une faute distincte dès lors qu'un lien de causalité avec le manquement était établi.

Plus récemment, le 3 juillet 2024<sup>8</sup>, il y a moins d'un an, la chambre commerciale a admis qu'un tiers invoquant un tel manquement contractuel pouvait néanmoins se voir opposer les limites de responsabilité fixées entre les parties au contrat. On mesure ainsi combien le juge est progressivement devenu l'un des architectes d'un équilibre contractuel repensé. Un équilibre qui ne sacrifie ni la liberté, ni la sécurité juridique, tout en veillant à la loyauté de l'échange, à la justice de l'exécution et aux effets sociaux du contrat. Ce rôle s'impose avec d'autant plus d'acuité que cet outil juridique pénètre des champs particulièrement sensibles marqués par l'ordre public comme, par exemple, le droit de la famille ou le droit pénal.

Le droit pénal, un domaine que nous explorerons à la suite de la première table ronde en appréciant comment la création et l'essor des mécanismes de justice négociée – je pense à la composition pénale, à la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC), ou à la convention judiciaire d'intérêt public (CJIP) – posent des questions fondamentales, qu'elles soient relatives au rôle des parties ou à l'évolution de l'office du juge, entendu d'ailleurs au sens large, office bien sûr également du procureur.

Forts de toutes ces approches, nous observerons comment une forme de convergence entre nos deux ordres de juridiction se dessine. Non pas une fusion, mais une proximité d'offices : celle de gardiens d'un contrat devenu espace de normativité, vecteur de lien social et levier de justice.

Ce colloque nous offre l'occasion d'interroger cette évolution en croisant nos regards – juridiques bien sûr, historiques, philosophiques et sociologiques aussi – pour mieux comprendre les transformations du contrat et les métamorphoses de l'office du juge dans un contexte sans cesse plus internationalisé et digitalisé. Convaincu de la richesse

---

<sup>5</sup> Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

<sup>6</sup> Ccass, assemblée plénière, 6 octobre 2006, pourvoi n° 05-13.255, Bull.

<sup>7</sup> Ccass, assemblée plénière, 13 janvier 2020, pourvoi n° 17-19.963, Bull.

<sup>8</sup> Ccass, civ., ch.commerciale, 3 juillet 2024, pourvoi n° 21-14.947.

des échanges à venir, je remercie très sincèrement tous ceux qui ont œuvré à l'organisation de cette rencontre ainsi que l'ensemble des intervenants qui ont accepté d'y participer. Je forme le vœu que cette rencontre nourrisse nos réflexions autant que nos pratiques.

**Didier-Roland Tabuteau**

*Vice-président du Conseil d'État*

Diplômé de l'École polytechnique (1981) et ancien élève de l'ENA (promotion « Louise Michel », 1984), Didier-Roland Tabuteau choisit à la sortie de l'école d'intégrer le Conseil d'État. Au sein de l'institution, il travaille tout d'abord à la section du contentieux (1984-1988) et à la section de l'intérieur (1987-1988). En 1988, il quitte l'institution pour occuper le poste de directeur adjoint du cabinet du ministre de la solidarité, de la santé et de la protection sociale, avant de revenir au Conseil d'État comme rapporteur public à la section du contentieux et membre de la section sociale (1991-1992). Didier-Roland Tabuteau a été directeur du cabinet du ministre de la santé et de l'action humanitaire en 1992, avant d'être nommé directeur général de l'Agence du médicament jusqu'en 1997. Par la suite, il occupe pendant trois ans le poste de directeur adjoint du cabinet de la ministre de l'emploi et de la solidarité. En 2000, il est conseiller de la ministre de l'emploi et de la solidarité, chargé de la préparation de la loi sur le droit des malades avant de devenir directeur du cabinet du ministre délégué à la santé (2001-2002). En 2003, il est nommé directeur général de la fondation Caisses d'épargne pour la solidarité. En parallèle, il obtient en 2007 un doctorat en droit et une habilitation à diriger des recherches. Il enseigne alors à l'Institut d'études politiques de Paris où il est responsable de la chaire santé. Il est également co-directeur de l'Institut droit et santé de l'université Paris Descartes (INSERM UMRS 1145). Didier-Roland Tabuteau réintègre le Conseil d'État en 2011 à la section du contentieux puis à la section sociale. En 2017, il est nommé président adjoint de la section sociale, puis président de la section sociale l'année suivante. Il est nommé vice-président du Conseil d'État le 5 janvier 2022.

---

Monsieur le Premier président,  
 Monsieur le procureur général,  
 Monsieur le président de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation,  
 Mesdames et Messieurs les présidents,  
 Mesdames et Messieurs les membres de nos deux institutions,  
 Mesdames et Messieurs les professeurs,  
 Mesdames et Messieurs,  
 Chers collègues,

Je suis très heureux de pouvoir, aux côtés du Premier président de la Cour de cassation et du procureur général près cette Cour, ouvrir la 8<sup>e</sup> édition des *Regards croisés de la Cour de cassation et du Conseil d'État*. Ces colloques permettent tous les deux ans de prolonger le dialogue sur des questions que nous saisissons, dualité de juridiction oblige, par des angles différents.

Il en est ainsi des contrats.

S'agissant des contrats publics, notre bréviaire est l'étude que le Conseil d'État a élaborée sur le sujet en 2008<sup>9</sup> et qui reste largement pertinente même après les évolutions jurisprudentielles que je rappellerai.

Dans une vision strictement juridique, la loi permet, ordonne ou interdit. Le contrat, lui, appelle à la négociation. Pour autant, le contrat administratif est spécifique, puisqu'il est, en principe, un contrat conclu par une personne publique qui contient des clauses exorbitantes du droit commun ou fait participer le cocontractant à l'exécution du service public. Les pouvoirs de l'administration, exorbitants, tranchent avec le principe d'égalité des parties au contrat. Et là où il y a de la négociation, le droit administratif offre à l'administration des pouvoirs spécifiques qui se justifient par la poursuite d'un intérêt général, allant jusqu'à la modification et la résiliation unilatérale ou la sanction pour exécution défailante.

Le contrat est aujourd'hui nécessaire à l'action publique. La place du contrat s'est en effet accrue durant plusieurs décennies, résultat du double mouvement du recul du secteur public et de la montée en puissance de l'économie de marché, de la décentralisation qui, en installant des légitimités concurrentes de celles de l'État, a ouvert le champ de la coopération entre personnes publiques, ou encore du droit de l'Union européenne qui incite les acteurs publics à se comporter davantage comme des personnes privées pour ne pas fausser la concurrence.

Le recours au contrat permet une meilleure acceptabilité de la norme qui est négociée et garantit ainsi sa bonne application. Il peut permettre à la personne publique d'avoir recours à une expertise externe, allant des partenaires sociaux aux associations gestionnaires en matière médico-sociale, afin d'élaborer des normes adaptées ou d'appliquer des politiques publiques. Il offre enfin l'avantage de responsabiliser les cocontractants en définissant les objectifs de chacun, et d'adapter la norme juridique pour tenir compte des spécificités dans lesquelles s'insère l'action publique<sup>10</sup>.

L'intervention du juge reste, dans ce cadre, une garantie à la bonne économie du champ contractuel. Cette intervention permet de pallier les principaux défauts du contrat relatifs à la fragilité de la norme négociée qui peut être rédigée dans des termes imprécis ou ambigus, au risque d'asymétrie entre les parties, ou encore au danger de la dilution des responsabilités par la délégation que le contrat peut prévoir.

Ainsi souhaiterais-je, en guise d'introduction, dire quelques mots pour, d'abord, rappeler à la fois l'office profondément renouvelé du juge administratif du contrat, il y a maintenant plus d'une décennie, ainsi que les éléments qui contribuent à rapprocher l'office des juges civil et administratif (1) ; et ensuite souligner que, malgré des convergences entre les contrats privés et publics, le contrat administratif garde une irréductibilité dans son principe mais également dans ses déclinaisons particulières (2).

---

<sup>9</sup> Conseil d'État, *Le contrat, mode d'action publique et de production des normes*, étude annuelle 2008, éd. La Documentation française.

<sup>10</sup> *Ibid.*

## 1. L'office du juge administratif des contrats

### 1.1. L'office rénové

L'office du juge du contrat administratif a été profondément renouvelé ces dernières décennies.

Il l'a été dans un premier temps par la loi. Ainsi, depuis 1992, le référé précontractuel<sup>11</sup> permet aux candidats évincés d'une procédure de passation de saisir le juge administratif pour faire grief d'un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence. Cette première procédure d'urgence spécifique a été complétée, en 2009<sup>12</sup>, conformément au droit de l'Union européenne, par une seconde, le référé contractuel, qui vise à sanctionner les mêmes manquements dans le cas où le contrat a finalement été signé, certes avec des conditions d'ouverture distinctes.

L'office du juge du contrat et les modalités de recours ont également été rénovés par la jurisprudence.

D'une part donc, cet office a été en effet considérablement approfondi pour ce qui est des recours des parties au contrat, au travers des arrêts *Commune de Béziers*. Par le premier, du 28 décembre 2009, le juge du contrat a redéfini le cadre de la contestation de la validité du contrat et a défini la palette des pouvoirs lui permettant de mieux répondre à l'exigence de stabilité des relations contractuelles, en limitant les cas d'annulation aux irrégularités les plus graves<sup>13</sup>.

Le deuxième arrêt, du 21 mars 2011, a, au nom de cette même exigence de stabilité des relations contractuelles, jugé qu'il pouvait même au besoin ordonner la reprise des relations contractuelles<sup>14</sup>. S'il demeure le garant du principe de légalité, le juge administratif doit également être attentif aux conséquences économiques et financières de ses décisions. Il veille, sans porter atteinte au droit à un recours effectif, à ne pas se laisser instrumentaliser et à garantir la loyauté des relations contractuelles.

L'autre évolution majeure date de 2014. L'arrêt *Tarn-et-Garonne*<sup>15</sup>, qui s'inscrivait dans la continuité de la création du recours *Tropic* ouvert aux concurrents évincés en 2007<sup>16</sup>, est revenu sur la jurisprudence séculaire *Martin*<sup>17</sup>. Cet arrêt de 2014 a en effet ouvert le recours à tout tiers susceptible d'être lésé dans ses intérêts de façon suffisamment directe et certaine par le contrat ou ses clauses. Là encore, chaque irrégularité doit recevoir, selon sa gravité, une réponse adaptée du juge qui peut, par exemple, ordonner la modification d'une clause du contrat ou le versement d'une indemnité. Dans ce même mouvement, le Conseil d'État a ouvert trois ans plus tard aux tiers la possibilité de contester devant le juge du contrat la décision refusant de

<sup>11</sup> Article L. 551-1 du code de justice administrative.

<sup>12</sup> Article L. 551-13 et suivants du code de justice administrative.

<sup>13</sup> CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, dit « Béziers 1 ».

<sup>14</sup> CE, sect., 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, dit « Béziers 2 ».

<sup>15</sup> CE, Ass., 4 avril 2014, *Département de Tarn-et-Garonne*, n° 358994.

<sup>16</sup> CE, Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic Travaux Signalisation*, n° 291545, commenté au GAJA.

<sup>17</sup> CE, 4 août 1905, *Martin*.

mettre fin à l'exécution du contrat litigieux<sup>18</sup> et a apporté les précisions nécessaires à l'application du recours *Tarn-et-Garonne*<sup>19</sup>.

### 1.2. Les possibles convergences entre les contrats de droit privé et de droit administratif

Si le droit des contrats administratifs est bien distinct de ceux formés en vertu du code civil, le juge administratif a, dès l'origine, puisé une partie de son appareil conceptuel et théorique dans les catégories générales du droit des contrats<sup>20</sup>. Le droit des contrats administratifs, s'il admet des exceptions à ces principes, par exemple dans les clauses réglementaires, partage en théorie les principes fondamentaux du droit des contrats : liberté contractuelle, règle de l'effet relatif, consensualisme ou encore force obligatoire du contrat.

Certains ont même avancé qu'eu égard, notamment, à la force de conviction que recèle le code civil en France, les règles issues de la jurisprudence administrative pouvaient y trouver un facteur de légitimation<sup>21</sup>. On peut voir là le résultat de l'attention du juge administratif pour les solutions du juge judiciaire s'agissant de questions similaires – l'enrichissement sans cause<sup>22</sup>, la valeur de son préambule pour l'interprétation d'un contrat<sup>23</sup>, la théorie des vices cachés<sup>24</sup>, ou encore la garantie décennale du code civil<sup>25</sup> qui trouve à s'appliquer aux marchés publics<sup>26</sup>. Ce rapprochement et cette discussion entre juge judiciaire et juge administratif peuvent également bien sûr découler de l'intermédiation des travaux universitaires qui comparent et proposent des évolutions et auxquels les juges sont très attentifs.

Le droit administratif des contrats a également évolué sous l'effet du droit de l'Union européenne. On peut, à cet égard, rappeler l'entrée en vigueur en 2019 du code de la commande publique, code dont de nombreuses règles résultent de la refonte des directives européennes marchés publics<sup>27</sup> et concession<sup>28</sup> opérée en 2014<sup>29</sup>. Le droit de l'Union européenne conduit à réexaminer certaines solutions françaises, comme l'a montré l'avis du 15 septembre 2022 de l'assemblée générale du Conseil d'État relatif

<sup>18</sup> CE, 30 juin 2017, *Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche*.

<sup>19</sup> Voir : s'agissant par exemple des moyens invocables par les concurrents évincés (CE, 9 novembre 2018, n° 420654), de l'application dans le temps de cette jurisprudence (CE, 20 novembre 2020, *Association Trans'Club*, n° 428156) ou encore de la question du délai de recours pour les tiers au contrat en cas de manquement aux obligations de publicité (CE, 19 juillet 2023, *Société Seateam aviation*, n° 465308).

<sup>20</sup> J.-F. Brisson, *L'impact de la réforme du code civil sur les contrats administratifs*, éd. LGDJ, pp. 229-239.

<sup>21</sup> N. Boulouis, « Regards d'un rapporteur public du côté du droit privé des contrats », in *AJDA*, 2009, p. 921.

<sup>22</sup> Voir, entre autres : CE, 10 avril 2008, *Société Decaux*, n° 244950.

<sup>23</sup> CE, 5 avril 2006, *SNCF*, n° 267771, Lebon T. 1039.

<sup>24</sup> Voir par exemple : CE, 7 juin 2018, n° 416535.

<sup>25</sup> Article 1792 et suivants du code civil.

<sup>26</sup> Voir, par exemple, s'agissant du point de départ de la prescription décennale de l'article L. 1792-4-3 du code civil : CE, 20 décembre 2024, n° 488339.

<sup>27</sup> Directive 2014/24/UE du parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics ; et directive 2014/25/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 relative à la passation de marchés par des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux.

<sup>28</sup> Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession.

<sup>29</sup> Transposées par une l'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, l'ordonnance n° 2016-65 du 29 janvier 2016 relative aux contrats de concession, le décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics et le décret n° 2016-86 du 1<sup>er</sup> février 2016 relatif aux contrats de concession.

aux conditions d'application de la théorie de l'imprévision, qui a estimé qu'il n'y avait pas lieu de revenir sur cette théorie mais qu'elle connaissait certaines limites liées aux exigences européennes<sup>30</sup>.

Les discussions du colloque pourront interroger l'effet du droit de l'Union européenne pour déterminer s'il a tendance à figer les particularités des contrats publics ou, au contraire, à rapprocher les régimes des contrats privés et administratifs.

En tout état de cause, les discussions sur les éventuelles convergences entre ces régimes ne pourront pas éluder la singularité fondamentale des contrats administratifs.

## 2. La spécificité du contrat administratif

Derrière l'éventuelle harmonisation entre les régimes publics et privés se dresse une réalité fondamentale : le contrat administratif n'est pas un contrat comme les autres, et le juge administratif ne saurait en conséquence se fondre complètement dans les habits du juge civil.

### 2.1. L'irréductibilité du régime des contrats administratifs

L'exorbitance du contrat administratif reste une clé de lecture essentielle pour deux premières raisons.

D'abord, parce que ce régime a pour objectif final de garantir l'intérêt général, et le juge ne pourrait s'en tenir à la simple volonté des parties si celle-ci la méconnaissait. Les clauses réglementaires en particulier, eu égard à leurs effets, ne peuvent pas être examinées comme de simples clauses relatives qui n'auraient d'effet que sur les cocontractants. Le Tribunal des conflits lie lui-même contrat administratif et intérêt général lorsqu'il définit, en 2014, la clause exorbitante du droit commun qui permet de qualifier le contrat d'administratif et de retenir la compétence du juge de cet ordre, comme la clause qui « *notamment par les prérogatives reconnues à la personne publique contractante dans l'exécution du contrat, implique, dans l'intérêt général, qu'il relève du régime exorbitant des contrats administratifs* »<sup>31</sup>.

Ensuite, cette irréductibilité est liée au fait que la nature des parties en présence, comprenant une personne publique, ou au moins une personne privée agissant au nom et pour le compte d'une personne publique<sup>32</sup>, induit un déséquilibre structurel que le juge administratif doit réguler.

Là où le juge civil est d'abord le gardien de l'égalité contractuelle, le juge administratif est le garant de la hiérarchie des intérêts, et en dernier lieu de la protection de l'intérêt général.

---

<sup>30</sup> Avis délibéré en assemblée générale le 15 septembre 2022, relatif aux possibilités de modification du prix ou des tarifs des contrats de la commande publique et aux conditions d'application de la théorie de l'imprévision.

<sup>31</sup> TC, 13 octobre 2014, *SA AXA France IARD*, n° 3963, in *AJDA*, 2014. 2180, chron. J. Lessi et L. Dutheillet de Lamothe.

<sup>32</sup> TC, 11 décembre 2017, *Commune de Capbreton*, n° 4103.

## 2.2. La particularité des contrats administratifs qui portent et déclinent des politiques publiques

Le contrat administratif permet souvent de mettre en œuvre des politiques publiques en confiant la gestion d'un service public ou en recourant à une commande pour se fournir de quoi exécuter une politique publique.

Mais les contrats peuvent également, plus fondamentalement, être le socle de politiques publiques. Lorsque, par un contrat de plan État-région, ces deux entités s'engagent sur la programmation et le financement de projets, elles définissent en pratique une politique publique dans son incarnation territoriale<sup>33</sup>. Il en est de même, par exemple, lorsque l'État et la Caisse nationale d'assurance maladie (CNAM) signent une convention d'objectifs et de gestion (COG)<sup>34</sup> qui définit les objectifs de l'assurance maladie, les moyens de fonctionnement et les actions pour les atteindre.

Ces contrats spécifiques, qui ont véritablement trait à la politique publique, existent dans les champs du social, de l'éducation ou de la santé, ou encore de la culture, ou de l'aménagement du territoire<sup>35</sup>.

Et l'on retrouve fondamentalement derrière ces contrats, qui permettent de définir en pratique et de mener une politique publique, l'esprit de cette politique publique bien plus que les principes de l'effet relatif et de la négociation égale entre deux parties.

Pour m'arrêter sur un domaine qui m'est cher, le champ sanitaire se caractérise par de nombreux contrats particuliers parce que liés aux politiques publiques. Il en va ainsi des conventions entre la sécurité sociale et des organisations syndicales des professionnels libéraux de santé depuis 1971<sup>36</sup>, qui sont soumises à l'approbation des pouvoirs publics, laquelle confère des effets réglementaires à leurs stipulations comme l'ont jugé tant le Conseil d'État que le Conseil Constitutionnel<sup>37,38</sup>. Ce mode de régulation a progressivement été étendu, par exemple, aux établissements thermaux en 1996<sup>39</sup>, aux transports sanitaires la même année<sup>40</sup>, ou encore aux centres de santé en 1999<sup>41</sup>.

Une volonté similaire de substituer une relation contractualisée à une relation d'autorité peut se retrouver également en matière hospitalière<sup>42</sup>.

Mais, parce que l'on est ici dans une déclinaison des politiques publiques, la forme juridique contractuelle ne s'accompagne pas toujours d'une liberté de négociation et

<sup>33</sup> Voir, pour le régime contentieux : CE, Ass., 8 janvier 1988, n° 74361, Rec.

<sup>34</sup> Article L. 227-1 et suivants du code de la sécurité sociale.

<sup>35</sup> Voir, pour des exemples dans chacun de ces champs, l'étude annuelle du Conseil d'État de 2008, précédemment citée.

<sup>36</sup> Loi n° 71-525 du 3 juillet 1971, réformée par la loi n° 75-603 du 10 juillet 1975.

<sup>37</sup> Article L. 162-15 du code de la sécurité sociale.

<sup>38</sup> Voir : CE, sect., 8 février 1977, H., Rec. p. 97 ; CE, 27 avril 1998, n° 185644 ; et CC n° 89-269 DC, 22 janvier 1990, Rec. p. 27.

<sup>39</sup> Article L. 162-39 du code de la sécurité sociale résultant de l'article 28 de la loi n° 96-452 du 28 mai 1996.

<sup>40</sup> Article L. 322-5-2 du code de la sécurité sociale résultant de l'article 33 de la loi n° 96-1160 du 27 décembre 1996.

<sup>41</sup> Article L. 162-32-1 du code de la sécurité sociale résultant de l'article 23 de la loi n° 99-641 du 27 juillet 1999.

<sup>42</sup> D.-R. Tabuteau, « La convention dans le champ sanitaire et social », in *L'accord : mode de régulation du social*, éd. La Documentation française, Paris, 2016, p. 32 et suiv.

de conclusion. La loi peut imposer la conclusion de contrat, ou donner à des acteurs publics la possibilité de l'imposer. Ainsi, le directeur de l'agence régionale de santé (ARS) peut obliger les établissements publics de santé à conclure une convention de coopération, ou à créer un groupement commun et donc à négocier une convention constitutive<sup>43</sup>. Le refus de conclure un contrat peut même être sanctionné, comme s'agissant des contrats d'amélioration de la qualité et de l'organisation des soins, en cas de progression non justifiée des dépenses de médicaments – le refus entraînant le prononcé par le directeur de l'ARS d'une sanction pécuniaire<sup>44</sup>.

On retrouve des mécanismes similaires en droit du travail, avec bien sûr les conventions collectives qui peuvent être étendues<sup>45</sup>, ce qui témoigne de leurs effets structurants pour la politique de l'emploi.

*In fine*, il y a sous les atours du contractualisme, la manifestation d'une ambition législative. Le contrôle du juge administratif est alors pleinement justifié dès lors que, souvent, pour reprendre les mots d'Alain Supiot, « *Le phénomène dit de contractualisation ne consiste (...) nullement en un reflux de la loi face au contrat ni en un recul du dirigisme face au laissez-faire* »<sup>46</sup>.

\* \* \*

S'il est indéniable que le juge administratif des contrats a profondément modernisé son office depuis le tournant des années 2000, cette modernisation n'a pas gommé l'essence même de sa fonction : assurer à travers le contrat la réalisation de l'intérêt général dans un cadre juridique stable.

L'objet examiné par les juges administratif et civil est certes facialement le même, et il est éminemment intéressant de comparer leur office, car sur la trame de cette similitude ressortent d'autant mieux les différences qui existent toujours et qui teintent le contrôle des juges civil et administratifs, les pouvoirs des parties et des tiers dans les anciens comme dans les nouveaux champs du contrat qui seront examinés durant ce colloque.

Ces regards croisés seront ainsi, j'en suis sûr, par l'amplitude des champs qu'ils embrassent et la qualité des intervenants, passionnants.

---

<sup>43</sup> Article L. 6131-2 du code de la santé publique.

<sup>44</sup> Article L. 162-30-2 du code de la sécurité sociale. La sanction est égale à « 1 % des produits reçus des régimes obligatoires d'assurance maladie par l'établissement de santé au titre du dernier exercice clos ».

<sup>45</sup> Loi du 25 mars 1919 relative aux conventions collectives complétée et modifiée par celle du 25 juin 1919 ; désormais aux articles L. 2261-15 et suivants du code du travail.

<sup>46</sup> Alain Supiot, *Un faux dilemme : la loi ou le contrat ?* - Droit social, n° 1, janvier 2003.



## Propos introductif

### Les grands enjeux du cadre juridique : convergences ou divergences

#### **Bénédicte Fauvarque-Cosson**

*Conseillère d'État, administratrice générale du Conservatoire national des arts et métiers (Le Cnam)*

Agrégée de droit privé (1995), Bénédicte Fauvarque-Cosson a été professeure aux universités de Rouen, René Descartes et Panthéon-Assas. Elle a présidé la Société de législation comparée et a été vice-présidente de l'Académie internationale de droit comparé. Conseillère d'État, Bénédicte Fauvarque-Cosson est administratrice générale du Cnam depuis septembre 2022.

---

#### **Les grands enjeux du cadre juridique : convergences ou divergences**

Le Conseil d'État et la Cour de cassation ont choisi de consacrer la 8<sup>e</sup> édition de leurs Regards croisés au thème du *droit des contrats* et je remercie les organisateurs de m'avoir invitée à introduire les grands enjeux du cadre juridique, sous l'angle des convergences ou divergences. En France, contrairement à d'autres pays, les formations du juge administratif et du juge judiciaire suivent des voies distinctes. Le dialogue régulier qu'entretiennent le Conseil d'État et la Cour de cassation, animé par le souci réel de mieux se connaître pour mieux se comprendre, n'en est que plus nécessaire et fécond.

Le contrat est très certainement l'une des notions la plus universelle. Aristote y voyait la forme privilégiée des relations des membres du groupe social (*Éthique à Nicomaque*, Livre V). Néanmoins, contrats civils et administratifs semblent relever de deux mondes que tout séparerait. Dans l'un règnerait la liberté contractuelle, dans l'autre dominerait une partie publique dotée de prérogatives exorbitantes, justifiées par l'intérêt général. En réalité, tout juge contribue à l'application effective des politiques publiques ; et ses décisions, ancrées dans le réel, tiennent compte des évolutions de la société. Bien plus, il arrive que le juge administratif applique les règles du code civil, soit directement, soit en tant que principe général ou inspirant. Quant au juge judiciaire, il peut aussi devoir appliquer le droit administratif, par exemple en cas de référé contractuel, procédure d'urgence permettant une fois le contrat signé de sanctionner les manquements aux règles de publicité et de mise en concurrence dans les marchés publics.

Eu égard à la diversité des formes d'action publique, l'UE adopte des directives et règlements fondés sur l'identité des parties contractantes, sans consacrer la notion de contrat administratif, ce qui renforce les convergences.

Si, au sortir de la première guerre mondiale, le renforcement de la réglementation avait pu faire naître l'idée d'une « crise du contrat », un siècle plus tard, c'est une crise de croissance que l'on constate. Un vaste mouvement de « contractualisation » de la société s'étend à des domaines autrefois exclus de la sphère contractuelle : la famille, la justice, les relations individuelles, les relations collectives de travail, le droit pénal (comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité). Qu'il s'agisse d'urbanisme, de sécurité, de santé, de transition écologique, le contrat est devenu un « mode d'action publique et de production des normes » (*Étude annuelle 2008* du Conseil d'État, éd. LDf, 2008). Il est l'instrument de la démocratisation de l'action administrative et politique, fondée sur la négociation et le consensus, plutôt que sur l'autorité, d'une action qui aspire à susciter l'engagement des acteurs, la confiance, le dialogue, l'adhésion, la sécurité juridique, d'une action qui incite à rendre des comptes en cours de contrat.

L'évolution de l'enseignement supérieur public et de la recherche illustre bien cette évolution. Les contrats de recherche sont financés sur appels à projet (français et européens), le Contrat plan État région (CPER) permet d'entretenir l'immobilier. Enfin, avec les contrats d'objectifs et de moyens et de performance (COMP), les universités et grands établissements sont désormais pleinement engagées dans une nouvelle phase de contractualisation avec les rectorats ou directement avec l'État.

Le modèle classique, façonné dans une France rurale, pré révolution industrielle, fondé sur l'échange des consentements instantané entre deux personnes n'a pas pu résister à la complexité croissante de la société. Face aux enjeux économiques, les montages sont devenus complexes. En l'absence de règles dans le code civil de 1804, la jurisprudence a encadré les négociations précontractuelles et la rupture des pourparlers. Face à la montée de la consommation liée à l'industrialisation, le législateur est intervenu pour protéger la partie faible. Porté par le droit communautaire, devenu le droit de l'Union, le droit de la consommation a exercé une certaine influence sur la réforme du droit des contrats. Les directives et règlements ont créé, avec la jurisprudence de la CJUE, un *corpus* juridique propre à la protection du consommateur, d'abord par l'harmonisation minimale des droits des États membres, puis par l'unification par voie de règlements. La directive du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs a joué un rôle décisif en consacrant la faculté, pour les juges, d'écarter des clauses standardisées qu'ils considéraient comme abusives.

Le concept d'ordre public s'est diversifié : aux côtés de l'ordre public politique (protecteur de l'organisation fondamentale de la société) et de l'ordre public moral (les bonnes mœurs, en recul), un ordre public économique a émergé, lui-même désormais subdivisé en ordre public de direction (droit de la concurrence, droit fiscal) et ordre public de protection destiné à protéger les catégories faibles (consommateurs, emprunteurs, locataires, salariés). Sous l'impulsion de la Cour européenne des droits de l'homme, puis de la Cour de justice de l'Union européenne sur la base de la charte des droits fondamentaux, l'ordre public social, environnemental, « humaniste » s'est développé conduisant le juge civil, comme le juge administratif, à exercer un contrôle de proportionnalité en cas d'atteinte aux droits fondamentaux.

De nouveaux principes, tel celui de la confiance, sont venus concurrencer le principe d'autonomie de la volonté et de liberté contractuelle. À ces évolutions s'est ajoutée, ces dernières années, la prise en compte croissante des enjeux environnementaux et climatiques et, aujourd'hui, celle de l'intelligence artificielle. De nouveaux types de contrats émergent. Le contrat de services a détrôné le contrat de vente, autrefois archétype du contrat.

Dans ce paysage juridique profondément renouvelé, l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations fixe un nouveau cadre juridique, fortement marqué par le droit comparé, européen et international.

### **1. La recodification du droit français des contrats : aperçu comparatiste**

Les pays de droit continental se singularisent par le processus de codification qui permet l'énoncé de principes généraux et de règles dans un ensemble ordonné, favorisant ainsi l'accès au droit et à une certaine forme de sécurité juridique.

À partir des années 1980, un mouvement de recodification s'est enclenché dans le monde. Les pays de droit continental se singularisent par le processus de codification qui permet l'énoncé de principes généraux et de règles dans un ensemble ordonné, favorisant ainsi l'accès au droit et une certaine forme de sécurité juridique.

C'est par exemple le cas avec le code civil du Québec ou des Pays-Bas, et le droit des obligations et de la prescription en Allemagne. L'élaboration de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises, adoptée par une centaine de pays qui représentent plus des trois-quarts des échanges internationaux (la France l'a ratifiée en 1981) a constitué une sorte de « *lingua franca* » pour les contrats du commerce international et le droit européen des contrats. Si ces sources ont inspiré la réforme, les origines de cette réforme sont plus anciennes.

Dès le début du XX<sup>e</sup> siècle, le code civil allemand (BGB), entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1900, avait diffusé un modèle plus moderne que celui du droit français et suscité le désir de réforme. En 1904, lors des célébrations du centenaire du code civil de vifs débats ont eu lieu entre partisans et opposants de la réforme<sup>47</sup>. Dans l'attente d'une réforme d'ampleur, la jurisprudence, particulièrement celle de la Cour de cassation, a non seulement créé de nouvelles normes générales mais les a articulées avec les règles existantes, ce qui l'a conduite à bâtir des « cathédrales jurisprudentielles »<sup>48</sup>. La tâche n'a pas toujours été aisée. Le code civil consacre la force obligatoire du contrat, ce qui signifie, en toute rigueur, que le contrat doit demeurer tel qu'il a été voulu par les parties, sans que le juge puisse intervenir pour le compléter, le réviser, l'interpréter de manière constructive. Cette méfiance à l'égard du juge puise ses racines dans la Révolution française : le souvenir de l'opposition des Parlements aux édits du roi avait fait naître la crainte que le juge remette en cause la loi, œuvre du peuple souverain. Le respect de la volonté des parties s'est ensuite nourri de la doctrine de l'autonomie

<sup>47</sup> V. not. les débats entre F. Larnaudé et E. Pilon, partisans de la réforme, et M. Planiol et E. Gaudemet, qui s'y opposaient, in *Le Code civil : Livre du Centenaire, 1804-1904*, A. Rousseau éd., Paris, 1904.

<sup>48</sup> J.-L. Halperin, *Introduction au droit en 10 thèmes*, éd. Dalloz, 3<sup>e</sup> éd., 2021, séquence 2, p. 49.

de la volonté, exaltée au XIX<sup>e</sup> siècle, et de l'exigence de sécurité juridique, qui se traduit par l'exécution du contrat tel qu'il a été voulu par les parties<sup>49</sup>.

Progressivement, le législateur a modifié des pans entiers du code civil (par exemple, le droit des personnes et de la famille<sup>50</sup>), ou adopté des lois autonomes, regroupées dans des codes distincts, dont certains très protecteurs de l'une des parties (travail, assurances, consommation). Pour tenir compte des évolutions de la société et mieux protéger la partie faible, la Cour de cassation a fait évoluer sa jurisprudence vers davantage de justice contractuelle, grâce notamment à des « clauses générales » ou notions flexibles.

L'ouverture au droit comparé a aussi joué son rôle. Sous l'influence de l'école des Pandectes et de Savigny<sup>51</sup>, puis afin de faire face à l'inflation, les juges allemands n'avaient pas hésité à assouplir le principe de la force obligatoire (*pacta sunt servanda*) lorsqu'ils estimaient que les « conditions générales d'affaires » imposées dans des contrats d'adhésion étaient trop favorables aux grandes entreprises qui les rédigeaient ; en somme, qu'elles ne respectaient pas la justice contractuelle. En se fondant sur le § 242 du BGB qui consacre le principe de bonne foi, ils s'autorisaient, lorsque les circonstances avaient changé, à réviser le contrat ou en neutraliser certaines clauses abusives pour non-respect de la bonne foi. Suite à la Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne (1949) consacrant le principe constitutionnel de l'État social qui vise à orienter les pouvoirs publics vers une plus grande justice sociale, la jurisprudence constitutionnelle a accompagné ce mouvement. Les juges allemands ont aussi adopté une approche économique du contrat, conduisant par exemple à sauver un contrat faisant partie d'un ensemble d'opérations contractuelles. Cette double vision sociale et économique du contrat a fortement inspiré les travaux de la doctrine européenne.

Il est plus difficile de retracer, en quelques phrases, l'influence potentielle du droit anglais sur la réforme française. En effet, ainsi que s'en amusent certains juristes anglais, leur droit est un « dédale », non une autoroute<sup>52</sup>, une jungle, non un jardin à la française. C'est par la demande d'une action en justice (le « *writ of assumpsit* »), qui sanctionnait l'inexécution contractuelle – donc par la responsabilité contractuelle – que s'est formé le droit anglais des contrats (« *Remedies precede rights* »). C'est pourquoi la sanction de l'inexécution, en *Common Law*, est celle des

---

<sup>49</sup> L'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription (dit « projet Catala »), le premier à avoir été remis au garde des Sceaux (1<sup>er</sup> septembre 2005) s'est distingué par sa fidélité à cette ligne. Par la suite, le projet mené par François Terré s'est davantage inspiré du droit comparé et européen, imprégné de ces tendances nouvelles.

<sup>50</sup> Sur la tutelle : loi n° 64-1230 du 14 décembre 1964 portant modification des dispositions du code civil relatives à la tutelle et à l'émancipation, *JORF* du 15 décembre, p. 11140 ; sur les régimes matrimoniaux : loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux, *JORF* du 14 juillet, p. 6044 ; sur les incapables majeurs : loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs, *JORF* du 4 janvier, p. 114 ; sur la filiation : loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation, *JORF* du 5 janvier, p. 145 ; sur le divorce : loi n° 75-617 du 11 juillet 1975 portant réforme du divorce, *JORF* du 12 juillet, p. 7171.

<sup>51</sup> Friedrich Karl von Savigny (1779-1861), professeur de droit romain à Berlin.

<sup>52</sup> B. Rudden, « Dédale oui, autoroute non », in (collectif) *De tous horizons - Mélanges Xavier Blanc-Jouvan*, éd. Société de législation comparée, Paris, 2005, p. 637 (B. Rudden, heureux d'offrir « cette petite randonnée dans la forêt de la Common Law anglaise », y décrit de manière pittoresque les « hôtes » de la forêt, « les juges font le droit », « les juges sont d'anciens avocats », « les juges sont des individualistes », pp. 639-640).

dommages-intérêts et non l'exécution en nature (« *specific performance* »). L'action en justice n'était accordée que si la promesse avait été faite en échange d'une « *consideration* », de sorte que le contrat ne se forme toujours pas par le seul échange des consentements : c'est un « *bargain* » qui nécessite une offre, une acceptation, une « *consideration* » (sorte de contrepartie, fût-elle très déséquilibrée). En dépit de la création, en 1965, de la *Law Commission* dont l'une des missions est la codification, il subsiste de part et d'autre de la Manche deux façons différentes de penser le droit, de l'enseigner et de le pratiquer : l'une puise sa source dans les codes et les lois, l'autre dans la jurisprudence – le droit anglais des contrats s'est formé par de grandes décisions qui relèvent surtout des contrats commerciaux, notamment maritimes. Par l'interprétation du contrat – sujet central d'un cours sur le droit anglais des contrats – le juge joue un rôle essentiel dans la régulation des contrats. On oppose souvent le droit anglais au droit français en relevant que le droit anglais ne laisse guère de place à la bonne foi. Il serait plus exact de dire que la sanction de la déloyauté ne s'y fonde pas sur un principe général, mais sur des techniques précises, objectivées (critère du raisonnable, des attentes légitimes). Par exemple, contrairement à ce que l'on croit parfois, il n'y a pas un principe général d'estoppel en droit anglais, mais une multitude d'estoppels dont le plus célèbre en France est l'estoppel promissoire<sup>53</sup> (« *promissory estoppel* »)<sup>54</sup>.

Dans une économie mondialisée où les droits sont mis en concurrence, l'absence d'évolution du droit des contrats et des obligations pénalisait la France sur la scène internationale. Le *Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations* (JORF n° 0035 du 11 février 2016) en rend compte. Quelques années plus tôt, le classement annuel des droit nationaux à l'aune de la facilité à « faire des affaires », lancé par le premier rapport annuel *Doing Business* (2004) sous l'égide de la Banque mondiale avait provoqué une brutale prise de conscience quant à la nécessité de réformer le droit des contrats, peu lisible, voire imprévisible – paradoxe pour un pays de droit écrit. Ce n'était guère de nature à attirer les investisseurs étrangers, ou à inciter les parties à choisir les juridictions françaises en cas de litige et désigner la loi française pour leur contrat.

Il n'était pas non plus possible de rester à l'écart d'un mouvement mondial, enclenché par une doctrine comparatiste collective, promu ou soutenu par des organisations internationales (Unidroit) ou par l'Union européenne, qui avait élaboré divers modèles de droit souple, devenus sources d'inspiration pour les législateurs.

Ces modèles sont connus. Ce sont les principes d'Unidroit relatifs aux contrats du commerce international (publiés en 1994 et complétés dans plusieurs versions ultérieures), les Principes du droit européen du contrat (PDEC) élaborés par la commission dite « Lando » entre 1995 et 2003, et, avec un moindre impact, le projet de code européen des contrats dit « Gandolfi » et diffusé en français en 2000. Puis, vint le projet de cadre commun de référence (« *Draft Common Frame of Reference* » ou DCFR) portant sur tout le droit privé patrimonial, que son initiateur et fondateur du Groupe d'études pour un code civil européen (le professeur allemand Christian

<sup>53</sup> Irrecevabilité fondée sur une promesse.

<sup>54</sup> Aux États-Unis, en revanche, le standard de l'« *unconscionability* » (iniquité), inspiré de l'estoppel et qui permet d'écarter une clause, voire tout le contrat, quand il y a abus, est assimilable à un principe général.

von Bar) envisageait comme préfigurateur d'un futur code civil européen et qui fut remis au Parlement européen le 21 janvier 2008<sup>55</sup>. Assortis soit d'illustrations tirées de la jurisprudence des différentes traditions juridiques (PDEC, DCFR), soit d'exemples tirés de la pratique commerciale (Principes d'Unidroit), ces modèles ont connu un rayonnement mondial. Une compréhension commune du droit des contrats a émergé, ainsi qu'un *forum* international de discussion qui a influencé la recodification du droit des obligations de nombreux pays, ce dont rend compte la série d'ouvrages dirigée par un avocat général de la CJUE, Walter van Gerven (coll. *Ius Commune Casebooks for the Common Law of Europe*). Dans le même temps, le président de la Cour de justice de l'Union européenne promouvait la méthode comparative parmi les méthodes d'interprétation du droit de l'Union<sup>56</sup>.

Par ce mouvement, le recours aux clauses générales et notions standards qui favorisent le pouvoir d'appréciation du juge s'est généralisé, qu'il s'agisse de la bonne foi ou des notions voisines d'équité, d'abus de droit, de proportionnalité ou de raisonnable. Le juge doit ainsi faire coexister l'approche libérale fondée sur le respect de la liberté contractuelle et de la force obligatoire du contrat avec une approche protectrice fondée sur des éléments objectifs. Une synthèse a été tentée dans l'introduction du projet de cadre commun de référence (DCFR), qui énumère quatre principes de base (« *underlying principles* ») : liberté, sécurité, justice, et efficacité. Si la liberté contractuelle est certes placée en tête, elle subit de nombreuses restrictions justifiées par des considérations diverses : les tiers, les vices du consentement, la justice. Un exemple du subtil jeu d'équilibre entre ces principes est celui du changement de circonstances (révision pour imprévision) : une obligation de coopération entre les parties est consacrée dès lors qu'elle pouvait être raisonnablement attendue par le créancier, mais les parties restent libres d'exclure ce mécanisme.

Pour apprécier ce qui est raisonnable, le juge doit appliquer des critères objectifs, tels que la nature et le but du contrat, ou encore les usages et les pratiques de la profession. Le principe de sécurité est tempéré par la protection de la confiance, des attentes légitimes ainsi surtout que par la sanction d'un comportement incohérent (« *inconsistent behaviour* »), conçue comme une déclinaison du principe de bonne foi.

La réforme française s'est inspirée de toutes ces évolutions, que ce soit en consacrant le contrat d'adhésion ou en permettant au juge d'écarter une clause « *qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat* » (article 1171 du code civil). La coopération des parties en cours de relation contractuelle est par ailleurs requise : les parties doivent s'informer mutuellement, faciliter l'exécution des prestations de l'autre, collaborer loyalement pour surmonter les difficultés, renégocier le contrat en cas de bouleversement imprévu de l'équilibre économique. La sanction des comportements abusifs ou déloyaux s'accompagne d'un mouvement d'objectivisation par la place laissée à la confiance légitime ou aux attentes raisonnables, qui contrebalance le rôle reconnu à la volonté et modifie l'office

<sup>55</sup> Sur l'histoire de ce vaste mouvement, voir : H. Kötz, B. Fauvarque-Cosson, C. Signat, D. Galbois-Lehalle, *Droit européen des contrats*, éd. Sirey, coll. Sirey université, Paris, 2019.

<sup>56</sup> K. Lenaerts, « La Cour de justice de l'Union européenne et la méthode comparative », in *Le droit comparé au XXI<sup>e</sup> siècle - Enjeux et défis*, éd. Société de législation comparée, Paris, 2015, p. 35.

du juge : il ne s'agit plus tant de sanctionner le débiteur (inexécution contractuelle) que de satisfaire les attentes raisonnables du créancier.

## 2. L'impact de la réforme sur les contrats administratifs

L'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 avait pour objectif de « *modifier la structure et le contenu du livre III du code civil* ». Ni l'ordonnance, ni les travaux préparatoires, ni la loi d'habilitation, ni même le rapport au Président de la République n'évoquent les contrats administratifs. Même si la construction par le juge administratif du régime des contrats administratifs s'est faite sous l'angle du contentieux, en dehors de la théorie générale des contrats, ce silence a pu surprendre la doctrine qui s'est rapidement intéressée à la question de l'influence de cette réforme sur le droit des contrats administratifs<sup>57</sup>.

Code civil d'un côté, construction prétorienne de l'autre ? Une telle différence d'origine n'explique pas un tel cloisonnement. Celui-ci tient plutôt au fait que le droit des obligations civiles régit les rapports entre les particuliers, non les relations avec l'administration. Au droit civil revient la tâche de rechercher l'équilibre entre les parties, au droit administratif revient celle de concilier la liberté contractuelle avec les exigences de l'intérêt général. Le contrat administratif se caractérise par la présence d'une personne publique contractante<sup>58</sup> et par la finalité d'intérêt général. Il est d'abord un instrument d'action publique. Un régime spécifique en découle. La jurisprudence administrative a ainsi très tôt reconnu l'existence de clauses exorbitantes du droit commun<sup>59</sup>.

S'il faut se garder d'opérer des rapprochements hâtifs, il n'en demeure pas moins que des convergences existent depuis longtemps, et qu'elles jouent dans les deux sens<sup>60</sup>. Depuis 1916, le juge administratif se reconnaît le droit de réviser les contrats administratifs, ce qui conduit naturellement à déceler une influence du droit administratif sur l'article 1195 du code civil qui consacre la théorie de l'imprévision. Encore faut-il préciser que ledit article 1195 porte davantage sur la renégociation par les parties du contrat et les conséquences en cas d'échec de cette renégociation, que sur la révision pour imprévision. Ce n'est en effet qu'« *à défaut d'accord dans un délai raisonnable, [que] le juge peut, à la demande d'une partie, réviser le contrat ou y mettre fin, à la date et aux conditions qu'il fixe* ». Les premières sources d'inspiration de ce texte ont été le droit comparé et européen, notamment l'article 6.111 (3) des Principes du droit européen des contrats (PDEC) (« *faute d'accord des parties dans un délai raisonnable, le tribunal peut mettre fin au contrat à la date et aux conditions qu'il fixe, ou l'adapter de façon à distribuer équitablement entre les parties les pertes et profits qui résultent du changement de circonstances* »), ainsi que certaines décisions de la Cour de cassation.

<sup>57</sup> Voir not. *L'influence de la réforme du droit des obligations sur le droit des contrats administratifs*, dir. J. Martin, not. la préface d'Y. Gaudemet, éd. LexisNexis, Paris, 2019. Voir aussi P. Delvolvé, « Les nouvelles dispositions du code civil et le droit administratif », in *RFDA*, 2016, p. 613.

<sup>58</sup> CE, 20 avril 1956, *Époux Bertin* (un contrat est administratif dès lors qu'il a pour objet de confier au cocontractant l'exécution même du service public).

<sup>59</sup> CE, 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*.

<sup>60</sup> Sur les dispositions du code civil les plus susceptibles d'inspirer le droit administratif, cf. l'article de Delvolvé.

Comment la réforme sera-t-elle reçue par le droit administratif ? Les convergences s'opèrent selon un « principe de convergence raisonnée », selon l'expression qu'emploie Alexandre Lallet dans ses conclusions sur la décision *Association pour le musée des Îles Saint-Pierre-et-Miquelon*, pour décrire l'évolution du contentieux contractuel administratif vers les solutions du droit civil de la prescription, sans pour autant les transposer mécaniquement<sup>61</sup>.

En suivant ce principe, quelques pistes seront esquissées.

Les « dispositions préliminaires » du code civil (articles 1101 à 1111-1) établissent des normes générales sujettes à interprétation. Or, depuis la réforme, les principes d'interprétation des contrats par le juge convergent davantage qu'auparavant. Le nouvel article 1188, s'il réaffirme le principe d'une interprétation subjective, invite le juge à se référer subsidiairement à une interprétation objective, selon le sens que lui donne une personne raisonnable placée dans la même situation<sup>62</sup>. Le juge administratif, même s'il recherche lui aussi l'intention des parties, est depuis longtemps familier de l'approche abstraite au départ propre aux actes administratifs unilatéraux puis importée dans de nombreux contrats administratifs, par exemple les conventions médicales<sup>63</sup>.

Un autre exemple de convergence peut être trouvé dans l'article 1226 qui consacre la résolution unilatérale du contrat, en cas d'inexécution *suffisamment grave*, suivant en cela une porte ouverte par la Cour de cassation. Cette faculté de résolution unilatérale est reconnue depuis longtemps au cocontractant public<sup>64</sup>.

Dès avant la réforme, le juge administratif a appliqué des règles du droit civil, par exemple pour faire jouer les théories civilistes sur les vices du consentement ou mettre en œuvre un article du code civil, tel l'article 2052 sur le contrat de transaction<sup>65</sup>. Sans aller jusqu'à appliquer telle ou telle règle du droit civil, le juge administratif s'en inspire parfois. La fameuse décision dite « Béziers 1 » a ainsi consacré une exigence de loyauté des relations contractuelles qui n'est pas sans lien avec la bonne foi au sens du code civil<sup>66</sup>.

Dans le même ordre d'idée, même si l'obligation précontractuelle d'information consacrée à l'article 1112-1 du code civil n'est pas transposable telle quelle aux procédures formalisées de la commande publique, elle pourra d'autant plus inspirer une réflexion sur les obligations de loyauté qui pèsent sur les parties que le juge administratif est attentif aux comportements précontractuels des personnes publiques, notamment dans les procédures de dialogue compétitif ou de négociation.

<sup>61</sup> CE, sect., 1<sup>er</sup> juillet 2019, *Association pour le musée des îles Saint-Pierre et Miquelon*, n° 412243. Cette décision écarte de la prescription quinquennale de l'action en nullité du contrat prévue par l'article 2224 du code civil, en jugeant que les parties à un contrat administratif peuvent saisir le juge du contrat, afin d'en contester la validité pendant toute la durée d'exécution du contrat. Le juge administratif s'est fondé sur la spécificité du recours « Béziers », qui n'est pas une action en nullité du contrat.

<sup>62</sup> Rapprochement des Principes du droit européen des contrats (PDEC), article 5.101 (3) et des Principes d'Unidroit (PU), article 4.2.

<sup>63</sup> CE, sect., 14 avril 1999, *Syndicat des médecins libéraux et autres*, n°s 202605 et 203623.

<sup>64</sup> CE, 2 mai 1958, *Distillerie de Magnac-Laval*, n°s 32401, 32402, 32507 et 34562. Elle a été étendue à la partie privée d'un contrat administratif, mais pas lorsque ce contrat a pour objet l'exécution du service public et à la condition que la personne publique soit mise à même de s'opposer à la résolution pour un motif d'intérêt général (CE, 8 octobre 2014, *Société Grenke Location*, n° 370644).

<sup>65</sup> CE, Ass., Avis du 6 décembre 2002, *Syndicat intercommunal des établissements du second cycle du second degré du district de l'Haÿ-les-Roses*, n° 249153.

<sup>66</sup> CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, n° 304802.

Il arrive que le juge administratif dégage des principes à partir d'un article qui règle une situation bien précise. Ainsi, par exemple, citant l'ancien article 1152 sur les clauses pénales : « il est loisible au juge administratif, saisi de conclusions en ce sens, de modérer ou d'augmenter les pénalités de retard résultant du contrat, par application des principes dont s'inspire l'article 1152 du code civil, si ces pénalités atteignent un montant manifestement excessif ou dérisoire eu égard au montant du marché »<sup>67</sup>.

Ces exemples montrent que si le droit civil est une référence pour le juge administratif, c'est seulement dans la mesure où une exigence propre à l'action administrative, ou un principe et/ou une règle du droit public ne fait pas obstacle à son application<sup>68</sup>. Loin d'une transposition mécanique, c'est une fertilisation croisée qui s'opère. Chaque ordre juridictionnel s'enrichit des avancées de l'autre, tout en préservant les spécificités de son propre domaine. Il est permis de penser que, dans les années à venir, chaque ordre juridictionnel s'inspirera de plus en plus de grandes évolutions internationales, non seulement de celles des systèmes juridiques qui nous entourent, mais aussi et surtout des pratiques qui se développent.

### **3. L'impact de la réforme sur le choix des juridictions françaises et le processus de déjudiciarisation**

Dans la compétition internationale que se livrent les États, la France, en se dotant d'un nouveau droit des contrats, a voulu rendre son droit plus attractif<sup>69</sup>. Ce droit des contrats modernisé offre aux parties un modèle qui prend sa source dans un ensemble de considérations sociales, économiques, historiques et internationales. S'appuyer sur un tel modèle épargne des coûts de rédaction des contrats. Cela permet aussi d'affirmer une politique juridique, de penser le droit, l'enseigner et le mettre en œuvre comme un système, avec une attention particulière à la justice contractuelle. Mais plus un système juridique est attentif à des considérations de justice et d'équilibre, plus certains acteurs chercheront à s'en émanciper.

Aux termes de l'article 3 du Règlement Rome I, les parties peuvent choisir la loi qui régit leur contrat, sans même devoir établir le caractère international du contrat. L'article 3.3 pose tout de même une limite : en l'absence d'élément d'extranéité, les règles impératives internes ne peuvent pas être écartées par le choix d'une loi étrangère. Si le contrat est international, le juge français doit appliquer la loi étrangère choisie. Cependant, il peut imposer les règles impératives du droit français qu'il juge « internationalement impératives » et que l'on nomme aussi « loi de police ». Soit un contrat non négocié, avec une clause pénale d'un montant exorbitant : la loi choisie ne permet pas la révision de cette clause, contrairement au droit français (article 1231-5 du code civil). Le juge français peut soit écarter partiellement la loi étrangère comme produisant des effets « manifestement incompatible avec l'ordre public du for » (article 9 du Règlement Rome I), soit appliquer d'emblée l'article 1231-5 en le qualifiant de loi internationalement impérative.

<sup>67</sup> CE, 20 juin 2016, *Société Eurovia Haute-Normandie*, n° 376235.

<sup>68</sup> V aussi les critères exposés par le commissaire du Gouvernement J.-D. Combexelle : CE, sect., 28 juin 1996, n° 138874.

<sup>69</sup> Un parallèle peut ici être fait avec la possibilité, introduite en France, de conduire des procédures en anglais devant certaines chambres commerciales pour positionner Paris comme une place juridique de référence à l'échelle mondiale.

Si le principe général du caractère supplétif des textes s'infère de l'article 6 et des articles 1102 et 1103 du code civil, dans le silence de la loi – ce qui est fréquent –, il revient au juge d'apprécier si une disposition est impérative ou supplétive, tant dans l'ordre interne<sup>70</sup> qu'international. C'est ainsi que l'article 1171 sur le déséquilibre significatif pourrait être qualifié de loi de police par le juge français.

Le fait que la réforme de 2016 introduise davantage de dispositions protectrices que d'autres lois étrangères pourrait dissuader les parties, non seulement de choisir le droit français, mais aussi de recourir aux juridictions françaises. Pour favoriser la libre circulation des jugements, les règlements européens ouvrent largement la faculté de choisir son juge<sup>71</sup> et la CJUE fait preuve d'un grand libéralisme : la seule circonstance que deux parties établies dans un même État membre conviennent de la compétence des juridictions d'un autre État membre suffit à établir l'élément d'extranéité requis par l'article 25 du Règlement Bruxelles I *bis*, et leur permet de désigner un juge d'un autre État membre<sup>72</sup>. L'idée que, comme les clauses de choix de la loi applicable, les clauses d'élection de for favorisent la sécurité juridique, l'a emporté sur l'avis contraire exprimé par l'Avocat général. Le risque d'encourager un « *forum shopping* » susceptible de porter atteinte à des dispositions protectrices que les législateurs nationaux avaient voulu rendre impératives est réel.

À cela s'ajoute le fait que, de plus en plus, les parties sont incitées à régler leurs différends en dehors du juge. La réforme contribue à promouvoir la démarche de déjudiciarisation, de même que l'essor du numérique<sup>73</sup>. Ce mouvement n'est pas sans risques lorsque l'une des parties est en situation de faiblesse par rapport à l'autre ou qu'elle ne dispose pas d'une information suffisante sur ses droits. Dès 1804, le risque avait été perçu. L'article 2059 du code civil dispose : « *Toutes personnes peuvent compromettre sur les droits dont elles ont la libre disposition* ».

Néanmoins, non seulement ce critère n'est pas d'un maniement aisé, mais il est aujourd'hui concurrencé par d'autres politiques liées à la nécessité de désencombrer les tribunaux français. Ainsi, par exemple, le faible montant du litige permet d'imposer un mode alternatif de règlement des litiges – qui peut être, au choix des parties, une tentative de conciliation menée par un conciliateur de justice, une tentative de médiation ou une tentative de procédure participative – si la somme en jeu n'excède pas 5 000 euros (article 750-1 du code de procédure civile). Si l'article 774-1 du code de procédure civile qui institue l'audience de règlement amiable (décret n° 2023-686 du 29 juillet 2023) exige encore que le litige porte sur des droits disponibles, la lecture de la circulaire laisse assez perplexe quant à la cohérence de ce choix. La circulaire explique que « pour favoriser le recours à l'amiable, tous les leviers sont favorisés » et

<sup>70</sup> Le rapport au Président de la République précise que le fait que certains articles contiennent la mention « sauf clause contraire » (par exemple : code civil, article 1216-1, al. 2) ou une précision équivalente n'autorise « aucune interprétation *a contrario* et ne [le] remet nullement en cause ».

<sup>71</sup> Ce règlement impose en revanche le choix d'une loi étatique, par opposition à celui d'un ensemble de règles de droit, typiquement, une codification de source doctrinale. Par contraste, lorsque les parties ont recours à l'arbitrage, elles sont affranchies de cette contrainte. En 2015, la conférence de La Haye de droit international privé a adopté les « principes de La Haye sur le choix de la loi applicable aux contrats commerciaux internationaux », qui promeuvent le choix des règles de droit non étatiques.

<sup>72</sup> CJUE, 8 février 2024, *Inkreal*, aff. C-566/22.

<sup>73</sup> Les plateformes de règlement en ligne des litiges (« *Online Dispute Resolution* » ou ODR) se sont multipliées, en particulier dans le domaine du commerce électronique, au point que le Règlement (UE) n° 524/2013 du 21 mai 2013 a instauré un cadre européen spécifique.

que le ministère s'est inspiré de la pratique québécoise de la « conférence de règlement à l'amiable » du droit québécois, or le droit québécois ne reprend pas ce critère. Pour la césure du procès, instituée en même temps que l'audience de règlement amiable, l'exigence de libre disponibilité des droits n'a du reste pas été reprise.

S'agissant de la médiation administrative, l'article L. 213-3 du code de justice administrative se réfère à l'atteinte portée aux droits indisponibles : « L'accord auquel parviennent les parties ne peut porter atteinte à des droits dont elles n'ont pas la libre disposition ». Le Conseil d'État a interprété l'exigence comme imposant au juge de « vérifier que cet accord ne porte pas atteinte à des droits dont elles n'ont pas la libre disposition et ne méconnaît pas, ce faisant, des règles d'ordre public »<sup>74</sup>. Ce n'est donc pas le caractère disponible des droits qui compte, mais bien le résultat : l'accord méconnaît-il des règles d'ordre public ?

Cette approche s'accorde avec les évolutions contemporaines favorables à l'utilisation du contrat comme mode alternatif de règlement des litiges. Elle est aussi cohérente avec la médiation préalable à la saisine du juge obligatoire qui s'est développée avec pour limite le respect de l'ordre public<sup>75</sup>. Enfin, elle s'accorde avec la faculté de renoncer à l'exercice d'un recours pour excès de pouvoir en concluant un protocole transactionnel, ouverte « sous réserve de la licéité de l'objet de ce dernier, de l'existence de concessions réciproques et équilibrées entre les parties et du respect de l'ordre public »<sup>76</sup>. Nul besoin que les droits soient disponibles du moment que l'ordre public, au sens du code civil, est préservé. Se pourrait-il que le droit administratif influence le législateur en vue d'une refonte des articles 2059 et 2060 du code civil dans la perspective d'une future réforme de l'arbitrage, voire d'une modification de l'article 774-1 du code de procédure civile<sup>77</sup> ? Même si les contrats administratifs relèvent d'un régime juridique et d'un traitement contentieux spécifiques, les interactions entre droit civil et droit administratif sont de plus en plus nombreuses,

<sup>74</sup> CE, sect., 17 juin 2026, n° 489764.

<sup>75</sup> Certains litiges concernant des agents de la fonction publique, par exemple un refus de détachement ou de disponibilité, doivent systématiquement faire l'objet d'une médiation préalable, faute de quoi le juge « rejette cette requête par ordonnance et transmet le dossier au médiateur compétent » (CJA, article 213-12 nouveau).

<sup>76</sup> CE, 5 juin 2019, n° 412732. Parmi les textes du code civil auxquels se réfère la décision, on notera la référence à l'article 6 et à l'ordre public : « 1. Aux termes de l'article 2044 du code civil dans sa rédaction applicable en l'espèce : "La transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître". En vertu de l'article 2052 du même code, un tel contrat a, entre les parties, l'autorité de la chose jugée en dernier ressort. L'article 6 du code civil interdit de déroger par convention aux lois qui intéressent l'ordre public. Il résulte de ces dispositions que l'administration peut, ainsi que le rappelle désormais l'article L. 423-1 du code des relations entre le public et l'administration, afin de prévenir ou d'éteindre un litige, légalement conclure avec un particulier un protocole transactionnel, sous réserve de la licéité de l'objet de ce dernier, de l'existence de concessions réciproques et équilibrées entre les parties et du respect de l'ordre public ».

<sup>77</sup> Le projet de réforme de l'arbitrage publié le 26 mars 2025 et remis au ministre de la justice par le groupe présidé par François Ancel et Thomas Clay ([www.justice.gouv.fr/documentation/ressources/rapport-propositions-reforme-du-droit-francais-larbitrage](http://www.justice.gouv.fr/documentation/ressources/rapport-propositions-reforme-du-droit-francais-larbitrage)) propose au contraire d'abroger l'article 2060 qu'il estime redondant en ce qui concerne l'arbitrabilité des questions relatives à l'état et à la capacité des personnes dont l'inarbitrabilité est déjà couverte par l'article 2059 et contraire au droit positif en ce qui concerne l'inarbitrabilité des droits qui intéressent toutes les matières d'ordre public. À suivre cette approche, l'article 2059 du code civil deviendrait une « règle matérielle internationale » du droit français, applicable sans référence à la détermination d'une loi applicable pour en définir les contours.

portées par les évolutions de la société. Certaines convergences seraient souhaitables, avec pour boussole les principes généraux sous-jacents, au premier rang desquels le respect de l'ordre public.

### **Conclusion**

Les défis des prochaines décennies – transition écologique, révolution numérique, montée en puissance de l'intelligence artificielle, globalisation des échanges – vont susciter de nouveaux bouleversements. La nécessité du dialogue entre les deux ordres de juridictions en sera renforcée. Les principes généraux continueront d'évoluer, sous l'effet combiné de la jurisprudence civile et administrative, illustrant ainsi les propos du doyen Vedel : « Les principes généraux (...) ne sont pas une œuvre arbitraire, car ils sont extraits du droit positif existant à un moment donné ».

## **Table ronde 1 : Le renouveau de l'office du juge dans le domaine du contrat**

La première table ronde aborde, sous la forme de deux séances, les offices renouvelés et potentiellement convergents des juges administratifs et judiciaires des contrats : d'une part, à l'égard des parties au contrat et, d'autre part, à l'égard des tiers.

Le premier entretien interroge l'évolution de l'office du juge, et plus précisément le passage d'un juge purement libéral, dépendant de l'autonomie de la volonté des parties, à un juge plus protecteur à la fois de l'équilibre entre les parties et de l'intérêt général, avec une intervention qui dépasse le cadre traditionnel de l'ordre public.

Le second entretien, quant à lui, permet de revenir sur la responsabilité des contractants à l'égard des tiers et d'examiner les voies de droit qui leur sont ouvertes.

### **Sommaire**

Première séquence : <i>Les parties et le juge</i> .....	39
Seconde séquence : <i>Les tiers et l'exécution du contrat</i> .....	71



## Première séquence : Les parties et le juge

### Sommaire

Biographie des intervenants .....	41
Actes – Les parties et le juge .....	43
Synthèse de la première séquence .....	69



## Biographie des intervenants

*Les fonctions mentionnées sont celles exercées à la date de la conférence*

### **Modératrice**

#### **Carole Champalaune**

*Présidente de la 1<sup>re</sup> chambre civile de la Cour de cassation*

Diplômée de l'Institut d'études politiques de Paris et titulaire d'une licence de droit privé, ancienne élève de l'École nationale de la magistrature (ENM), Carole Champalaune a débuté sa carrière en 1988 comme juge au tribunal d'instance de Senlis. Chargée de mission en 1990 à la direction des services judiciaires, elle devient chef du bureau des fonctionnaires à la sous-direction des greffes. En 1994, elle est nommée rapporteure au Conseil de la concurrence, avant de rejoindre, en 1999, la Cour de cassation comme conseillère référendaire à la chambre commerciale, financière et économique. De 2004 à 2007, elle est chargée de mission auprès du Premier président Guy Canivet. Elle est nommée, en 2007, première vice-présidente au tribunal de grande instance de Strasbourg, où elle est chargée de la direction et de l'animation du service commercial, avant de rejoindre, en 2011, les services d'instruction de l'Autorité de la concurrence comme rapporteure générale adjointe. De 2013 à 2017, elle est directrice des affaires civiles et du Sceau, avant de retourner à la Cour de cassation où elle siège en tant que conseillère à la chambre commerciale. Depuis septembre 2023, elle est présidente de la première chambre civile de la Cour de cassation. Elle est également membre de la Société de législation comparée et l'auteure de nombreux articles sur le droit de la concurrence et la réforme du droit des contrats.

### **Intervenants**

#### **Daniel Barlow**

*Président de la chambre commerciale internationale de la cour d'appel de Paris*

Daniel Barlow est président de la chambre commerciale internationale de la cour d'appel de Paris (CCIP-CA) et référent de cette cour pour la procédure civile. Auparavant, il exerçait les fonctions de premier vice-président au tribunal judiciaire de Nanterre dont il coordonnait le pôle civil, et présidait la première chambre, spécialisée en droit de la propriété intellectuelle, droit de la concurrence, droit des sociétés, droit international privé et droit de la presse. Son expérience au sein de la magistrature l'a notamment conduit à exercer à la Cour de cassation, d'abord en qualité de conseiller référendaire (2011-2013), puis comme secrétaire général de la première présidence (2013-2015), avant d'être nommé secrétaire général du Conseil supérieur de la magistrature (2015-2019). En poste à la direction des affaires civiles du ministère de la justice (2003-2011), il a été chef du bureau du droit commercial et participa, à ce titre, à l'élaboration de nombreux textes français et européens de droit économique.

**Thomas Genicon**

*Professeur de droit privé à l'université Paris Panthéon-Assas*

Thomas Genicon est professeur de droit privé à l'université Paris Panthéon-Assas où il enseigne le droit des obligations, le droit des biens et la sociologie du droit. Ses publications couvrent principalement le droit des contrats. Il est aussi co-auteur d'un ouvrage portant commentaire article par article de la réforme du droit des contrats et des obligations. Co-directeur du Laboratoire de sociologie juridique de l'université Paris Panthéon-Assas et membre de différentes sociétés savantes, il est également professeur invité dans plusieurs universités étrangères.

**Rozen Noguellou**

*Assesseure à la 10<sup>e</sup> chambre de la section du contentieux du Conseil d'État*

Rozen Noguellou, agrégée de droit public, conseillère d'État, est assesseure à la 10<sup>e</sup> chambre de la section du contentieux. Elle est co-auteure de l'ouvrage *Droit de l'urbanisme et de la construction* (éd. LGDJ, 13<sup>e</sup> éd., 2025) et d'un ouvrage portant sur *Les grandes décisions du droit administratif des biens* (éd. Dalloz, 4<sup>e</sup> éd., 2022). Elle a également codirigé un ouvrage sur le *Droit comparé des contrats publics* (éd. Bruylant, 2011). Elle est codirectrice scientifique de la *Revue de droit immobilier*.

**Rapporteur****Patrick Poirret**

*Premier avocat général de la 1<sup>re</sup> chambre civile de la Cour de cassation*

Diplômé de l'École nationale de la magistrature (ENM), Patrick Poirret commence sa carrière comme substitut du procureur de la République près le tribunal de grande instance (TGI) de Vesoul (1982-1986) avant de devenir, en 1986, premier substitut du procureur de la République près le TGI de Châlons-sur-Marne. Il exerce ensuite les fonctions de procureur de la République près le TGI de Vesoul (1988), près le TGI de Châlons sur Marne (1992) et près le TGI de Pointe-à-Pitre (1996). Il intègre la direction des affaires pénales et des grâces en qualité de sous-directeur en 1999, avant d'être nommé sous-directeur de la justice pénale générale en 2002. Puis, il occupe successivement les fonctions de procureur de la République adjoint près le TGI de Bobigny (2004), procureur de la République près le TGI de Strasbourg (2009), puis procureur général près la cour d'appel de Nancy (2012). En 2015, il devient inspecteur général des services judiciaires au ministère de la justice, et est nommé chef de l'inspection générale de la justice au ministère de la justice en 2017. Depuis le 28 janvier 2019, il est Premier avocat général à la 1<sup>re</sup> chambre civile de la Cour de cassation.

## Actes -Les parties et le juge

**Carole Champalaune**

*Présidente de la première chambre civile de la Cour de cassation,  
modératrice de la table ronde*

Monsieur le Premier président,  
Monsieur le procureur général,  
Monsieur le vice-président du Conseil d'État,  
Mesdames et Messieurs les présidents et présidentes,  
Mesdames et Messieurs,  
Chers collègues,

Pour cette première table ronde, j'ai l'honneur et le plaisir d'accueillir trois intervenants : Mme Rozen Noguellou, agrégée de droit public, actuellement assesseure à la 10<sup>e</sup> chambre de la section du contentieux du Conseil d'État, auteure de nombreuses publications dont un ouvrage de droit comparé des contrats publics<sup>78</sup> qui nous accompagnera pour aller sur des terres peu connues à la Cour de cassation, celles du contrat de droit administratif ; M. Daniel Barlow, aujourd'hui président de la chambre commerciale internationale de la cour d'appel de Paris qui, après avoir été chef du bureau du droit commercial à la Chancellerie, a été conseiller référendaire à la Cour de cassation, a coordonné le pôle civil au tribunal de Nanterre et présidé la première chambre de cette juridiction, et qui à travers cette expérience riche et variée de juge du fond apportera à nos débats un précieux éclairage sur la question du rapport du juge saisi d'un litige contractuel aux parties, et nous fera part de son appréciation sur les outils de droit substantiels et processuels qui régissent ces relations ; et enfin M. Thomas Genicon, professeur à l'université Paris Panthéon-Assas, spécialiste reconnu du droit des contrats et en particulier de la réforme de 2016 qu'il a commentée article par article dans un ouvrage de référence<sup>79</sup> et dont la présence à nos côtés pour parler du juge et des parties au contrat relevait de l'évidence.

Pour organiser cette table ronde, nous avons choisi de retenir plusieurs thèmes autour desquels se noueront nos échanges : le premier portera sur les principes fondamentaux qui régissent le rapport du juge aux parties ; le deuxième thème portera sur l'accès des parties au juge ; et, si le temps qui nous est imparti le permet, un troisième thème pourrait porter sur l'office du juge dans cette relation aux parties.

Nous aborderons d'abord les principes fondamentaux qui irriguent le droit des contrats privés et le droit des contrats administratifs et constituent le cadre substantiel de l'office du juge du contrat et conditionnent nécessairement sa relation au contrat et aux parties, et nous les illustrerons par quelques exemples de règles de fond propres à ces deux pans du contrat.

Nous commencerons par les contrats de droit privé dont il a été indiqué que les deux piliers sont l'autonomie de la volonté et la force obligatoire des contrats. S'agissant du

---

<sup>78</sup> R. Noguellou et U. Stelkens (dir.) avec le concours de H. Schröder, *Droit comparé des contrats publics - Comparative Law on Public Contracts*, coll. Droit administratif - Administrative Law, éd. Bruylant (édition bilingue), Bruxelles, 2010.

<sup>79</sup> O. Deshayes, T. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article*, éd. Lexisnexis (2<sup>e</sup> éd.), Paris, 2018.

juge judiciaire, son cadre conceptuel et normatif de référence est la liberté contractuelle à valeur constitutionnelle<sup>80</sup>, mais celle-ci n'est pas sans limite<sup>81</sup>.

Rappelons qu'au nom des *bonnes mœurs*, qui figurent toujours à l'article 6 du code civil<sup>82</sup>, la Cour de cassation définissait en 1855 la possibilité d'attenter à cette liberté dans la mesure où il fallait vérifier la conformité du contrat « *aux intérêts les plus élevés de la société* »<sup>83</sup> qui, à cette époque, avaient trait à la conformité à une certaine morale sexuelle. Peut-être voit-on aujourd'hui réapparaître cette notion « *d'intérêts les plus élevés de la société* ».

Notons des tempéraments qui n'existaient pas à la liberté contractuelle au moment du code Napoléon, tels que la protection de la partie faible, et qui sont aujourd'hui extrêmement prégnants.

J'indique aussi que l'apparente disparition de la cause qui a fait couler tant d'encre lors de la réforme de 2016 a été vue par certains commentateurs comme une limitation du contrôle par le juge de la volonté des parties, mais nous pourrions peut-être en débattre au cours de cet échange.

Assiste-t-on à un renouvellement de la notion d'ordre public en droit privé des contrats ? La fondamentalisation des droits atteint-elle le contrat et le rapport du juge aux parties ? Par ailleurs, quel est l'effet de l'internationalisation et de l'« ubérisation »<sup>84</sup> des relations contractuelles ?

Du côté administratif, où le cadre de référence est celui de l'intérêt général, comment celui-ci affecte-t-il la relation du juge et des parties ? Y a-t-il des évolutions notables à ce sujet ?

Je donne la parole au président Barlow pour qu'il nous présente son appréciation sur ces évolutions du cadre général pour les contrats de droit privé et d'abord sur l'ordre public.

**Daniel Barlow**

*Président de la chambre commerciale internationale de la cour d'appel de Paris*

### **I. - Les principes fondamentaux qui régissent le rapport du juge aux parties**

Merci Madame la présidente. Si l'on regarde le cadre substantiel qui constitue l'environnement du juge judiciaire, on s'aperçoit que l'évolution contemporaine est marquée par un recul de la liberté contractuelle au profit d'un certain nombre de règles impératives que le juge va être chargé d'appliquer, et dont il devient en quelque sorte le garant ; règles qui ne sont pas tout à fait détachées de la notion d'intérêt général, avec un phénomène de dilatation de la notion d'ordre public, devenue un concept protéiforme dont on peine parfois à définir les contours avec précision.

<sup>80</sup> Ex : décisions n° 2000-437 DC du 19 décembre 2000 et 2006-535 DC du 30 mars 2006

<sup>81</sup> décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006

<sup>82</sup> « *On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs.* » (article 6 du code civil).

<sup>83</sup> 1<sup>re</sup> civ., 1<sup>er</sup> mai 1855 : D. 1855, 1, 147

<sup>84</sup> Remise en question de structures économiques traditionnelles par la mise en relation directe des clients et des prestataires *via* des plateformes numériques.

Dans le temps qui nous est imparti, il est difficile de broser un tableau exhaustif de ces nouvelles formes d'ordre public contractuel. Aussi évoquerai-je seulement quelques traits saillants, au premier rang desquels le *développement de l'ordre public de protection*, initialement conçu comme un mécanisme destiné à protéger la partie faible (consommateur, salarié, preneur de bail) et qui, progressivement, gagne l'ensemble du champ contractuel.

Notons que l'extension du domaine de la lutte contre le déséquilibre significatif est tout à fait symptomatique de cette évolution. L'on part d'un régime spécial en droit de la consommation destiné à sanctionner des clauses abusives conclues par des parties faibles par nature (le consommateur), puis le droit de la concurrence s'empare de cette notion de déséquilibre significatif avec l'article L. 442-1 du code de commerce qui pourra être invoqué par le professionnel dans le cadre de ses relations contractuelles. Ladite relation contractuelle étant envisagée comme un tout, on ne se focalise plus sur une clause mais sur un ensemble contractuel. En 2016, l'ordonnance portant réforme du droit des contrats<sup>85</sup> va introduire cette notion dans le code civil à l'article 1171 qui permet de sanctionner la clause consacrant un déséquilibre significatif<sup>86</sup>.

La chambre commerciale de la Cour de cassation a précisé dans un arrêt du 26 janvier 2022<sup>87</sup> la portée de cette disposition. Deux enseignements peuvent être tirés de cette décision :

- le premier est que l'article 1171 doit être regardé comme constituant un régime général, une sorte de « filet de sécurité » qui s'appliquera dès lors qu'aucun régime spécifique, notamment celui de l'article L. 442-1 du code de commerce, ne peut être invoqué, ce qui fait finalement que l'équilibre contractuel devient une donnée de la théorie générale du contrat ;

- le deuxième aspect est que ledit article 1171 peut être invoqué par tous, en ce compris le professionnel pour les besoins de son activité, donc par une partie qui, par principe, est une partie avertie. En l'espèce, il s'agissait d'une société commerciale qui avait contracté une convention de location financière.

Il y a là, sans doute, un changement de paradigme de cet ordre public de protection, qui se décentre de la personne du cocontractant pour migrer vers la relation contractuelle appréciée dans son économie globale.

---

<sup>85</sup> Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

<sup>86</sup> « Dans un contrat d'adhésion, toute clause non négociable, déterminée à l'avance par l'une des parties, qui crée un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat est réputée non écrite. / L'appréciation du déséquilibre significatif ne porte ni sur l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix à la prestation. » (article 1171 du code civil).

<sup>87</sup> Ccass., civ., ch. commerciale, 26 janvier 2022, pourvoi n° 20-16.782, publié au bulletin.

**Carole Champalaune**

*Présidente de la 1<sup>re</sup> chambre civile de la Cour de cassation,  
modératrice de la table ronde*

M. le professeur Genicon, je crois que vous souhaitiez déjà intervenir sur cette présentation de l'extension du domaine de l'ordre public. Vous avez la parole.

**Thomas Genicon**

*Professeur de droit privé à l'université Paris Panthéon-Assas*

Merci Mme la présidente. Je souhaiterais rebondir sur la présentation qui a été faite et qui nous met au cœur de la dialectique éternelle, qui place le droit des contrats entre la liberté contractuelle et l'ordre public, mais un ordre public qui, en la matière, prend une dimension assez nouvelle, voire moderne : il n'est plus seulement législatif, il est aussi, et de plus en plus, judiciaire. C'est le juge qui est mis au cœur de la définition de cet ordre public. De façon plus précise, comme cela a été évoqué, cet ordre public se présente comme un ordre public de l'équilibre judiciaire du contrat.

### **1. Le contrôle des clauses du contrat**

Dans ce contexte, la question qui se pose est de savoir où nous nous trouvons dans ce dosage entre liberté et contrainte, dosage incarné par un juge qui contrôle le contenu du contrat et se lance dans une police judiciaire de ses clauses. Quel est ce dosage ? Est-on allé trop loin ? La réponse est délicate, car cette politique a été redéfinie par la réforme de 2016 qui n'est pas des plus claires dans sa ligne directrice. De nombreux commentateurs ont relevé que ladite réforme de 2016 était orpheline d'une ligne de principes pour de nombreuses raisons sur lesquelles on ne peut pas s'étendre : la façon dont elle a été construite, la recherche, la volonté de compromis, les divisions doctrinales, mais aussi peut-être les divisions jurisprudentielles antérieures.

À de nombreux égards, cette réforme marie à la fois l'eau et le feu. Ayant été élaborée dans une forme d'indécision politique, le juge ou plutôt la jurisprudence de la Cour de cassation va se trouver au premier plan. Peut-être pour redéfinir une ligne politique à ce nouveau droit des contrats. Notons d'ailleurs qu'au sein même de la Cour de cassation il existe des tensions entre les arrêts. Autrement dit, la jurisprudence « cherche ses pas ».

Dans cette perspective, je souhaiterais insister sur un point particulièrement révélateur : le contrôle des clauses.

La réforme de 2016 avait quelque peu donné l'impression d'un compromis politique, rapidement remis en cause, symbolisé par l'article 1171 du code civil. L'idée était la suivante : identifier une figure économique-juridique qui est le contrat d'adhésion dans lequel le juge va pouvoir exercer une police judiciaire assez poussée. Et hors de cette zone de protection qu'est le contrat d'adhésion (c'est-à-dire le champ des contrats librement négociés, contrats de gré à gré), la liberté contractuelle va reprendre tout son emprise.

Au fond, il y avait quelque chose de très symbolique dans cet article 1171 et dans ce compromis (assez intelligent) qui entendait refermer les grandes disputes du XX<sup>e</sup> siècle entre liberté contractuelle et ordre public avec deux champs : celui de la contrainte,

c'est-à-dire le champ du juge (le contrat d'adhésion), et le champ de la liberté (les contrats de gré à gré, les contrats où les contractants sont à égalité et sont protégés par leurs conseils et/ou peuvent négocier librement), compromis tout à fait intéressant, mais quelque peu malmené ainsi qu'on va le voir.

Il a été malmené par des dispositifs (ou leur mise en œuvre telle qu'elle a cours) se trouvant à la fois dans le code civil et hors du code civil.

À l'extérieur, ce sont le code de la consommation et l'article L. 442-1 du code de commerce qui ont été les éléments perturbateurs.

À l'intérieur, c'est l'article 1170 du code civil qui précise que « toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite ».

S'agissant des dispositifs extérieurs, la difficulté vient du fait que l'article L. 442-1 du code de commerce, qui est davantage aux mains du ministère de l'économie que du ministère de la justice, a fait voler en éclats le compromis évoqué précédemment parce qu'il a considérablement ouvert le champ du contrôle en y intégrant le contrôle de l'équilibre économique même du contrat, c'est-à-dire un contrôle de la lésion en réalité, et a gravement compromis le point d'accord trouvé que j'évoquais précédemment. En effet, même les contrats de gré à gré et ceux librement négociés ne sont plus à l'abri de ce contrôle via l'article L. 442-1. Il y a donc une sorte de contradiction des législations qu'il faudrait revoir, ou que peut-être la jurisprudence pourrait lever en cantonnant le champ d'application de l'article L. 442-1 afin d'offrir quelque liberté.

L'autre risque de remise en cause du compromis équilibré que représentait l'article 1171 du code civil est, cette fois, à l'intérieur du code civil, dans l'article 1170 du même code (« toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non-écrite »), tant l'on s'aperçoit que les notions sont ici plus ésotériques que juridiques, comme le démontre le vocabulaire employé (« essentiel », « substance »), ouvrant par-là un boulevard au juge pour se livrer à la construction de sortes de statuts contractuels impératifs.

Le juge pourrait, en effet, utiliser ce texte pour intervenir partout et ainsi refaçonner les contrats selon l'idée qu'il se fait de l'équilibre contractuel en ôtant les clauses qui lui déplaisent, parce que l'article 1170 du code civil n'est pas cantonné au seul contrat d'adhésion, à la différence de l'article 1171 du code civil.

## 2. Une jurisprudence en tension

Pour préciser mes propos à cet égard, je présenterai deux exemples de décisions assez symboliques.

La première décision est un arrêt du 10 janvier 2024<sup>88</sup> qui a défrayé la chronique au sujet des locations financières et des clauses de divisibilité au sein des contrats de location financière. Dans cette affaire, la Cour de cassation a estimé que ces clauses étaient réputées non écrites, ce qui était tout à fait discuté en doctrine à la lumière du nouvel article 1186 du code civil<sup>89</sup>. Mais ce qui est surprenant c'est que la Cour de

<sup>88</sup> Ccass., civ., ch. commerciale, 10 janvier 2024, pourvoi n° 22-20.466, publié au bulletin (cassation partielle).

<sup>89</sup> En vigueur depuis le 1<sup>er</sup> octobre 2016.

cassation ne précise pas le fondement qu'elle retient pour déclarer non écrites lesdites clauses. Elle le déclare tout simplement<sup>90</sup>... Cela donne l'impression que la construction jurisprudentielle jouit d'une sorte de statut impératif, comme il y a un statut impératif des baux commerciaux ou des contrats d'assurance bâti par la loi : à l'instar du législateur, le juge s'applique donc à bâtir de sa propre initiative un statut jurisprudentiel impératif pour la location financière. Parce que sociologiquement ces contrats lui semblent poser un problème – dont le législateur ne s'est pas saisi –, la Cour décide sans justification que certaines clauses sont interdites.

La seconde décision est un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation de 2017<sup>91</sup> qui a défini ces fameuses clauses contraires à la substance de l'obligation dans des termes très stricts, très raisonnables en considérant que « *doit être déclarée non écrite la clause ayant pour effet de neutraliser le caractère contraignant de l'obligation essentielle résultant d'un contrat en dispensant le débiteur d'exécuter son obligation* ». L'on voit que ce sont les clauses autodestructives du contrat, et seulement celles-là, qui feront l'objet d'une éradication.

Bien sûr, il y aurait beaucoup d'autres choses à dire, notamment sur le contrôle causaliste de l'article 1169 du code civil qui ne fait que reprendre le contrôle de l'absence de cause, et qui est lui aussi en attente d'une certaine clarification, et qui pourrait permettre de reprendre pour son compte la jurisprudence sur la cause.

### **Conclusion**

À travers ces exemples, nous voyons que la redéfinition des équilibres doit prendre en compte l'environnement actuel dans lequel évoluent les acteurs économiques, qui diffère fortement de celui du XIX<sup>e</sup> siècle où il n'y avait aucun garde-fou ou contre-pouvoir.

Tout au long du XX<sup>e</sup> siècle, nous avons assisté à l'explosion de l'ordre public législatif avec toutes les contraintes que cela représente, s'agissant notamment du nombre croissant de statuts impératifs. Il est en effet très difficile, aujourd'hui, de trouver un contrat qui ne soit pas gouverné par un statut spécial extrêmement encadré d'ordre public.

Enfin, il faut souligner l'importance de l'article 1171 du code civil qui a offert et dessiné les traits d'un compromis qu'il serait très intéressant de reprendre pour fixer les zones de liberté, et fixer à l'inverse les zones de surveillance judiciaire.

**Carole Champalaune**

*Présidente de la 1<sup>re</sup> chambre civile de la Cour de cassation,  
modératrice de la table ronde*

Merci M. le professeur d'avoir évoqué cette extension de l'ordre public dans les contrats. M. le président Barlow, qu'en est-il de l'irruption des droits fondamentaux dans le champ contractuel et quels sont ses effets sur le contrôle du juge ?

<sup>90</sup> Ccass, civ., ch. commerciale, 10 janvier 2024, pourvoi n° 22-20.466, préc., point 4.

<sup>91</sup> Ccass, civ., ch. commerciale, 26 avril 2017, pourvoi n° 15-23.239, non publié au bulletin.

**Daniel Barlow**

*Président de la chambre commerciale internationale de la cour d'appel de Paris*

C'est bien la deuxième manifestation de ce nouvel ordre public contractuel qui nous occupe. Et pour abonder dans le sens de l'intervention du professeur Genicon, je dirais qu'il s'agit d'un processus d'origine essentiellement prétorienne, c'est-à-dire jurisprudentiel.

Un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) du 13 juillet 2004<sup>92</sup>, *Pla et Puncerneau contre Andorre* a marqué les esprits. Cet arrêt consacre l'obligation pour le juge européen, mais aussi pour le juge national, de prendre en considération les atteintes aux droits et libertés fondamentaux lorsque celles-ci sont constatées. Cette affaire, qui portait sur une question de discrimination en matière successorale, ne concernait pas, originellement, le contrat proprement dit. Pourtant, la Cour EDH, tout en affirmant que la Convention n'a pas vocation à s'immiscer dans les rapports d'intérêts privés, affirme ce principe en citant la matière contractuelle. Et l'on a une multitude d'illustrations, en jurisprudence, d'affaires et d'hypothèses dans lesquelles le juge va remettre en cause l'équilibre contractuel ou la volonté des parties, au nom d'atteintes à des valeurs liées aux droits et libertés fondamentaux.

Au demeurant, l'avant-projet de réforme du droit des contrats avait envisagé l'introduction d'une référence aux droits et libertés fondamentaux à l'article 1102 du code civil comme « borne » de la liberté contractuelle. Cette option n'a pas été retenue *in fine*, mais elle n'en demeure pas moins une réalité en jurisprudence.

Je ne veux pas multiplier les exemples, aussi me cantonnerai-je à un arrêt relativement récent de la chambre sociale de la Cour de cassation, rendu le 25 septembre 2024<sup>93</sup> au visa de l'article 8 de la Convention de sauvegarde. Dans cet arrêt, la chambre sociale va remettre en cause la rupture du contrat de travail à l'initiative de l'employeur fondée sur l'utilisation de la messagerie professionnelle pour envoyer et recevoir des courriels à caractère privé. La chambre sociale, au visa de cette disposition de la Convention européenne des droits de l'homme, considère que la protection de la vie privée ne permet pas, ici, la rupture du contrat. L'on voit, au demeurant, qu'il y a peut-être un changement de paradigme puisqu'en définitive ces éléments, qui sont des éléments fondamentaux, sont moins destinés à protéger l'intérêt général, dans ces hypothèses, que des intérêts privés.

Ce qui apparaît clairement dans ces affaires, c'est le fait que l'office du juge va évoluer. Nous ne sommes plus ici, comme dans la conception originelle de l'ordre public, dans la sanction de l'atteinte à une valeur protégée en tant que telle (par exemple, atteinte à la dignité), mais dans un contrôle de proportionnalité où le juge judiciaire va sopeser les intérêts en présence pour voir dans quelles mesures l'atteinte est proportionnée au but poursuivi ; pour ensuite, selon l'analyse casuistique à laquelle il s'est livré, respecter ou non ce qui était la volonté originelle des parties dans le contrat, et sanctionner ou non l'exécution contractuelle.

<sup>92</sup> CEDH, 13 juillet 2004, *Pla et Puncerneau c/ Andorre*, req. n° 69498/01.

<sup>93</sup> Ccass., ch. sociale, 25 septembre 2024, pourvoi n° 23-11.860, publié au bulletin.

L'affaire la plus caractéristique en la matière l'affaire *Baby Loup*<sup>94</sup>, concerne encore le droit du travail. Dans cette espèce, où étaient invoquées la liberté de conscience et la liberté de religion, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation, le 25 juin 2014, valide la rupture du contrat de travail au motif qu'une directrice de crèche avait porté le voile nonobstant le règlement intérieur de la crèche qui prohibait toute distinction d'ordre religieux. Pour parvenir à cette solution, la Cour de cassation a procédé à un contrôle de proportionnalité en fonction duquel elle s'est prononcée.

Si l'on revient au déséquilibre significatif évoqué par le professeur Genicon, nous voyons aussi une modification assez profonde de l'office du juge dans la mise en œuvre de ces règles impératives, ce dernier devenant juge d'un *équilibre contractuel*. Il s'immisce dans la relation contractuelle pour sanctionner une forme d'abus de position de la part de l'une des parties. Il n'existe pas de définition du déséquilibre, pas plus qu'il existe un guide méthodologique pour son appréciation : le juge va réaliser une analyse casuistique et contextuelle, procédant d'une appréciation concrète et globale du contrat. Quelques exemples jurisprudentiels permettent néanmoins de dégager des standards de contrôle, tels que la référence au caractère disproportionné d'une contrepartie, en matière de pratiques restrictives de concurrence, ou l'absence de contrepartie ou de compensation démontrée. Au demeurant, l'approche n'est pas nécessairement la même selon la matière ou la nature du contrat : le déséquilibre financier n'est pas pris en considération en droit de la consommation, alors qu'il l'est en droit de la concurrence.

Notons à cet égard que certaines décisions vont dans le sens d'une plus grande exigence pour la sanction de ce déséquilibre significatif. Je pense en particulier à un arrêt rendu par la chambre de la concurrence de la cour d'appel de Paris le 15 mars 2023<sup>95</sup> où celle-ci souligne que, pour être pris en compte, le déséquilibre doit être significatif et qu'il appartient aux parties de caractériser ce seuil de signification, exigence sans doute moins présente en droit de la consommation ou dans le régime général.

**Carole Champalaune**

*Présidente de la 1<sup>re</sup> chambre civile de la Cour de cassation,*  
**modératrice de la table ronde**

Sur ce point, la chambre commerciale a pu rappeler que c'est évidemment celui qui invoque ce déséquilibre qui doit en établir la preuve.

Je pense à un arrêt du 28 septembre 2022<sup>96</sup> qui concernait des opérateurs dans les médias au sujet des relations entre un éditeur et un distributeur. La chambre commerciale indique que la preuve d'un tel équilibre pèse sur le distributeur qui l'invoque et ne résulte ni du seul usage de l'éditeur de son droit de s'autodistribuer parallèlement, ni de la seule atteinte alléguée par le distributeur à son modèle économique. Cela démontre un certain respect par le juge de cette liberté pour des parties qui, *a priori*, ne sont pas dans le champ où pourrait être invoqué un état de

<sup>94</sup> Ccass., Ass. plénière, 25 juin 2014, pourvoi n° 13-28.369, publié au bulletin.

<sup>95</sup> Cour d'appel de Paris, 15 mars 2023, n° 21/13481.

<sup>96</sup> Ccass., civ., ch. commerciale, 28 septembre 2022, pourvoi n° 19-16.818.

dépendance économique : le juge est en retrait sur l'analyse du modèle économique choisi par l'un ou l'autre des opérateurs.

**Thomas Genicon**

*Professeur de droit privé à l'université Paris Panthéon-Assas*

Je souhaiterais ajouter une précision pour illustrer le point de savoir s'il s'agit d'une avancée ou d'un recul du juge.

L'un des grands points d'interrogation concerne l'article 1143 du code civil qui traite de ce que l'on nomme la *violence* économique<sup>97</sup>. À dire vrai, techniquement, il s'agit de l'abus de dépendance, en ce compris l'abus de dépendance économique. On a là un point de tension considérable – initialement constaté lors des travaux préparatoires dudit article 1143. Et ce débat continue à être très fort dans sa mise en œuvre.

Pour résumer, l'on pourrait dire que le texte est tiraillé entre deux tendances que l'on trouve en doctrine et qui pourraient se dessiner au sein de la jurisprudence de la Cour de cassation qui se trouve, elle aussi, en tension.

En doctrine, un camp souhaiterait tirer l'article 1143 vers la lésion qualifiée, essentiellement en considérant que la nullité pourrait être justifiée sur la seule base de la preuve, d'une part, d'un état de dépendance et, d'autre part, d'un avantage manifestement excessif – ce qui représente les critères typiques de la lésion. En face, l'autre camp souhaiterait conserver l'article 1143 dans le giron de la violence et, par conséquent, ajouter aux deux conditions ci-dessus évoquées une condition morale supplémentaire qui consisterait à exiger une intention d'extorsion, c'est-à-dire une intention maligne incarné dans l'abus ; ce qui au final génèrerait un contrôle beaucoup plus subjectif.

La Cour de cassation est à la croisée des chemins sur ce débat. Un premier arrêt de la deuxième chambre civile a suscité beaucoup d'enthousiasme de la part du « camp de la lésion » : l'affaire de l'AGS et d'un avocat réunionnais<sup>98</sup> où la Cour a semblé déduire l'abus, et donc la nullité, du seul constat d'une situation de dépendance, d'un côté, et d'un avantage excessif<sup>99</sup>, de l'autre côté (en gommant au passage l'adverbe « manifestement »)<sup>100</sup>.

Mais, depuis lors, la chambre commerciale a semblé signifier qu'elle ne l'entendait pas de cette oreille. Peut-être est-ce une mauvaise interprétation de ma part, mais une série d'arrêts en 2023 et en 2024 se sont révélés assez significatifs à ce sujet, et la chambre commerciale de la Cour semble exiger qu'il y ait une menace de rupture, serait-elle implicite, du soutien financier – cela concernait des cautionnements bancaires. Enfin, il faut noter, en raison de sa fermeté, un arrêt récent de la chambre commerciale du 10 juillet 2024<sup>101</sup> où la Cour ayant refusé de considérer que la nullité

<sup>97</sup> « Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif. » (article 1143 du code civil).

<sup>98</sup> Ccass., civ., 9 décembre 2021, pourvoi n° 20-10.096, publié au bulletin.

<sup>99</sup> *Ibid.*, point 8 et avant-dernier paragraphe de la décision.

<sup>100</sup> *Ibid.*, avant-dernier paragraphe de la décision.

<sup>101</sup> Ccass., civ., ch. commerciale, 10 juillet 2024, pourvoi n° 22-15.651, publié au bulletin.

et la violence économique étaient constituées, parce qu'aucun abus n'était caractérisé dès lors que le cocontractant avait conservé sa faculté de refuser, met en avant cette notion centrale d'abus et l'intention maligne qui le porte. Nous avons donc là, si je puis dire, une affaire à suivre.

**Carole Champalaune**

*Présidente de la 1<sup>re</sup> chambre civile de la Cour de cassation,*  
**modératrice de la table ronde**

La vision la plus traditionnelle de la violence peut être aussi revisitée par le juge. Je ne sais pas si toutes ces affaires viendront jusqu'à la Cour de cassation, mais il faut se rappeler que le juge s'intéresse aussi à la société dans laquelle il évolue.

Dans le même ordre d'idée, nous avons eu à connaître un arrêt du tribunal judiciaire de Sens du 16 avril 2024, qui a été très commenté, lequel a fait entrer dans la notion de violence la notion d'emprise, pouvant conduire à considérer, et c'est bien une analyse du juge dans son regard sur les parties au contrat, que l'une des parties au contrat était en réalité sous l'emprise de son conjoint pour le signer et que cela était une caractérisation de la violence dans sa notion la plus traditionnelle. Cette affaire viendra-t-elle devant la Cour ? Nous le verrons. En attendant, cela montre que la jurisprudence revisite ces notions *via* le regard du juge sur les parties.

M. le président Barlow, je vous redonne la parole pour évoquer la spécificité du rôle du juge dans le champ international, rôle que vous pratiquez à la tête de la chambre commerciale internationale de la cour d'appel de Paris.

**Daniel Barlow**

*Président de la chambre commerciale internationale de la cour d'appel de Paris*

Ce sujet a été évoqué par Mme Fauvarque-Cosson, mais il est certain que l'internationalité du litige a une incidence directe sur la relation contractuelle et sur la façon dont le juge va appréhender le litige.

### **1. L'ordre public international**

Il existe un ordre public international, utilisé en matière d'arbitrage international, qui n'est pas l'ordre public interne, et dont les composantes, les valeurs, sont définies par la jurisprudence et le juge, car il n'en existe pas de définition légale *a priori*.

Dans ce contexte, la conception française de l'ordre public international s'entend comme l'ensemble des valeurs et des principes dont l'ordre juridique français ne doit pas souffrir la méconnaissance, même dans le contexte international. Mais cette belle définition ne dit rien quant au contenu de cette notion, malgré ses éléments de consensus international rappelés par la Cour de cassation et la cour d'appel comme, par exemple, la lutte contre la corruption ou contre le blanchiment, qui sont des éléments de l'ordre public international.

Sur ce sujet, les débats sont parfois très vifs, et l'on s'interroge pour savoir si le déséquilibre significatif dont on parle serait une composante de l'ordre public international, ou s'il peut être invoqué à ce titre, même s'il s'agit d'une notion d'ordre public interne. Dans le champ de l'ordre public international et de l'arbitrage international, le débat demeure. La chambre internationale de la cour d'appel de Paris

a récemment considéré que ledit déséquilibre n'était pas un élément de l'ordre public international. Un pourvoi est en cours, et il faut donc attendre pour connaître la position de la Cour de cassation.

## 2. La loi de police du for

Un autre élément important auquel il a été fait référence dans l'introduction est la notion de loi de police du for<sup>102</sup>. Il s'agit de dispositions impératives que le juge devra faire prévaloir nonobstant la volonté des parties. Celles-ci, dans les contrats portant sur les droits dont elles ont la libre disposition, peuvent faire le choix d'une clause de droit étranger ; autrement dit, elles peuvent décider de soumettre leurs engagements au droit anglais, au droit luxembourgeois ou à tout autre droit qui leur paraît adapté. Mais, devant le juge, l'une d'elles peut soudain invoquer la loi française, malgré l'engagement qu'elle avait pris. Et pour cela, elle va se prévaloir de l'existence d'une loi de police du for.

Rappelons que l'article 9 du règlement « Rome I »<sup>103</sup> reconnaît cette notion de loi de police et fait obligation au juge de faire prévaloir ces dispositions impératives « *dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics* »<sup>104</sup>.

La notion de loi de police du for vaut à la fois dans le champ de l'Union européenne et en dehors du champ de l'Union européenne. Elle permet de s'affranchir de la règle de conflit de lois, ce qui est extrêmement confortable pour le juge tant cette règle est parfois compliquée à mettre en œuvre. Tout l'enjeu est donc de déterminer ce qu'est une loi de police, avec des débats qui peuvent être particulièrement tendus à la fois en doctrine et en jurisprudence.

Parfois, le législateur a des velléités de donner des indications. L'on pense en particulier à la loi « Egalim 3 » du 30 mars 2023<sup>105</sup> qui prend le parti de qualifier d'ordre public les dispositions du titre II du livre IV du code de commerce relatives à la garantie de l'équilibre dans les relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs.

Quand on regarde les travaux préparatoires de ce texte, en commission et hors commission, il est intéressant de constater que le législateur s'est posé la question de la qualification des lois de police et, dans un état dudit texte, a envisagé d'inscrire la notion de loi de police pour finalement se rabattre sur une référence à l'ordre public. Il en est résulté en doctrine un débat assez nourri sur le point de savoir si l'on est face à des lois de police du for, ou pas.

De temps à autre, la Cour de cassation prend position. Dans un arrêt *Expedia*<sup>106</sup> du 8 juillet 2020, la chambre commerciale a considéré que les dispositions de l'article L. 442-1, 2° du code de commerce relatives au *déséquilibre significatif* constituent des lois de police aux termes d'une analyse extrêmement détaillée et casuistique du régime et de ces travaux préparatoires, en retenant notamment que le

<sup>102</sup> Loi du pays dans lequel le litige est situé.

<sup>103</sup> Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

<sup>104</sup> *Ibid.*, article 9 - Lois de police, paragr. 1.

<sup>105</sup> Loi n° 2023-221 du 30 mars 2023 tendant à renforcer l'équilibre dans les relations commerciales entre fournisseurs et distributeurs, dite « Egalim 3 ».

<sup>106</sup> Ccass., civ., ch. commerciale, 8 juillet 2020, pourvoi n° 17-31.536, publié au bulletin.

ministre peut intervenir pour obtenir la sanction du déséquilibre significatif et qu'une amende civile est possible. D'où l'on déduit qu'il s'agit de dispositions considérées comme essentielles pour les intérêts publics. Mais le débat reste assez vif, notamment pour savoir si la qualification vaut pour tout l'article ou seulement pour certaines de ses dispositions.

Dans ces hypothèses, l'on voit bien que le juge judiciaire, juge par essence libéral en ce qu'il est le gardien de la liberté individuelle, devient aussi un juge régulateur qui met en œuvre un certain nombre de dispositions, objet de nombreux débats, avec en arrière fond des questions autour de la sécurité juridique et de la prévisibilité de la norme.

**Carole Champalaune**

*Présidente de la 1<sup>re</sup> chambre civile de la Cour de cassation,*  
**modératrice de la table ronde**

Vous évoquiez la définition de l'ordre public international et le consensus international. Dans le monde actuel, la référence au droit comparé et le regard des autres juridictions étrangères est évidemment un appui très important dont le juge français ne doit pas se priver, même si dans certains domaines ce consensus est moins évident qu'auparavant.

Après avoir évoqué le cadre général des relations entre le juge et les parties dans le contrat de droit privé, c'est tout naturellement que je me tourne vers Mme Noguellou. Nous avons rappelé qu'au cœur des règles régissant le droit public se trouve *l'intérêt général*. Cet élément essentiel justifie un certain nombre de règles dérogatoires au principe de droit privé dans un souci de protection de la personne publique. Il vous revient, chère Madame, de nous exposer en quoi le surplomb de cet intérêt général va définir le cadre substantiel d'intervention du juge dans les litiges contractuels.

**Rozen Noguellou**

*Assesseure à la 10<sup>e</sup> chambre de la section du contentieux du Conseil d'État*

Effectivement, du côté du droit public la situation est particulière. En réalité, cela tient au fait qu'une personne publique ne peut pas être une partie comme une autre dès lors qu'elle poursuit cette fin spécifique qu'est l'intérêt général qui lui permet de bénéficier de prérogatives exorbitantes, de modification unilatérale, voire de résiliation unilatérale du contrat.

Il est intéressant de constater que cette situation se retrouve en réalité dans tous les systèmes juridiques dès lors que l'on a affaire à des contrats dans lesquels interviennent des personnes publiques. Autrement dit, l'on retrouve ces prérogatives de puissance publique pour expliquer la finalité d'intérêt général poursuivie par la partie contractante.

Dans ce contexte, le juge administratif est placé dans une situation particulière puisqu'il lui revient à la fois d'assurer le respect du contrat, en tant que lien de droit entre deux parties, mais aussi en tant qu'outil économique ; et de veiller à ce que l'intérêt général et la mission de service public, pour lesquels ce contrat a été conclu, soient garantis. C'est ce qui explique que la jurisprudence administrative soit classique sur le contrat en ce qu'elle veille à ce que les stipulations contractuelles soient

respectées par les deux parties, et qu'elle tienne compte de la spécificité intrinsèque nécessaire du contrat administratif qui est, avant tout, un moyen pour l'administration de réaliser la mission dont elle est chargée.

Pour revenir sur certaines questions évoquées du côté du droit privé, il me semble intéressant de relever que la notion d'*ordre public contractuel* se retrouve naturellement en droit administratif aussi. Peut-être y joue-t-elle un rôle moins important qu'en droit privé, mais c'est bien par des considérations d'ordre public que l'on peut expliquer que certaines matières échappent à la liberté contractuelle des parties, et même que certaines clauses ne puissent pas se retrouver dans des contrats administratifs.

S'agissant de la liberté contractuelle, il faut noter que tout ne peut pas être contractualisé en droit administratif. Le droit administratif a une conception large de ce qui peut être un objet illicite qui fait sortir du champ contractuel certains domaines qui ne peuvent pas donner lieu à un contrat, sous réserve d'exceptions (parfois assez nombreuses). Il est ainsi impossible de contracter en matière de justice, de fiscalité, ou plus classiquement de police administrative.

Plus généralement, une personne publique ne peut pas s'engager par contrat à prendre un acte unilatéral.

On trouve ainsi une formule très claire dans une décision de 2015 du Conseil d'État, *Football Club des Girondins de Bordeaux*<sup>107</sup>, qui précise que « *les principes qui régissent l'action des collectivités publiques et des personnes chargées d'une mission de service public s'opposent à ce qu'une autorité investie d'un pouvoir réglementaire, à laquelle il revient d'exercer cette compétence dans l'intérêt général au regard des divers intérêts dont elle a la charge, s'engage, par la voie d'un contrat, à faire usage, dans un sens déterminé, du pouvoir réglementaire qui lui a été conféré* »<sup>108</sup>. Il y a donc là une limite liée à la nécessité d'action unilatérale de la personne publique.

Au fond, le juge administratif s'attache à protéger les éléments qu'il estime essentiels pour l'action des personnes publiques, qui ne sont en réalité que l'expression de l'intérêt général.

Cette conception de l'ordre public contractuel, et donc de ses limites en droit public, est apparue clairement à propos du contrôle que le Conseil d'État a mis en œuvre en 2016 en matière de sentences arbitrales dans l'affaire *Fosmax*<sup>109</sup>. Sans revenir sur la question du recours à l'arbitrage, qui n'est pas l'objet de cette table ronde, on notera que cette décision est extrêmement intéressante sur les questions d'ordre public puisque le Conseil d'État y indique clairement qu'il existe des clauses auxquelles les personnes publiques ne peuvent pas déroger comme « *l'interdiction de consentir des libéralités, d'aliéner le domaine public ou de renoncer aux prérogatives dont ces*

---

<sup>107</sup> CE, srr, 9 juillet 2015, *Football Club des Girondins de Bordeaux*, n° 375542, A.

<sup>108</sup> *Ibid.*, 11<sup>e</sup> considérant (licéité de la transaction et légalité de la délibération).

<sup>109</sup> CE, Ass., 9 novembre 2016, *Société Fosmax A.*, n° 388806, A.

*personnes disposent dans l'intérêt général au cours de l'exécution du contrat, ou lorsqu'elle méconnaît les règles d'ordre public du droit de l'Union européenne »<sup>110</sup>.*

On retrouve ici un certain nombre d'éléments constitutifs de l'ordre public contractuel administratif qui sont les suivants :

1) L'interdiction des libéralités constitue un élément fort des limites de ce à quoi une personne publique peut consentir. Il est impossible d'introduire dans un contrat administratif une clause qui pourrait être considérée comme conduisant une personne publique à payer une somme qu'elle ne doit pas, et les parties à un contrat ne peuvent pas s'engager dans cette voie. Cela a été rappelé récemment dans une décision de 2022, *SNC Grasse-Vacances*<sup>111</sup>, à propos des modalités de résiliation et d'indemnisation en cas de résiliation conventionnelle d'un contrat, afin de préserver les finances publiques, donc l'intérêt général.

2) De la même manière, l'on voit apparaître des considérations liées à la protection de la domanialité publique ainsi qu'aux principes d'inaliénabilité et d'imprescriptibilité du domaine. Il est impossible, non seulement, de prévoir la cession d'un bien du domaine public sans désaffectation ou déclassement<sup>112</sup>, mais aussi, pour la personne publique, hors les cas prévus par la loi, de renoncer à la possibilité qui lui est donnée de résilier un contrat d'occupation du domaine public<sup>113</sup>.

3) Dans ce contexte, la personne publique ne peut renoncer ni à ses prérogatives de puissance publique, ni à son pouvoir de modification ou de résiliation unilatérale.

4) Et naturellement on retrouve ici l'ordre public « européen », le droit des contrats administratifs étant enserré par des contraintes européennes qui peuvent être des règles générales (à l'instar du droit privé), comme les règles tirées du droit à la consommation, les règles sur les aides d'État, ou les règles de concurrence, mais qui sont aussi des règles spécifiques au droit de la commande publique comme, par exemple, le principe général de transparence.

L'autre particularité de l'intervention du juge administratif tient évidemment à ce qu'il est le garant de la préservation de l'intérêt général dans l'exécution même du contrat. C'est d'ailleurs lui qui a dégagé les grands principes de la théorie du contrat administratif comme, par exemple, le pouvoir de résiliation unilatérale ou le pouvoir de modification unilatérale. C'est également lui, comme l'a rappelé le vice-président Tabuteau, qui a dégagé la théorie de l'imprévision dont il a rappelé récemment, dans un avis consultatif de 2022<sup>114</sup>, combien elle avait vocation à jouer en matière d'exécution des contrats administratifs.

---

<sup>110</sup> *Ibid.*, 5<sup>e</sup> considérant (étendue du contrôle du Conseil d'État sur les sentences rendues en matière d'arbitrage international). La même solution a été dégagée à propos de l'arbitrage interne : CE, 30 juillet 2024, *Collectivité territoriale de Martinique*, n° 485583, A.

<sup>111</sup> CE, ch. réunies, 16 décembre 2022, *SNC Grasse-Vacances*, n° 455186, A.

<sup>112</sup> CE, ssr, 4 mai 2011, *Communauté de commune du Queyras*, n° 340089, A.

<sup>113</sup> CE, ssr, 6 mai 1985, *Association Eurolat*, n°s 41589 et 41699, A.

<sup>114</sup> CE, Ass. générale, 15 septembre 2022, Avis relatif aux possibilités de modification du prix ou des tarifs des contrats de la commande publique et aux conditions d'application de la théorie de l'imprévision, n° 405540.

Le surplomb de l'intérêt général, pour répondre à votre interrogation, irrigue ainsi de manière extrêmement forte le droit des contrats administratifs.

**Carole Champalaune**

*Présidente de la 1<sup>re</sup> chambre civile de la Cour de cassation,*  
**modératrice de la table ronde**

Merci Madame de ces précisions. Pour terminer ce premier thème, je souhaiterais vous interroger, vous et le président Barlow, sur de nouvelles préoccupations soumises aux juges judiciaire et administratif comme, par exemple, la préservation de l'environnement qui immanquablement interfèrera avec la liberté contractuelle et peut-être constituera une nouvelle composante de l'ordre public.

**Daniel Barlow**

*Président de la chambre commerciale internationale de la cour d'appel de Paris*

C'est un sujet qui, selon moi, est prospectif parce qu'à ma connaissance le juge judiciaire n'a pas eu à se prononcer sur ces questions, du moins directement. Deux éléments me semblent devoir être soulignés.

### ***L'incorporation de la protection de l'environnement à l'ordre public***

Qu'il s'agisse d'ordre public interne ou international, l'on observe une reconnaissance au plus haut niveau de la protection de l'environnement comme valeur fondamentale : en France, avec la loi constitutionnelle relative à la Charte de l'environnement<sup>115</sup>, et au niveau international, avec l'incorporation de la protection de l'environnement dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne<sup>116</sup> qui, certes, n'est pas dans le champ contractuel car elle n'a pas vocation à régir ce point-là, mais aussi à travers la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) qui incorpore la protection de l'environnement aux droits et libertés qu'elle entend garantir alors même que ce point n'est pas expressément inclus dans la Convention de sauvegarde des droits de l'homme (Convention EDH).

Ainsi, dans une certaine mesure, constate-t-on une forme de consensus au niveau national comme au niveau international. Précédemment, nous avons vu la méthode du juge judiciaire dans l'identification des éléments d'ordre public international. La question est maintenant de savoir si ce consensus est suffisamment fort et se maintiendra dans la durée. Seul l'avenir nous le dira, avec cette précision que l'initiative revient en définitive aux parties à qui il appartient de soumettre la question au juge.

### ***Le devoir de vigilance et ses incidences sur le contrat***

Le second aspect, plus prégnant aujourd'hui à travers l'actualité, est la notion de devoir de vigilance et les incidences de celle-ci sur le contrat.

---

<sup>115</sup> Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1<sup>er</sup> mars 2005 relative à la Charte de l'environnement.

<sup>116</sup> Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, 18 décembre 2000, (2000/C 364/01).

En France, la loi de 2017 sur le devoir de vigilance des sociétés mères à l'égard de leurs filiales et des donneurs d'ordres<sup>117</sup> n'évoque pas directement la notion de contrat. C'est pourquoi les premières actions en la matière qui sont allées devant le juge judiciaire ne portent pas sur le contrat, mais sur l'adéquation des plans de vigilance mis en œuvre.

Pour autant, il est certain que le contrat constitue un instrument du devoir de vigilance. Ne serait-ce que parce que ce devoir s'applique, non seulement, à la relation mère-fille, mais aussi à la relation entre le donneur d'ordres et les sous-traitants et envisage les contrats commerciaux en tant que tels.

Du côté européen, la (dernière) directive du 13 juin 2024 sur le devoir de vigilance<sup>118</sup> envisage expressément l'aspect contractuel et prévoit l'obligation pour les États membres de faire en sorte que leur droit interne autorise l'entreprise à suspendre ou à mettre fin à la relation commerciale lorsque le maintien de la relation avec le partenaire commercial crée des *incidences négatives réelles* auxquelles il n'est pas possible de remédier<sup>119</sup>.

Comme pour nuancer cette obligation ou la contrebalancer, le considérant 70 prévoit l'élaboration de *lignes directrices* par la Commission européenne destinées à opérer une claire répartition des tâches entre les parties contractantes. Dans ce contexte, une coopération est destinée à éviter des transferts d'obligations trop lourds et, surtout, à éviter la nullité automatique des contrats en cas de violation. Ce qui présuppose, dans l'esprit des rédacteurs, une nullité automatique en cas de non-respect des obligations liées au devoir de vigilance.

L'on voit ici se construire un champ potentiellement soumis à l'appréciation du juge, qui portera peut-être aussi sur la gravité de l'atteinte ou sur sa proportionnalité.

C'est le cas dans un arrêt de la Cour de cassation du 20 novembre 2019<sup>120</sup>, où la chambre commerciale a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt de cour d'appel, ayant refusé de sanctionner la rupture d'une relation commerciale, au motif du non-respect du *devoir de compliance* de l'agent d'affaires installé aux États-Unis, considérant que la société qui avait rompu la relation commerciale disposait d'un motif « suffisamment grave » en tant que le non-respect de cette compliance l'exposait à des sanctions pour elle-même.

Dès lors, se dessine une *première approche possible de la prise en compte de la compliance dans le champ contractuel*, offrant au juge la possibilité d'un outil supplémentaire pour apprécier certaines situations, ce qui posera à terme une appréciation casuistique de la gravité du manquement ou de sa proportionnalité potentielle.

---

<sup>117</sup> Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

<sup>118</sup> Directive (UE) 2024/1760 du Parlement européen et du Conseil du 13 juin 2024 sur le devoir de vigilance des entreprises en matière de durabilité et modifiant la directive (UE) 2019/1937 et le règlement (UE) 2023/2859.

<sup>119</sup> *Ibid.*, article 11.

<sup>120</sup> Ccass., ch. commerciale, 20 novembre 2019, pourvoi n° 18-12.817.

**Carole Champalaune**

*Présidente de la 1<sup>re</sup> chambre civile de la Cour de cassation,*  
**modératrice de la table ronde**

Vos propos montrent la complexité de la source normative. Vous avez évoqué le droit national, le droit américain qui était en cause dans cette affaire de 2019 ; droits auxquels il faut éventuellement ajouter les normes européennes à venir. Cela devient compliqué pour les parties, mais aussi pour le juge qui se retrouve également confronté à l'évolutivité du droit puisque vous venez de faire allusion à la directive sur le devoir de vigilance pas encore transposée, possiblement en voie d'amendement, peut-être aussi avec une évolution sur le positionnement du juge dans son rapport aux parties puisqu'il est question, notamment dans ladite directive, d'autorités de contrôle, ce qui modifiera peut-être la relation du juge aux parties.

Bien sûr, l'on n'imagine pas qu'il n'y ait pas un juge, mais celui-ci sera peut-être un juge du recours, par rapport aux décisions qui seraient celles de ces autorités de contrôle amenées à vérifier le respect des obligations par les entreprises, et sans doute plus un juge du manquement saisi par les tiers. Mais je ne vais pas entamer le débat qui sera peut-être celui de la deuxième table ronde.

Madame la conseillère d'État, les choses se présentent-elles de façon plus concrète pour le juge administratif et son contrôle des contrats administratifs, notamment sur le droit de l'environnement ?

**Rozen Noguellou**

*Assesseure à la 10<sup>e</sup> chambre de la section du contentieux du Conseil d'État*

Je ferai deux observations sur ce point.

La première est que les questions environnementales apparaissent déjà de manière très forte, notamment pour les contrats de la commande publique, dès le stade du choix du cocontractant, car c'est un critère de sélection qui peut être mis en œuvre par les pouvoirs adjudicateurs dans le processus de sélection des entreprises.

La seconde observation concerne ce qui a été dit sur les effets potentiels d'un contrat dont l'une des clauses s'avèrerait contraire au droit de l'environnement. Le contrat administratif ne peut pas comporter de clauses contraires aux règles d'ordre public de l'Union européenne. Si l'une des clauses apparaissait comme méconnaissant frontalement une disposition du droit européen, notamment de l'environnement, ce serait évidemment une source de difficultés ; mais il faudrait imaginer une situation qui soit assez pathologique pour se retrouver dans ce type d'hypothèse.

**Carole Champalaune**

*Présidente de la 1<sup>re</sup> chambre civile de la Cour de cassation,*  
**modératrice de la table ronde**

M. le professeur, pensez-vous que ces nouvelles préoccupations pourraient prendre une dimension concrète dans les litiges soumis au juge ?

**Thomas Genicon**

*Professeur de droit privé à l'université Paris Panthéon-Assas*

Y a-t-il un ordre public environnemental qui pèserait au-dessus des contrats de droit privé, comme vient de l'indiquer Mme Noguellou ? Un contrat qui comporterait une clause, ou qui lui-même dans son objet serait contraire à des prescriptions légales, pourrait évidemment être invalidé. L'existence d'un ordre public environnemental législatif pesant sur le contrat ne fait absolument aucun doute.

Il serait intéressant de s'interroger, dans une perspective de droit prospectif, sur un ordre public virtuel environnemental, c'est-à-dire un ordre public judiciaire où le juge, de lui-même, viendrait contrôler un contrat ou des clauses sur la base d'une protection environnementale qu'il bâtirait lui-même. Comme l'ordre public virtuel – voire les bonnes mœurs (les « bonnes mœurs environnementales » ?) – est, par nature, mouvant, et a pour objet de suivre les tendances contemporaines et les besoins sociaux nouveaux, c'est peut-être une piste d'évolution envisageable.

**Carole Champalaune**

*Présidente de la 1<sup>re</sup> chambre civile de la Cour de cassation,  
modératrice de la table ronde*

Je vous remercie et clôture notre premier thème. Nous allons évoquer notre deuxième sujet concernant *l'accès des parties au juge en matière contractuelle* qui est une problématique très débattue entre la crainte de la judiciarisation des litiges contractuels et des effets dommageables de divers ordres qui peuvent en résulter : un rapport au temps, l'aspect de coût, ou au contraire une aspiration vers une normativité consolidée par l'interprétation donnée aux règles de droit, quelles qu'en soient les sources d'ailleurs, par les juges.

Des parties veulent faire dire le droit pour le principe, ou en raison du caractère systémique des questions que leurs activités peuvent poser en droit. De nombreux auteurs ont souligné l'ambivalence de la réforme du droit des contrats sur ce point, et la question se pose aussi des particularités du contentieux contractuel administratif.

M. le professeur, je vous donne la parole pour que vous nous fassiez part de votre appréciation des dynamiques en cours dans ce domaine de l'accès des parties au juge.

**Thomas Genicon**

*Professeur de droit privé à l'université Paris Panthéon-Assas*

## **II. - L'accès des parties au juge en matière contractuelle**

Merci Mme la présidente. Vous avez évoqué le point central qui est l'ambivalence de la réforme sur cette question de la judiciarisation ou non du contrat. C'est peut-être là que l'ambivalence est la plus marquée, parce la présence du juge, à « l'entrée » du contrat est une sorte d'incongruité à l'égard du contenu qui relève de la détermination libre des parties. Elle l'est beaucoup moins au moment de la sortie, c'est-à-dire au moment de l'inexécution du contrat. Traditionnellement, en droit français, les sanctions de l'inexécution du contrat étaient essentiellement judiciaires, et l'incarnation de cela était le caractère judiciaire de la résolution.

Or il a été relevé par de nombreux intervenants que l'unilatéralisme est venu conquérir toute l'inexécution. La résolution judiciaire doit cohabiter avec une résolution par notification. Le remplacement judiciaire laisse place au remplacement unilatéral, et la réduction de prix peut même, dans certains cas, être elle aussi unilatérale. De sorte qu'en ayant une vue générale de la réforme, on assiste à un très curieux chassé-croisé : là où traditionnellement le juge n'était pas présent dans le contrôle à l'entrée, et très présent dans le contrôle à la sortie, on a l'impression que c'est l'inverse qui s'est produit : le juge devient très présent à l'entrée dans le contrôle du contenu, puis s'efface dans le contrôle à la sortie.

Il y aurait sans doute de nombreuses réflexions possibles sur ce curieux chassé-croisé, mais je me contenterai de l'observer et de voir dans quelle mesure la judiciarisation, d'un côté, ou la déjudiciarisation, de l'autre, se produit.

### ***La judiciarisation***

Côté judiciarisation, les exemples de présence accrue du juge dans le code civil sont multiples : article 1143 sur la violence économique, article 1171 sur le contrôle des clauses, article 1186 sur la caducité, article 1221 sur l'exécution forcée en nature, et article 1195 sur la révision ou résolution pour imprévision.

Notons s'agissant de l'article 1195 (révision pour imprévision) que pour l'instant son application pratique dans le contentieux judiciaire est peu usitée, même et y compris durant la crise sanitaire liée au Covid-19 et les crises liées aux guerres. Face à ce phénomène de calme plat, deux lectures sont possibles.

D'un point de vue technique, d'aucuns ont observé que le texte avait été peu sollicité notamment parce que les parties voulaient aller vite. Elles ont donc, pendant la crise sanitaire, essentiellement saisi le juge des référés. Celui-ci a très vite précisé qu'il n'était pas question pour lui de réviser ou de résoudre le contrat, parce qu'il n'en avait pas le pouvoir en tant que juge de l'urgence. Dans le contexte Covid-19, l'on avait besoin d'une solution rapide que les juges des référés ont estimé ne pas pouvoir donner.

L'autre point important est qu'il y a eu des dispositions exceptionnelles en droit des procédures collectives. Et c'est plutôt le droit (et la pratique) des procédures collectives d'exception liées au Covid-19 qui, pour beaucoup, a pris le relais.

Notons qu'un autre élément pratique a également pu jouer tenant au fait que l'article 1195 exige que la partie en difficulté « *continue à exécuter ses obligations durant la renégociation* ». Pendant tout le temps de la renégociation, et tout le temps du procès, le texte exige donc, pour éviter les comportements opportunistes, que la partie (en difficulté) continue à exécuter ses obligations.

Or on était en présence de cas où elle estimait être « prise à la gorge » et cherchait précisément à être déchargée, serait-ce simplement temporairement, de ses obligations. Les quelques applications que l'on a pu voir du côté des juges du fond montrent une application assez mesurée des hypothèses de révision, très rares et qui ont plutôt concerné un délai : les juges ont utilisé le contrat pour modifier le délai d'exécution. Pour donner un délai pour respirer pendant la crise sanitaire.

On notera une décision assez étonnante du tribunal de commerce de Paris qui a accepté d'appliquer l'article 1195 en refusant la révision au profit de la résolution du contrat. La révision en effet a pu susciter un malaise auprès de certains magistrats qui se sont demandé s'il était vraiment de leur ressort de refaçonner le contrat. Mettre fin au contrat constitue-t-il une solution plus facile ? Dans cette affaire, je pense que les parties n'ont pas vraiment joué leur rôle ; les juges ont insisté sur le fait qu'ils n'avaient pas assez de données économiques et de bilans comptables pour savoir comment « refabriquer » un nouveau prix ; et l'on comprend à quel point c'est difficile, et plus encore quand les avocats eux-mêmes ne vous donnent pas les moyens de le faire.

La révision pour imprévision a eu du mal à se déployer en pratique. Une lecture optimiste de l'article 1195 serait de dire qu'en réalité son mécanisme a bien fonctionné en pratique parce qu'il n'a pas été mis en œuvre judiciairement. On en est resté à l'alinéa 1 qui précise que les parties peuvent « *demandeur une renégociation du contrat* », ce qui est le but politique du texte au fond ; le recours au juge n'étant qu'un pis-aller. D'aucuns ont ainsi soutenu que, durant la crise liée au Covid-19, les parties ont renégocié spontanément et que l'article 1195 avait sociologiquement connu une application pratique considérable. Ce qui est peut-être une façon de nuancer le tableau qui vient d'être dressé...

### ***Une déjudiciarisation relative***

Sur la question de la « sortie », qui est le champ dans lequel la déjudiciarisation est la plus frappante, l'on a constaté une montée de l'unilatéralisme. Mais je relativiserai ce mouvement, car si l'on regarde bien les textes et leur mise en œuvre, ainsi que quelques éléments jurisprudentiels récents, l'on voit que le juge reste très présent. Toute la construction de la résolution par notification est pensée comme telle : il suffit pour le débiteur « d'appuyer sur le bouton » pour rebasculer devant le juge, de sorte qu'il s'agit davantage pour le créancier de bénéficier d'une espèce de justice déléguée que d'un véritable pouvoir unilatéral totalement installé.

C'est ce que l'on a constaté, à travers un arrêt récent du 18 décembre 2024<sup>121</sup>, dans la fameuse affaire « Mayotte » où il était question de savoir si la réduction du prix, lorsqu'elle est unilatérale, peut aussi être judiciaire. Stratégiquement, les parties peuvent avoir intérêt à aller tout de suite devant le juge. Le texte prévoit le caractère unilatéral de la réduction ; mais la Cour de cassation a estimé que la réduction judiciaire comme la résolution peut toujours être demandée en justice, ce qui manifeste une nouvelle fois ce caractère judiciaire sous-jacent des sanctions de l'inexécution.

Toujours est-il, et je terminerai par-là, que lorsque l'on s'interroge sur cette question de la judiciarisation ou non du contrat, ce qui en accrédite l'idée et pousse vers ce mouvement est l'émergence (relevée par les commentateurs) d'une multitude de standards juridiques dans les textes : notion de raisonnable, disproportion manifeste, avantage manifestement excessif, etc. Or ces notions ne fonctionnent pas toutes seules, mais en réalité « appellent le juge ». C'est ainsi qu'à chaque fois que l'on entend ces mots à texture ouverte, il faut immanquablement les traduire par : « le juge dira », « le juge estimera », etc.

---

<sup>121</sup> Ccass., 1<sup>re</sup> ch. civile, 18 décembre 2024, pourvoi n° 24-14.750, publié au bulletin.

Ainsi, se trouve-t-on face à une pente naturelle de judiciarisation incluse dans la formulation des textes, lesquels laissent une très grande place à ces standards judiciaires, qui peuvent susciter réjouissance ou inquiétude selon les points de vue

Cela est particulièrement frappant pour les deux textes majeurs de la judiciarisation : l'article 1195 sur la révision pour imprévision, qui est une porte de sortie, une exception à la force obligatoire du contrat ; et l'article 1221 qui vient modérer l'exécution forcée en nature en autorisant le juge à la refuser en cas de disproportion manifeste entre l'intérêt du créancier et l'intérêt du débiteur de bonne foi.

Le compromis est le suivant : certes, la réforme a posé une avancée du juge qui va s'introduire dans le contrat, mais ces textes devraient être supplétifs de volonté, de sorte que l'on pourrait laisser le choix aux parties. Si elles veulent ouvrir davantage le contrat au juge, elles laissent les articles 1195 et 1221 s'appliquer. Si elles ne veulent pas que le juge s'immisce dans le contrat, elles peuvent, par avance, par des clauses spécifiques, exclure l'utilisation des articles 1195 et 1221 du code civil pour rendre le contrat « extrêmement obligatoire » ; ce qui équivaut à revenir à la situation antérieure à la réforme de 2016. Et l'on a ici un très bon compromis : aux parties de choisir dans quelle mesure elles veulent permettre au juge d'intervenir avec, coiffant le tout, la limite à la liberté contractuelle que constitue le réputé non écrit des clauses déséquilibrantes dans les contrats d'adhésion.

Dans ce cas, on pourra, dans les contrats d'adhésion, faire sauter ces clauses et rouvrir le pouvoir du juge. Il reste à préciser, et c'est attendu, que la Cour de cassation exprime très clairement que les articles 1195 et 1221 sont des textes supplétifs de volonté, qu'ils ne sont pas des textes d'ordre public.

**Carole Champalaune**

*Présidente de la 1<sup>re</sup> chambre civile de la Cour de cassation,  
modératrice de la table ronde*

Merci de cette analyse. La question de l'accès des parties au juge présente-t-elle des particularités en matière de contentieux administratif ?

**Rozen Noguellou**

*Assesseure à la 10<sup>e</sup> chambre de la section du contentieux du Conseil d'État*

Oui, d'autant plus qu'en réalité la question est double. Elle est à la fois celle des pouvoirs dont dispose l'administration, et celle de la manière dont le juge va contrôler l'exercice de ce pouvoir. Analyser cette question par la voie de l'accès des parties au juge est une bonne porte d'entrée pour comprendre les évolutions récentes du droit des contrats administratifs.

Il est évident que les parties ont accès au juge et cela a toujours été le cas. Le contentieux contractuel qui classiquement recouvrait le contentieux entre les parties au contrat, par opposition au contentieux formé par les tiers – objet de la deuxième table ronde –, existe depuis toujours en droit des contrats administratifs.

Dans ce contexte, et dans le cadre de la saisine du juge administratif, deux observations méritent d'être relevées.

### ***La protection des relations contractuelles par le juge administratif***

La première remarque est que, pour des raisons tenant à la fois au fait que le contrat est un moyen au service d'une fin – la réalisation de l'intérêt général –, et à la considération que les parties doivent assumer les obligations qu'elles ont souscrites, le juge administratif a fait primer la stabilité du contrat sur son éventuelle remise en cause.

Cela se traduit notamment dans le cadre du recours en nullité du contrat formé par une partie au contrat, dit recours « Béziers 1 », du nom de l'affaire ayant donné lieu à une décision d'assemblée de 2009<sup>122</sup>. Le Conseil d'État a cherché à limiter dans le cadre de ce recours les possibilités de remises en cause rétroactives du contrat pour assurer la stabilité des relations contractuelles. Cette action n'est pas enserrée dans des limites temporelles : elle peut être mise en œuvre pendant toute la durée d'exécution du contrat, sans qu'aucune règle de prescription ne soit opposable au requérant<sup>123</sup>. La question se pose en revanche de savoir si l'action pourrait être engagée alors que le contrat a été exécuté, ce qui peut présenter un intérêt dès lors que l'action permet d'obtenir la disparition rétroactive du contrat.

Dans le cadre de cette action, les moyens susceptibles d'être invoqués par la partie contractante et d'entraîner la nullité du contrat sont en revanche strictement définis. La loyauté contractuelle interdit qu'une des parties puisse se prévaloir d'irrégularités dont elle serait à l'origine. Et ne peuvent entraîner la nullité du contrat que des irrégularités tenant au caractère illicite du contrat – il faut que son « objet même » soit illicite, car contraire aux règles applicables, ce qui, heureusement n'est pas fréquent – ou des irrégularités tenant « à un vice d'une particulière gravité », ce qui renvoie principalement aux vices du consentement. Dans les autres cas, le juge pourra choisir la sanction la plus adaptée, et il peut décider « que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties » ou, à l'inverse, prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, la résiliation du contrat. Il a également été admis que cette action puisse conduire le juge à n'invalidier que certaines clauses du contrat, si ces dernières sont divisibles : il peut les annuler ou seulement les résilier<sup>124</sup>. Cette jurisprudence, qui ne doit donc conduire qu'exceptionnellement à la remise en cause intégrale du contrat, traduit l'importance accordée à l'exécution du contrat, pour des raisons liées à l'intérêt général.

### ***Le contrôle des modalités d'indemnisation par le juge administratif***

Dans un ordre d'idées un peu différent, le contentieux des mesures d'exécution traduit aussi la spécificité de l'accès au juge et la manière dont celui-ci conçoit son rôle en matière contractuelle. De ce point de vue, les débats doctrinaux sont importants puisque, si le Conseil d'État accepte de contrôler et d'annuler les décisions de résiliation unilatérale qui peuvent être prises par l'administration, il ne contrôle pas, par le biais d'une annulation, les autres mesures d'exécution du contrat, notamment

<sup>122</sup> CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers* (dit « Béziers 1 »), n° 304802, Rec.

<sup>123</sup> CE, sect., 1<sup>er</sup> juillet 2019, *Association Pour le musée des îles St-Pierre-et-Miquelon*, n° 412243, A

<sup>124</sup> CE, 17 mai 2024, *Société SMA Energie*, n° 466568, A.

les décisions que pourrait prendre l'administration modifiant unilatéralement le contrat. Le contentieux est alors uniquement indemnitaire.

L'explication de cette solution tient sans doute à deux considérations : 1) l'idée que l'exécution du contrat est d'abord la chose des parties, le juge ne devant intervenir qu'à la marge, et 2) le fait, d'un point de vue très pragmatique, qu'il n'est pas envisageable que le juge puisse être saisi de la légalité du moindre ordre de service. Cela conduit toutefois à un certain déséquilibre contractuel, accentué par le fait que le juge a reconnu à l'administration la possibilité de modifier unilatéralement une clause du contrat qui serait affectée d'une irrégularité tenant « au caractère illicite de son contenu, à condition qu'elle soit divisible du reste du contrat »<sup>125</sup>.

Il existe toutefois une mesure d'exécution que le juge accepte de contrôler, qui est la mise en œuvre du pouvoir de résiliation unilatérale. Comme en droit privé, la résiliation unilatérale peut être prononcée soit pour *faute*, ce qui ne soulève pas de questions particulières, soit, et c'est un aspect propre aux contrats administratifs, pour motif d'*intérêt général*. Ce pouvoir est désormais consacré par les textes pour les contrats de la commande publique<sup>126</sup>. On relèvera que le Conseil d'État a consacré un troisième motif de résiliation, qui est la résiliation pour *irrégularité*, qu'il a distinguée de la résiliation pour motif d'intérêt général, notamment en raison des conséquences indemnitaires qui y sont attachées<sup>127</sup>.

L'intervention du juge face à la mise en œuvre du pouvoir de résiliation unilatérale est de deux ordres :

- D'une part, il lui revient d'apprécier les modalités de l'indemnisation versée en cas de mise en œuvre de ce pouvoir, qui suppose en principe une indemnisation intégrale si la résiliation est prononcée pour un motif d'intérêt général. Toutefois, dans un avis consultatif, le Conseil d'État a indiqué que le principe d'interdiction des libéralités pouvait être de nature à limiter l'indemnisation à verser en cas de résiliation avant la mise en marche du service ou de l'ouvrage. Il considère plus largement qu'« une stipulation prévoyant les modalités d'une indemnisation de résiliation ne doit pas, en étant dissuasive, faire obstacle à l'exercice du pouvoir de résiliation unilatérale reconnu à la personne publique, auquel celle-ci ne peut renoncer »<sup>128</sup>.
- D'autre part, il peut être saisi d'un contentieux portant sur la licéité même de la résiliation, la partie contractante contestant l'existence d'un motif d'intérêt général justifiant une telle résiliation. Cela sera fait dans le cadre d'un recours en contestation de la validité de la résiliation, dit recours « Béziers 2 »<sup>129</sup>, qui permet d'obtenir la reprise des relations contractuelles.

La jurisprudence sur le motif d'intérêt général est très souple et favorable à l'administration : un motif financier peut être un motif d'intérêt général, de même qu'un changement de projet. Il a même été admis que le fait que la durée du contrat

<sup>125</sup> CE, 8 mars 2023, *SIPPEREC*, n° 464619, B.

<sup>126</sup> Article L. 6 du code de la commande publique.

<sup>127</sup> CE, 10 juillet 2020, *Société Comptoir Négoce*, n° 430864, A.

<sup>128</sup> Avis du 26 avril 2018 relatif à l'abandon du projet d'aéroport Notre-Dame-des-Landes.

<sup>129</sup> CE, sect., 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, n° 304806, A.

soit trop longue, notamment s'agissant d'une concession, parce que dépassant la durée d'amortissement des investissements, constitue un motif d'intérêt général justifiant une résiliation<sup>130</sup>. Cette hypothèse relève toutefois désormais soit de la résiliation pour irrégularité si la durée avait *ab initio* été fixée de manière irrégulière, soit continuer à relever de la résiliation pour motif d'intérêt général si la durée apparaît, en cours d'exécution du contrat, comme étant trop longue.

Une telle action en reprise des relations contractuelles est exceptionnelle : surtout parce que le référé suspension est enserré dans des conditions strictes, qui ne sont en réalité qu'exceptionnellement remplies, si bien que la sanction par le juge du contrat intervient trop tardivement pour être efficace.

En conclusion, tant le contentieux de l'exécution du contrat que l'accès des parties au juge du contrat ont été fortement renouvelés. Ces évolutions dessinent un tableau global qui permet au juge de contrôler les différentes mesures prises par l'administration, tout en assurant, dans le respect de la légalité, l'exécution du contrat.

**Carole Champalaune**

*Présidente de la 1<sup>re</sup> chambre civile de la Cour de cassation,*  
**modératrice de la table ronde**

Merci beaucoup. À la suite de ces propos, nous devons aborder notre troisième thème sur l'office du juge dans la relation aux parties. Malheureusement, le temps nous manque pour finaliser cette séance sur l'office processuel du juge entre limitation et l'éventuelle insuffisance ou liberté.

Notons toutefois, cela a été évoqué précédemment, que de ce point de vue un certain nombre de règles processuelles sont, en réalité, déterminées par la source normative. On l'a d'ailleurs abordé en matière de clauses abusives en droit de la consommation, avec l'obligation, d'abord donnée par la jurisprudence européenne, de soulever d'office certaines règles comme les moyens tirés du droit de la consommation, et désormais inscrite dans le champ interne, qui appelait d'éventuelles réflexions sur les grandes limites de l'autonomie procédurale quand elle est confrontée à des problématiques d'effectivité de droit de l'Union européenne, notamment au nom de la protection d'une partie faible.

Mais avant de clôturer notre séance, je souhaiterais, Madame la conseillère d'État, vous entendre sur ce point, parce que dans nos travaux préparatoires à ces échanges sur ce que pouvait faire un juge judiciaire dans le procès, par rapport à cette règle qui est que la matière litigieuse est la chose des parties, même si l'instance ne l'est pas, vous nous avez ouvert des horizons ; des horizons sur les contraintes ou l'absence de contraintes du juge administratif en termes procéduraux.

Je vous donne donc la parole pour conclure sur ce point.

---

<sup>130</sup> CE, 7 mai 2013, *Société auxiliaire de parcs de la région parisienne*, n° 365043, B.

**Rozen Noguellou**

*Assesseure à la dixième chambre de la section du contentieux du Conseil d'État*

### **III. – L'office du juge dans la relation aux parties**

Dans le cadre de nos échanges, ce qui était effectivement intéressant est que vous faisiez état des contraintes issues principalement du code de procédure civile s'agissant du rôle du juge judiciaire.

Comme le juge judiciaire, le juge administratif, lorsqu'il intervient dans un contentieux contractuel, a pour mission première d'appliquer et d'interpréter les clauses contractuelles. Le contentieux contractuel « classique » porte sur des questions de responsabilité contractuelle, d'interprétation des clauses du contrat, qui sont identiques à ce que l'on retrouve en droit privé.

Toutefois, il est vrai que dans le cadre du contentieux contractuel, le juge intervient dans un contentieux que l'on présente comme étant un *contentieux de pleine juridiction*, c'est-à-dire avec la plénitude et la variété des pouvoirs dont il dispose.

Le juge administratif peut ainsi écarter des clauses contractuelles si elles lui paraissent illégales, ou en soulever d'office l'irrégularité. Il peut décider, comme je le rappelais précédemment, dans le cadre du contentieux contractuel, de la sanction qui lui paraît la plus adaptée et, parfois, en modifiant certaines des clauses, ou en demandant à ce que certaines des clauses soient transformées. Il peut, et doit même, requalifier le contrat si celui-ci a été mal nommé par les parties. Cela s'impose d'autant plus qu'un grand nombre de contrats administratifs sont soumis à des régimes juridiques spécifiques : un marché public n'obéit pas aux mêmes règles qu'une concession, et la qualification choisie par les parties ne s'impose évidemment pas au juge.

Les pouvoirs du juge sont donc importants, d'autant plus, mais ce n'est pas l'objet de cette table ronde, qu'ils peuvent être mis en œuvre à l'initiative d'autres protagonistes que les seules parties au contrat. Les tiers ont largement accès au juge, qui pourra donc avoir à se prononcer sur le contrat en-dehors du strict contentieux formé par les parties.

**Carole Champalaune**

*Présidente de la 1<sup>re</sup> chambre civile de la Cour de cassation,  
modératrice de la table ronde*

Merci beaucoup pour ces précisions. Je remercie encore nos trois intervenants, et donne la parole à M. le Premier avocat général pour nous présenter la synthèse de nos échanges de cette première séquence sur *les parties et le juge*.



## Synthèse de la première séquence

**Patrick Poirret**

*Premier avocat général de la 1<sup>re</sup> chambre civile de la Cour de cassation*

Des interventions de cette première séquence consacrée aux parties et au juge, je retiens deux idées majeures.

### ***L'émergence des ordres publics***

La première idée concerne l'émergence des ordres publics. Les intervenants ont semblé partagés entre les deux ordres de juridiction, mais l'intervention du président Barlow a ouvert sur les ordres publics multiformes qui sont peut-être plus prégnants pour le privé que pour le public. En tous cas, jusqu'à la considération non pas substantielle mais personnelle, ce phénomène n'était pas une volonté du juge de s'approprier des mesures, mais plutôt une conséquence issue de l'environnement international, notamment *via* la Convention EDH et la Charte des droits fondamentaux comme l'a souligné le président Barlow. Tout cela va irriguer, sans doute durablement, l'office du juge.

### ***Les standards introduits depuis la réforme de 2016***

La seconde idée majeure a trait à ce dont parlait le professeur Genicon sur les standards introduits depuis la réforme de 2016. Ces standards, ou formules ont été fortement multipliés au point d'émerger de façon importante, y compris du côté de la juridiction administrative.

Or, on l'a vu avec les citations fréquentes de jurisprudence des uns et des autres, ces standards sont, selon une définition du professeur Genicon, malléables, ressemblant à des « *chèques en blanc* » qui n'ont plus qu'à être remplis par l'office du juge. C'est le rôle normal des cours régulatrices. Mais l'on a vu lors de cette séance que des zones d'interrogation persistent et que des sujets n'ont pas encore été évoqués à hauteur de cour. Aussi s'installe-t-on encore dans la durée historique du rôle des cours suprêmes pour donner à voir, à entendre et à lire ce qu'il y a à prendre dans ces standards faits d'adjectifs et d'adverbes qu'il faut bien, à un moment donné, construire à partir des décisions des juges du fond.

Notons également que l'on n'a pas évoqué, sinon par omission, l'idée que l'on se fait de la résilience des contrats, vue comme « *la capacité d'un système à poursuivre sa mission malgré la survenance d'aléas* » selon Mme Lucie Sourzat<sup>131</sup>.

Concernant cette résilience, je n'ai pas le sentiment d'avoir affaire comme on peut lire dans la doctrine à un « juge épouvantail ». Je pense même qu'il y a encore de la place pour l'action contractuelle, même en cas d'aléas, et que cela ouvre la voie à une nouvelle négociation et, même en cas d'échec ou de mauvaise foi, offre la possibilité au juge de réapparaître tel un « juge régulateur » ou un « juge d'appui ». Le doyen Carbonnier<sup>132</sup> disait à propos de la responsabilité civile qu'« *il faut réparer le mal, faire*

<sup>131</sup> L. Sourzat, *Le contrat administratif résilient*, L. Rapp (dir.), thèse de doctorat soutenue le 13 novembre 2017 à l'école doctorale Droit et science politique (Toulouse).

<sup>132</sup> Jean Carbonnier (1908-2003), juriste français, professeur de droit privé et spécialiste de droit civil.

*qu'il semble n'avoir été qu'un rêve* ». Il ne parlait pas des contrats, mais cette formule pourrait s'y appliquer.

**Carole Champalaune**

*Présidente de la 1<sup>re</sup> chambre civile de la Cour de cassation,*  
**modératrice de la table ronde**

Merci M. le Premier avocat général. Cette séance est maintenant terminée, mais la table ronde sur le renouveau de l'office du juge dans le domaine du contrat se poursuit autour du second thème : les tiers et l'exécution du contrat.

Je remercie encore une fois nos trois intervenants et cède la place aux participants de cette seconde séquence.

## **Seconde séquence : Les tiers et l'exécution du contrat**

### **Sommaire**

Biographie des intervenants.....	73
Actes – Les tiers et l'exécution du contrat.....	75
Échange avec la salle .....	95



## Biographie des intervenants

*Les fonctions mentionnées sont celles exercées à la date de la conférence*

### **Modérateur**

#### **Rémy Schwartz**

*Président adjoint de la section du contentieux du Conseil d'État*

Diplômé de l'IEP de Paris (1980) et de l'ESSEC (1983), licencié en droit (1981) et ancien élève de l'ENA (1987), Rémy Schwartz a commencé sa carrière au Conseil d'État comme auditeur (1987-1990). Il a été durant 11 ans rapporteur public. En 2000, il a été nommé rapporteur général de la commission pour l'avenir de la décentralisation. Il a également été chargé de plusieurs missions de réflexion sur la fonction publique territoriale (1997-1998). En 2003, Rémy Schwartz est devenu conseiller d'État et a occupé les fonctions de rapporteur général de la commission de réflexion sur l'application du principe de laïcité dans la République (2003). Il a également été professeur associé à l'université de Versailles Saint-Quentin (1993-2006) et à l'université Paris I (2006-2024). Il est l'auteur de plusieurs ouvrages, notamment *Un siècle de laïcité* (éd. Berger-Levrault, 2007) et de nombreux rapports dont *Pour un enseignement laïc de la morale* (2013). En 2008, il a été président de la commission de réflexion sur le personnel de l'enseignement supérieur. Rémy Schwartz a également été président du Tribunal des conflits (2021-2022). Depuis 2013, il est président du conseil d'administration de l'Office français de l'immigration et de l'intégration. Depuis 2015, il est président adjoint de la section du contentieux, depuis 2021, président de la formation spécialisée sur les techniques de renseignement, et, depuis 2024, membre du collège de la Haute Autorité de l'audit.

### **Intervenants**

#### **Clotilde Bellino**

*Conseillère référendaire à la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation*

Titulaire d'un diplôme d'études approfondies (DEA) de droit privé et ancienne élève de l'École normale supérieure de Cachan et de l'École nationale de la magistrature (promotion 2005), Clotilde Bellino a commencé sa carrière comme juge des enfants au tribunal de grande instance (TGI) de Briey. Elle a ensuite été juge au TGI de Paris dans des chambres civiles. Nommée à la direction des affaires civiles et du Sceau du ministère de la justice en 2015, elle a été rédactrice, puis adjointe et cheffe du bureau du droit des obligations. Depuis septembre 2020, elle est conseillère référendaire à la chambre commerciale, économique et financière de la Cour de cassation, au sein de la section en charge du droit de la concurrence, du droit de la propriété industrielle et des contrats commerciaux.

**David Bakouche**

*Professeur de droit privé à l'université de Paris Saclay*

Agrégé des Facultés de droit (droit privé), David Bakouche dispose d'une expertise juridique en droit civil (spécialement en droit des contrats et en droit de la responsabilité civile) et en droit des assurances, qu'il enseigne à la faculté de droit de Sceaux. Il est l'auteur de publications régulières dans ces matières et a participé à de nombreux colloques.

**Renaud Thielé**

*Président assesseur à la cour administrative d'appel de Marseille*

Ancien élève de l'institut d'études politiques de Paris et de l'École nationale d'administration (promotion Romain Gary, 2003-2005), Renaud Thielé a occupé diverses fonctions juridictionnelles au sein du tribunal administratif de Marseille (2005-2013), puis de la cour administrative d'appel de Marseille (2013-2025) où il exerce, depuis 2022, les fonctions de président assesseur de la chambre en charge du contentieux des contrats publics. Il est par ailleurs maître de conférences associé et codirecteur du master *Carrières publiques* à l'institut d'études politiques d'Aix-en-Provence où il enseigne le droit public et les questions contemporaines. Il est responsable de la classe Talents du service public de l'institut et l'auteur de nombreux ouvrages universitaires : *Le permis de construire* (éd. LGDJ, 2021), *Grandes questions contemporaines* (éd. Ellipses, 2023) et *Droit public* (éd. Ellipses, 2024).

## Actes - Les tiers et l'exécution du contrat

**Rémy Schwartz**

*Président adjoint de la section du contentieux du Conseil d'État,  
modérateur de la table ronde*

Pour développer le sujet de cette seconde séquence, j'ai le plaisir et l'honneur d'accueillir à mes côtés trois intervenants : Mme Bellino, conseillère référendaire à la Cour de cassation qui, après une longue carrière dans la magistrature, siège actuellement à la chambre commerciale, et à ce titre est particulièrement bien placée pour évoquer le cœur de notre sujet : le tiers et le contrat, et nous expliquer la jurisprudence de la Cour de cassation en 2006 qui ouvre la voie d'une action du tiers sur le terrain délictuel au titre d'une méconnaissance par l'une des parties de stipulations contractuelles qui lui ont causé préjudice, jurisprudence confirmée en 2020 que la Cour de cassation a précisée en 2024 ; le professeur Bakouche, professeur de droit privé spécialiste du droit des contrats et du droit de la responsabilité civile, qui aura un regard quelque peu critique sur ce sujet ouvrant ainsi des perspectives et peut-être des voies contentieuses suite aux remarques sur la jurisprudence de la Cour de cassation ; et enfin le président Thielé, assesseur à la cour administrative d'appel de Marseille, chambre des marchés, qui est un praticien des contrats administratifs et qui évoquera le cadre spécifique des contrats administratifs qui conduit à ce que le juge administratif n'ait pas la même jurisprudence que la Cour de cassation en cette matière.

Madame Bellino, vous avez la parole pour nous expliciter la jurisprudence de la Cour de cassation.

**Clotilde Bellino**

*Conseillère référendaire à la chambre commerciale,  
financière et économique de la Cour de cassation*

Merci M. le président. Quand on évoque devant le juge judiciaire la question des *tiers et de l'exécution du contrat*, sa première réaction est de rappeler le principe de l'effet relatif des contrats : les conventions n'ont d'effets qu'entre les parties contractantes et ne nuisent, ni ne profitent aux tiers selon les termes de l'ancien article 1165 du code civil<sup>133</sup>. Mais ce principe ne signifie pas que le contrat ne produit aucun effet à l'égard des tiers ; il signifie seulement que les parties ne peuvent pas créer d'obligation à la charge d'un tiers qui n'y a pas consenti, ni à son profit<sup>134</sup>.

En revanche, d'une part, comme l'énonce désormais le nouvel article 1200 du code civil issu de la réforme du 10 février 2016 : « *Les tiers doivent respecter la situation juridique créée par le contrat.* »<sup>135</sup>. Cette *opposabilité du contrat aux tiers*, en tant que

---

<sup>133</sup> « *Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes ; elles ne nuisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l'article 1121* » (ancien article 1165, en vigueur du 21 mars 1804 au 1<sup>er</sup> octobre 2016).

<sup>134</sup> Formulation désormais clarifiée à l'article 1199 du code civil, issu de la réforme du 10 février 2016.

<sup>135</sup> Article 1200 du code civil.

fait juridique, signifie notamment que les tiers ne doivent pas empêcher la bonne exécution du contrat, ni favoriser sa méconnaissance par le débiteur<sup>136</sup>.

D'autre part, les tiers peuvent également, dans certaines circonstances, *opposer le contrat aux parties*. Il est ainsi admis, de longue date, qu'un tiers puisse agir en responsabilité contre une partie à un contrat lorsqu'il subit un préjudice du fait de la mauvaise exécution de ce contrat. Ainsi, le juge doit veiller, non seulement, au respect du contrat par les tiers, mais aussi à ce que le contrat ne porte pas préjudice auxdits tiers.

La responsabilité des contractants à l'égard des tiers est un sujet qui a donné lieu, ces dernières années, à de nombreuses interrogations et réflexions au sein de la Cour de cassation et en doctrine.

Aussi, dans un premier temps, je vous propose de nous pencher sur les conditions dans lesquelles, en droit privé, les contractants peuvent engager leur responsabilité à l'égard des tiers, conditions qui ont été fixées dans deux arrêts d'assemblée plénière de la Cour de cassation ; puis, dans un second temps, d'évoquer la problématique qui s'est posée en retour qui est celle de la possibilité pour les contractants, dont la responsabilité est ainsi recherchée, d'opposer au tiers les clauses limitatives de responsabilité qui figurent dans leur contrat.

### **1. À quelles conditions le tiers subissant un dommage peut-il engager la responsabilité d'un contractant en droit privé ?**

Les tiers n'étant, par définition, pas parties au contrat, il a été jugé assez tôt par la Cour de cassation que leur action était fondée sur une responsabilité *délictuelle*, ou *extra contractuelle* selon les nouveaux termes du code civil, et non sur la responsabilité contractuelle, en dehors de l'hypothèse particulière des chaînes de contrats translatives de propriété que je n'évoquerai pas ici compte tenu du temps qui m'est imparti, et dans lesquelles il est jugé que l'action est « nécessairement de nature contractuelle »<sup>137</sup>.

La question qui a alors donné lieu à débat est celle du *fait générateur de responsabilité*. Le tiers doit-il démontrer une faute au sens des articles 1240 et suivants du code civil, c'est-à-dire prouver que le débiteur a manqué au devoir général de prudence et de diligence qui s'impose à tous, indépendamment de l'existence du contrat ? Ou la seule preuve d'un manquement contractuel est-elle suffisante dès lors que ce tiers a subi un préjudice ?

<sup>136</sup> Il est ainsi de jurisprudence constante que celui qui se rend complice de la violation de ses obligations contractuelles par un contractant engage sa responsabilité extracontractuelle, comme cela est régulièrement jugé par la Cour de cassation (voir par exemple, pour la méconnaissance, par un tiers concurrent, de l'obligation de non-concurrence pesant sur un salarié à l'égard de son ancien employeur : Com., 22 mars 2023, n° 21-24.974, Com., 1 juin 2022, n° 21-11.921 ou encore pour la complicité de violation d'une convention de distribution exclusive : Com., 19 oct. 2022, n° 21-16.169, publié).

<sup>137</sup> Civ. 1re, 9 oct. 1979, n° 78-12.502, Bull. n°241 et, pour une réaffirmation récente, par exemple : 1re Civ., 10 novembre 2021, n° 19-18.566. En revanche, dans les autres groupes de contrats, depuis l'arrêt dit Besse (Cass. Ass. Plén., 12 juil. 1991, n° 90-13.602, Bull. n°5), l'action en responsabilité entre ceux qui ne sont pas liés contractuellement est extracontractuelle.

Cette question a donné lieu à des divergences entre chambres de la Cour de cassation<sup>138</sup>. C'est finalement l'assemblée plénière de la Cour de cassation, dans un arrêt dit « *Boot shop* » du 6 octobre 2006<sup>139</sup>, qui a mis fin à celle-ci et a énoncé que « le tiers à un contrat peut invoquer, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel dès lors que ce manquement lui a causé un dommage ». Le manquement contractuel est donc assimilé à une faute extra contractuelle à l'égard du tiers au contrat.

La pérennité de cette jurisprudence a néanmoins été questionnée par la suite, pour un certain nombre de raisons. Cette solution a en effet reçu des critiques d'une partie de la doctrine en raison de l'atteinte qui serait portée au principe de l'effet relatif des contrats et surtout de l'atteinte portée aux prévisions du débiteur contractuel qui, lui, ne s'est engagé qu'à l'égard du créancier ; mais également en raison des conséquences inopportunes auxquelles cette solution pourrait aboutir en permettant aux tiers d'invoquer un manquement contractuel sans être soumis, en contrepartie, aux limites applicables au créancier lui-même.

Par ailleurs, en 2017, le ministère de la justice a rendu public un projet de réforme de la responsabilité civile, projet de réforme envisagé à la suite de la réforme du droit des contrats intervenue en 2016. Or dans ce projet, dans la lignée de certains projets doctrinaux<sup>140</sup>, il était proposé de revenir sur la jurisprudence « *Boot shop* »<sup>141</sup>

Enfin, certains arrêts de la troisième chambre civile<sup>142</sup> et de la chambre commerciale<sup>143</sup> de la Cour de cassation paraissent s'éloigner de la jurisprudence de l'assemblée plénière, écartant parfois l'assimilation entre faute contractuelle et faute délictuelle, notamment lorsque le débiteur est tenu à une obligation de résultat.

Dans ce contexte, l'assemblée plénière de la Cour de cassation a été à nouveau saisie. Et dans un arrêt du 13 janvier 2020<sup>144</sup>, dit « *Sucrerie de Bois-Rouge* », elle a réitéré de

<sup>138</sup> Dans un premier temps, la Cour de cassation, tirant les conséquences de la nature délictuelle de la responsabilité à l'égard du tiers, a jugé que celui-ci ne pouvait agir contre l'auteur de la défaillance contractuelle que si celle-ci constituait également une faute délictuelle « envisagée en elle-même indépendamment de tout point de vue contractuel ». Mais progressivement la première chambre civile a admis que les tiers puissent invoquer l'exécution défectueuse du contrat lorsqu'elle leur a causé un préjudice, sans avoir à rapporter la preuve d'une faute délictuelle distincte (Civ. 1re, 18 juil. 2000, n° 99-12.135, Bull. civ. I, n° 221 ; Civ. 1re, 13 février 2001, n° 99-13.589, Bull. civ. I, n° 35), tandis que la chambre commerciale continuait à exiger la preuve d'un manquement à l'obligation générale de prudence et de diligence (Com., 8 oct. 2002, n° 98-22.858 ; Com., 5 avr. 2005, n° 03-19.370, Bull. n° 81).

<sup>139</sup> Ccass., Ass. plénière, 6 octobre 2006, pourvoi n° 05-13.255, publié au bulletin.

<sup>140</sup> On citera en particulier l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile dirigé par le professeur Catala, déposé en septembre 2005 et l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile émanant du groupe de travail dirigé par le professeur François Terré, sous l'égide de l'Académie des sciences morales et politiques, publié en 2011.

<sup>141</sup> « Article 1234 - Lorsque l'inexécution du contrat cause un dommage à un tiers, celui-ci ne peut demander réparation de ses conséquences au débiteur que sur le fondement de la responsabilité extracontractuelle, à charge pour lui de rapporter la preuve de l'un des faits générateurs visés à la section II du chapitre II. Toutefois, le tiers ayant un intérêt légitime à la bonne exécution d'un contrat peut également invoquer, sur le fondement de la responsabilité contractuelle, un manquement contractuel dès lors que celui-ci lui a causé un dommage. Les conditions et limites de la responsabilité qui s'appliquent dans les relations entre les contractants lui sont opposables. Toute clause qui limite la responsabilité contractuelle d'un contractant à l'égard des tiers est réputée non écrite ».

<sup>142</sup> Civ. 3e, 18 mai 2017, pourvoi n° 16-11.203, Bull. 2017, III, n° 64

<sup>143</sup> Com., 18 janv. 2017, n° 14-18.832, 14-16.442

<sup>144</sup> Ccass., Ass. plénière, 13 janvier 2020, pourvoi n° 17-19.963, publié au bulletin.

manière claire la solution issue de ces arrêts en énonçant que « *le tiers au contrat qui établit un lien de causalité entre un manquement contractuel et le dommage qu'il subit n'est pas tenu de démontrer une faute délictuelle ou quasi délictuelle distincte de ce manquement* », et ce, dans une hypothèse où était en cause une obligation de résultat<sup>145</sup>.

Pourquoi le maintien de cette solution ? Cette solution a été maintenue, ainsi que cela est expressément exposé dans la décision, pour faciliter l'indemnisation du tiers qui serait dans l'impossibilité de caractériser la méconnaissance par le débiteur d'une obligation générale de prudence et de diligence. En effet, l'on perçoit bien qu'en cas d'inexécution par le débiteur d'une obligation strictement contractuelle, il n'y aura pas nécessairement de manquement du débiteur à un devoir général de conduite qui s'impose à tous et qui serait constitutif d'une faute extra contractuelle, de sorte que le tiers serait privé de réparation.

L'on observera aussi que, pour certains commentateurs, ce *statu quo* pouvait être compris comme une volonté de laisser la main au législateur, puisque l'on pensait alors que la réforme de la responsabilité civile était imminente.

C'est donc dans ce cadre jurisprudentiel, réaffirmé en 2020, et faute d'intervention du législateur dont le projet de réforme de la responsabilité civile n'a finalement pas abouti, que s'est posée en retour la question de *savoir si le tiers* qui invoque ainsi l'inexécution du contrat *peut se voir opposer les clauses qui limitent la responsabilité des contractants*.

Or cette question a été très récemment soumise à la chambre commerciale de la Cour de cassation.

## **2. Le tiers qui invoque la responsabilité d'un contractant peut-il se voir opposer les clauses limitatives de responsabilité prévues au contrat ?**

Pour comprendre les enjeux pratiques de cette question, je reviens brièvement sur les faits qui ont donné lieu à l'arrêt dit « *Clamageran* » du 3 juillet 2024<sup>146</sup>.

Une société italienne fabricante de machines avait confié le déchargement de ses machines, à l'issue de leur transport, sur le site d'un salon professionnel à Paris, à une société de manutention et de transport. Une des machines avait été endommagée par un salarié lors du déchargement. L'assureur de la société italienne, subrogé dans ses droits après l'avoir indemnisée du montant des réparations de la machine, avait agi en dommages et intérêts contre l'entreprise manutentionnaire.

Il se trouve que la société italienne propriétaire de la machine n'était pas liée contractuellement avec cette entreprise puisque le contrat de manutention et de déchargement avait été conclu par une filiale française. La cour d'appel avait donc fait application de la jurisprudence *Boot Shop* et jugé que la société manutentionnaire, qui

<sup>145</sup> En l'espèce il était reproché à une centrale thermique sa défaillance dans la fourniture d'énergie, ce qui avait engendré des pertes d'exploitation pour une société sucrière, non liée contractuellement à la compagnie d'électricité mais qui était liée par une convention d'assistance mutuelle avec une autre société sucrière, cliente de cette compagnie, et qui avait dû traiter dans sa propre usine la production de sucre que ne pouvait plus assurer celle-ci.

<sup>146</sup> Ccass., ch. commerciale, 3 juillet 2024, pourvoi n° 21-14.947.

avait manqué à ses obligations contractuelles en endommageant cette machine lors de sa manipulation, avait engagé sa responsabilité délictuelle à l'égard de la société propriétaire de la machine, tiers au contrat. Et elle en avait déduit que le plafond de réparation prévu dans le contrat conclu avec l'entreprise était inopposable à la société victime et donc à son assureur subrogé dans ses droits, puisqu'elle était tiers au contrat, conclu par une autre entité du groupe.

Le pourvoi formé contre cet arrêt revenait uniquement sur cet aspect de la décision, et donc sur l'inopposabilité au tiers des clauses limitatives de responsabilité prévues au contrat dont le tiers invoque la violation. Ce pourvoi ne revenait ni sur le fondement délictuel de la responsabilité, ni sur le fait générateur de responsabilité.

La chambre commerciale a accueilli le pourvoi : après avoir rappelé les termes des deux arrêts d'assemblée plénière du 6 octobre 2006 (*Boot shop*) et du 13 janvier 2020 (*Sucrierie de Bois-Rouge*), elle a énoncé que « le tiers à un contrat qui invoque, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel qui lui a causé un dommage peut se voir opposer les conditions et limites de la responsabilité qui s'appliquent dans les relations entre les contractants ».

En d'autres termes, si le tiers veut invoquer le contrat à son profit, il doit l'invoquer dans sa totalité, donc y compris dans ses limites. Les conditions et limites de la responsabilité qui sont ici visées étant celles prévues par le contrat devant s'appliquer au cocontractant lui-même<sup>147</sup>.

Pourquoi avoir adopté cette solution ? Cette solution vise à répondre aux critiques, que j'ai mentionnées précédemment et qui tiennent aux conséquences, parfois paradoxales, auxquelles pouvait aboutir la jurisprudence *Boot Shop*.

Comme l'énonce l'arrêt, il s'agit, d'une part, de « ne pas conférer au tiers qui invoque le contrat une position plus avantageuse que celle dont peut se prévaloir le créancier lui-même »<sup>148</sup>. En d'autres termes, cette solution évite que le tiers puisse invoquer un manquement contractuel pour obtenir des dommages et intérêts, donc une forme d'exécution par équivalent du contrat, sans se voir opposer en contrepartie les limites contractuelles et, en particulier, les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité qui auraient pu être opposées au cocontractant lui-même. D'autre part, il s'agit, nous dit l'arrêt, « de ne pas déjouer les prévisions du débiteur, qui s'est engagé en considération de l'économie générale du contrat ». En effet, sinon, on ferait peser sur lui un risque qui pourrait largement dépasser ses anticipations alors qu'il ne s'est engagé dans le contrat – et ne s'est assuré, le cas échéant – que moyennant certaines limites.

Précisons, mais cela ressort de l'arrêt, que cette solution ne s'applique que si le tiers invoque un manquement contractuel. S'il prouve une « vraie » faute extra contractuelle, autonome, au sens des articles 1240 et suivants du code civil, ou un autre fait générateur de responsabilité extra contractuelle, il ne peut évidemment pas se voir opposer ces limites. Le tiers a donc une option.

---

<sup>147</sup> Et non les conditions légales de la responsabilité contractuelle.

<sup>148</sup> *Ibid.*, point 13.

C'est une solution qui est apparue « iconoclaste »<sup>149</sup> à certains dès lors que le tiers agit sur le fondement de la responsabilité délictuelle. L'on peut répondre qu'en réalité cette solution s'inscrit dans la logique des jurisprudences *Boot shop* et *Bois-Rouge* dès lors que, depuis ces arrêts, certes la responsabilité des contractants à l'égard des tiers est une responsabilité extra contractuelle, mais en réalité il s'agit d'une responsabilité extra contractuelle *spécifique*, qui est déjà dérogatoire puisque, comme on l'a rappelé, le fait générateur de la responsabilité délictuelle peut être une simple inexécution contractuelle, même si cette inexécution n'est pas constitutive d'un manquement au devoir général de prudence et de diligence et donc d'une faute délictuelle. En cela, la solution énoncée précise et complète un régime de responsabilité des contractants à l'égard des tiers qui était déjà un peu hybride entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle.

On observera également que dans cette affaire, mais c'était aussi le cas dans les affaires *Boot shop* et *Bois-Rouge*, et de manière générale dans les différentes affaires dont a eu à connaître la Cour de cassation dans lesquelles des tiers agissaient en invoquant un manquement contractuel, le tiers n'était pas totalement étranger au contrat. Il avait en effet un intérêt particulier à l'exécution de ce contrat, puisqu'en l'espèce le contrat de manutention avait été conclu par une filiale française mais au profit de sa société mère italienne. Et l'on voit bien qu'écarter le plafond de réparation prévu par le prestataire, en considération duquel il s'était engagé et avait fixé son prix, aurait abouti à une forme de contournement du contrat.

Pour conclure, de façon temporaire, sur cette question complexe de la responsabilité des contractants à l'égard des tiers, l'on voit qu'en l'absence d'intervention du législateur, la Cour de cassation a tenté, à travers ces arrêts, de trouver un équilibre entre les deux impératifs qui s'imposent au juge s'agissant du contrat et des tiers en droit privé : d'un côté, la protection des intérêts des tiers victimes, mais également, de l'autre côté, le respect des prévisions des parties au contrat.

**Rémy Schwartz**

*Président adjoint de la section du contentieux du Conseil d'État,*  
**modérateur de la table ronde**

Merci Madame pour cette analyse. M. le professeur, quel regard portez-vous sur ces différents points qui ont été évoqués ?

**David Bakouche**

*Professeur de droit privé à l'université de Paris-Saclay*

Tout en confirmant l'assimilation des fautes contractuelle et délictuelle précédemment consacrée par la Cour régulatrice, l'arrêt *Clamageran* y apporte un correctif important. À rebours de l'analyse traditionnelle qui veut que le principe du non-cumul interdise toute option, cumul et *a fortiori* toute hybridation ou panachage entre les actions en responsabilité civile contractuelle et délictuelle, l'arrêt décide, de manière toute prétorienne, que « *pour ne pas déjouer les prévisions du débiteur, qui s'est engagé en considération de l'économie générale du contrat et ne pas conférer au tiers qui invoque le contrat une position plus avantageuse que celle dont peut se*

---

<sup>149</sup> Voir P. Jourdain, RTD civ. 2024, p. 889.

*prévaloir le créancier lui-même, le tiers à un contrat qui invoque, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, un manquement contractuel qui lui a causé un dommage peut se voir opposer les conditions et limites de la responsabilité qui s'appliquent dans les relations entre les contractants »<sup>150</sup>.*

L'idée d'opposer au tiers qui se prévaut du contrat « *les conditions et limites de la responsabilité qui s'appliquent dans les relations entre les contractants* », que l'arrêt emprunte directement aux différents projets de réforme de la responsabilité civile<sup>151</sup>, paraît à première vue frappée au coin du bon sens. Elle répond en effet à l'une des principales critiques adressées au principe posé par les arrêts *Boot shop*<sup>152</sup> et *Bois rouge*<sup>153</sup>, auxquels il était reproché de permettre au tiers de bénéficier du contrat sans en subir les charges<sup>154</sup>. Plus précisément, l'arrêt *Clamageran* entend mettre fin au paradoxe qui entachait la jurisprudence consistant à permettre au tiers de se prévaut du contrat pour établir la faute du débiteur, tout en en répudiant toutes les contraintes pour échapper, parce qu'agissant sur le fondement délictuel, au régime contractuel autour duquel celui-ci avait pourtant construit l'équilibre de son contrat<sup>155</sup>.

À première vue, on s'explique donc que l'arrêt *Clamageran* ait, dans son principe, été plutôt bien accueilli<sup>156</sup> et que la solution qu'il énonce soit d'ores et déjà reprise par plusieurs décisions de juridictions du fond<sup>157</sup>. Puisque, comme on a pu le dire, le contrat « forme un tout »<sup>158</sup>, il est cohérent que le tiers qui l'invoque pour rechercher la responsabilité du débiteur soit placé dans une situation semblable à celle du créancier et se voit opposer les conditions et limites de la responsabilité contractuelle comme s'il avait été partie au contrat inexécuté.

Quant au débiteur qui a envisagé son obligation éventuelle de réparation dans des conditions déterminées, en fonction du régime impératif prévu par la loi ou des

<sup>150</sup> Ccass., com., 3 juillet 2024, *in JCP G*, 2024, 1071, note D. Bakouche et Y.-M. Serinet ; *in JCP G*, 2025, 273, n° 5, obs. C. Bloch ; *D.*, 2024, p. 1067, note D. Houtcieff, et p. 278, obs. M. Mekki ; *in RCA*, 2024, comm. 189, obs. L. Bloch ; *CCC*, 2024, comm. 144, obs. L. Leveneur ; *in RTDCiv.*, 2024, p. 644, obs. H. Barbier et p. 889, obs. P. Jourdain.

<sup>151</sup> Projet de réforme de la responsabilité civile de la chancellerie rendu public par le garde des Sceaux le 13 mars 2017 (article 1234) et proposition de loi sénatoriale du 29 juillet 2020 (art. 1234) ; rapp. *Avant-Projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription* (avant-projet Catala) remis au garde des Sceaux le 22 septembre 2005, qui proposait déjà de soumettre le tiers qui se prévaut de l'inexécution du contrat imputable au débiteur aux contraintes nées du contrat (article 1342).

<sup>152</sup> Ccass., ass. pl., 6 octobre 2006, *in JCP G*, 2006, II, 10181, avis A. Gariazzo, note M. Billiau ; *JCP G* 2007, I, 115, n° 4, obs. Ph. Stoffel-Munck ; *D.*, 2006, p. 2825, note G. Viney ; *in RTDCiv.*, 2007, p. 123, obs. P. Jourdain.

<sup>153</sup> Cass. ass. pl., 13 janv. 2020, *JCP G* 2020, 92 et 93, avis J. R. de la Tour, note M. Mekki ; *in JCP G*, 2020, doct. 503, n° 2, obs. Ph. Stoffel-Munck ; *in JCP E*, 2020, 1066, note D. Bakouche ; *D.*, 2020, p. 394, note M. Bacache, et p. 416, note J.-S. Borghetti ; *CCC*, 2020, comm. 58, obs. L. Leveneur ; *in RDC*, 2020/2, p. 40, note G. Viney ; *in RTDCiv.*, 2020, p. 96, obs. H. Barbier et p. 395, obs. P. Jourdain.

<sup>154</sup> P. Ancel, Présentation des solutions de l'avant-projet, *in* « L'avant-projet de réforme de la responsabilité » (actes du colloque organisé par l'université Panthéon-Sorbonne le 12 mai 2006), *in RDC*, 2007, p. 19.

<sup>155</sup> M. Bacache, « Relativité de la faute contractuelle et responsabilité des parties à l'égard des tiers », *D.*, 2016, p. 1456.

<sup>156</sup> O. Gout, obs. préc. ; L. Leveneur, *CCC*, 2024, comm. 144 ; C. Bloch, obs. préc.

<sup>157</sup> CA Montpellier, 3 décembre 2024, n° RG 23/02461 ; TJ Mont-de-Marsan, 11 décembre 2024, n° RG 22/01306 ; TJ Paris, 19 décembre 2024, n° RG 22/13421 ; TJ Paris, 19 décembre 2024, n° RG 20/12714 ; CA Lyon, 14 janvier 2025, n° RG 23/00963 ; CA Paris, 15 janvier 2025, n° RG 22/16078 ; CA Versailles, 12 mars 2025, n° 24/04932 ; CA Rennes, 18 mars 2025, n° RG 23/06019 et 24/01273.

<sup>158</sup> L. Leveneur, *CCC*, 2024, comm. 144.

stipulations du contrat, il est logique que ses prévisions ne soient pas déjouées et qu'il ne puisse pas être tenu au-delà de son engagement contractuel<sup>159</sup>.

Pourtant, en approfondissant l'analyse, le rééquilibrage que tente d'opérer l'arrêt *Clamageran* en s'efforçant de concilier les intérêts en présence brouille les positions et fait douter de l'existence d'une ligne claire au sein de la Cour de cassation sur la question complexe de *la responsabilité du débiteur à l'égard des tiers*, et ce pour au moins trois séries de raisons.

D'abord, le « coup de rabot » qu'apporte la chambre commerciale au principe de l'assimilation des fautes contractuelle et délictuelle paraît bien conduire, en pratique, à priver la jurisprudence *Boot shop* de sa substance<sup>160</sup>. Le constat, évident dans l'hypothèse dans laquelle le contrat comporte une clause de non-responsabilité valable, vaut également, dans une certaine mesure au moins, en présence d'une clause simplement limitative.

S'il fallait en effet considérer que le plafond de réparation que prévoit la clause doit s'entendre d'un plafond global s'appliquant une fois pour toutes aux dommages du créancier et des tiers, ce que devrait rigoureusement commander le respect des prévisions du débiteur, la récolte pourrait finalement s'avérer bien décevante pour le tiers victime de l'inexécution du contrat. Elle le sera d'autant plus que, ne pouvant semble-t-il se prévaloir de l'assimilation des fautes contractuelle et délictuelle qu'à la condition que le créancier ait lui-même au préalable reproché au débiteur sa défaillance<sup>161</sup>, il est vraisemblable que le plafond conventionnel de réparation se trouvera sinon épuisé, du moins largement oblitéré par la seule demande du créancier.

Ensuite, dans le droit de fil de l'observation précédente, c'est la méthode à l'œuvre qui interroge dans le contexte que l'on sait, où l'assemblée plénière de la Cour de cassation s'est très nettement prononcée par deux fois dans le sens de l'assimilation des fautes contractuelle et délictuelle. Quoi que l'on puisse penser du bien-fondé de ce principe<sup>162</sup>, en particulier lorsque l'obligation contractuelle inexécutée consiste dans une obligation purement contractuelle assurant au créancier une prestation spécifique à laquelle il ne pourrait prétendre sans contrat<sup>163</sup>, l'audace dont a fait preuve la chambre commerciale en s'attribuant un rôle majeur dans la construction du droit de la responsabilité interpelle<sup>164</sup>.

Sans doute objectera-t-on que la question de l'opposabilité au tiers des conditions et limites de la responsabilité applicables dans les relations entre les contractants n'avait, assez curieusement d'ailleurs, jamais été formellement posée à la Cour de cassation, de telle sorte que la position qu'adopte l'arrêt *Clamageran* ne contredit pas formellement le principe des arrêts *Boot shop* et *Bois Rouge*. Il n'en reste pas moins

<sup>159</sup> P. Jourdain, in *RTDCiv.*, 2024, p. 889.

<sup>160</sup> D. Bakouche et Y.-M. Serinet, note préc.

<sup>161</sup> Ph. Stoffel-Munck, « La responsabilité délictuelle pour manquement contractuel : quelle perspective en l'absence de réforme ? », in *Écrits sans esprit de système, Mélanges en l'honneur de Philippe Delebecque*, éd. Dalloz, 2024, p. 961 et suiv., spéc. n° 59.

<sup>162</sup> F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, 13<sup>e</sup> éd., n° 681 ; Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, éd. LexisNexis, 6<sup>e</sup> éd., n° 332 et suiv.

<sup>163</sup> Sur l'idée de « plus contractuel », l'obligation strictement contractuelle se surajoutant aux devoirs généraux, voir J. Huet, *Responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle*, th. Paris II, 1978, n° 672.

<sup>164</sup> M. Mekki, *D.*, 2025, p. 279.

qu'en y apportant un contrepoint majeur, la chambre commerciale prive largement de son intérêt l'action du tiers qui invoque un manquement contractuel<sup>165</sup>.

Enfin, la solution affirmée par l'arrêt *Clamageran*, sans doute destinée à inciter le législateur à intervenir ou à provoquer la réunion d'une nouvelle assemblée plénière, n'est techniquement pas sans soulever de substantielles interrogations. Une partie de la doctrine s'en est d'ores et déjà inquiétée<sup>166</sup>, lui reprochant sinon de « dissou[dre] le droit des obligations »<sup>167</sup>, du moins de faire « vaciller les colonnes du temple », « l'effet relatif [étant] vidé de sa substance et la force obligatoire du contrat élabouss[ant] le tiers »<sup>168</sup>. En l'état, il n'est dès lors pas évident que la position de la chambre commerciale « soit partagée par les chambres amenées à statuer sur les questions de responsabilité civile tant cette position aux effets potentiellement dévastateurs apparaît iconoclaste »<sup>169</sup>.

On l'aura compris : à des degrés divers, l'arrêt *Clamageran* comporte des imperfections (2) qui justifieraient nous semble-t-il de procéder à quelques ajustements (2).

### 1. Les imperfections de la solution

L'arrêt *Clamageran* suscite un certain nombre de questions quant à sa portée exacte, du fait notamment de l'imprécision des « conditions et limites de la responsabilité » opposables au tiers. À supposer même que l'on admette que ne lui sont pas seulement opposables les conditions et limites prévues par le contrat, mais que le sont aussi celles qui sont imposées par la loi dans la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle, une relative incertitude demeure lorsque l'on se demande où s'arrêter dans la reconnaissance de la force d'attraction du contrat qui « happe » le tiers dans un régime auquel il n'a pas ou pas directement consenti<sup>170</sup>. Faut-il comprendre que ne sont visées que les conditions et limites substantielles (clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité, clauses pénales, réparation du seul dommage prévisible, contrôle de proportionnalité de la réparation en nature, etc.) ou bien que le sont aussi les conditions et limites procédurales (clauses attributives de compétence, clauses de conciliation ou de médiation, clauses compromissaires, clauses relatives à la prescription, clauses de loi applicable, etc.) ? Puisque c'est de la violation d'une obligation contractuelle que le tiers se prévaut, la cohérence invite à le soumettre au régime du contrat dont il entend bénéficier, autrement dit, pour reprendre les termes de l'article 1342 de l'avant-projet Catala, à « toutes les limites et conditions qui s'imposent au créancier pour obtenir réparation de son propre dommage », qu'elles soient substantielles ou procédurales<sup>171</sup>. C'est bien du reste en ce sens que, depuis l'arrêt *Clamageran*, la chambre commerciale de la Cour de

<sup>165</sup> L. Bloch, obs. préc., qui se demande si la chambre commerciale n'a en définitive pas voulu revenir à une forme d'orthodoxie en soignant « le mal par le mal ».

<sup>166</sup> D. Bakouche et Y.-M. Serinet, note préc.

<sup>167</sup> L. Bloch, obs. préc.

<sup>168</sup> D. Houtcieff, note préc.

<sup>169</sup> P. Jourdain, in *RTDCiv.*, 2024, p. 889.

<sup>170</sup> H. Barbier, in *RTDCiv.*, 2024, p. 644.

<sup>171</sup> Les premières décisions de juridictions du fond qui ont appliqué la solution affirmée par l'arrêt *Clamageran* sont en ce sens : CA Paris, 15 janvier 2025, préc., à propos d'une clause limitative de responsabilité ; CA Versailles, 12 mars 2025, préc., à propos d'une clause relative à la prescription ; CA Rennes, 18 mars 2025, préc., à propos d'une clause exonératoire de responsabilité.

cassation paraît s'être orientée, jugeant opposables au tiers une clause de forclusion, une clause de prescription et une clause de conciliation préalable<sup>172</sup>. Cette appréhension des « *conditions et limites de la responsabilité* » opposables au tiers ne suffit à vrai dire pas à résoudre toutes les difficultés. *Quid* par exemple d'une clause qui, par avance, écarterait expressément toute responsabilité des parties à l'égard des tiers ? L'arrêt *Clamageran* nous paraît l'exclure en prenant soin de circonscrire l'opposabilité aux seules conditions et limites « *qui s'appliquent dans les relations entre les contractants* »<sup>173</sup>, mais tous ne sont-ils pas du même avis, un auteur ayant même considéré qu'il serait surprenant qu'une telle stipulation ne devienne pas une clause de style<sup>174</sup>. Qu'en sera-t-il encore de la validité et de l'opposabilité d'une clause lorsque le tiers bénéficie, au titre d'une législation d'ordre public, d'un statut protecteur ? Et comment la condition de prévisibilité du dommage sera-t-elle appréhendée sachant que, par hypothèse, les dommages susceptibles d'être éprouvés par des tiers ne sont en principe pas entrés dans le champ des prévisions contractuelles ? Bref, les questions ne manquent pas qui entourent la règle de l'arrêt *Clamageran* d'un certain flou.

Mais l'essentiel n'est pas là. Le vice de la solution nous paraît consister dans le fait d'affirmer que la responsabilité du contractant est engagée à l'égard du tiers sur un fondement extracontractuel et de décider en même temps que lui sont opposables les stipulations relatives à la responsabilité prévues par le contrat. En assimilant l'opposabilité du contrat aux tiers à une extension des effets obligatoires du contrat<sup>175</sup>, l'arrêt *Clamageran* porte gravement atteinte au principe de l'effet relatif des conventions en ce qu'il permet à une partie au contrat d'imposer à un tiers une limite contractuelle tirée d'un contrat auquel il n'a pas été partie<sup>176</sup>. Mais entendons-nous bien. Ce qui est contestable, ce n'est pas seulement que les acrobaties juridiques qui ont rendu possible la solution bousculent certains des principes cardinaux du droit des obligations ; c'est que le fondement délictuel de l'action en responsabilité du tiers auquel sont opposables les conditions et limites de la responsabilité applicables entre les contractants donne à la règle une portée générale qui n'est pas tenable.

La logique voudrait plutôt, comme le prévoient les projets de réforme de la responsabilité civile, que le tiers en mesure d'invoquer l'inexécution du contrat parce qu'il a « *intérêt légitime à [s]a bonne exécution* » se place nécessairement sur le terrain de la responsabilité contractuelle, circonstance qui seule peut justifier que lui soient opposables « *les conditions et limites de la responsabilité applicables dans les relations entre les contractants* ». Dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Clamageran*, où l'on aurait pourtant pu considérer que le tiers, qui se prévalait de l'inexécution du contrat conclu par sa filiale, répondait au critère de l'intérêt légitime défini comme « un lien, sinon avec le contrat, du moins avec l'opération juridico-économique plus globale dans

---

<sup>172</sup> Ccass., ch. com., 17 décembre 2025, D. 2026, p. 322, note R. Loir ; Gaz. Pal., 2026, n° 5, p. 19, note C. François.

<sup>173</sup> Dans le même sens, C. Bloch, obs. préc.

<sup>174</sup> D. Houtcieff, note préc.

<sup>175</sup> J. Ghestin, C. Jamin et M. Billiau, *Traité de droit civil, Les effets du contrat*, éd. LGDJ, 3<sup>e</sup> éd., Paris, 2001, n° 730 ; D. Bakouche et Y.-M. Serinet, note préc.

<sup>176</sup> M. Mekki, D. 2025, p. 279.

laquelle il s'inscrit »<sup>177</sup>, la décision n'y fait à aucun moment la moindre référence. Maintenant la responsabilité du débiteur sur le terrain délictuel, elle laisse entendre que la solution adoptée serait générale et s'appliquerait à tout tiers, alors même qu'elle l'a été à propos d'un cas très particulier où la demanderesse était une société mère italienne propriétaire de la machine endommagée et la partie contractante sa filiale française, laquelle n'avait vraisemblablement conclu le contrat de manutention et de déchargement que pour des raisons de commodité tenant à la localisation de la prestation à réaliser.

Toujours est-il que le fondement délictuel de la responsabilité du débiteur pose problème dans la mise en œuvre de la règle affirmée par l'arrêt. Dès lors en effet que la jurisprudence continue, en raison du caractère d'ordre public des articles 1240 et 1241 du code civil, de juger que « *sont nulles les clauses d'exonération ou d'atténuation de responsabilité en matière délictuelle* »<sup>178</sup>, comment concilier la nature délictuelle de l'action avec l'opposabilité des clauses relatives à la responsabilité contractuelle ? Opposables aux tiers, ces clauses n'en seraient-elles pas moins nulles ? Mais on en reviendrait alors à la situation antérieure et l'arrêt serait privé de tout effet<sup>179</sup>. L'arrêt *Clamageran* postule plutôt de faire une distinction selon que le manquement du débiteur caractérise une vraie faute délictuelle indépendamment de tout point de vue contractuel, auquel cas la clause serait effectivement nulle, ou qu'il consiste dans un manquement strictement contractuel, auquel cas la clause serait valable et opposable<sup>180</sup>. Ces contorsions, qui donnent à voir deux régimes de responsabilité différents bien que formellement fondés sur l'article 1240 du code civil, attestent en tout cas du caractère artificiel de la responsabilité « délictuelle » de l'arrêt *Clamageran*.

## 2. Propositions d'ajustements

Si la voie tracée par l'arrêt *Clamageran* devait provoquer l'intervention du législateur ou emporter l'adhésion d'autres chambres de la Cour de cassation ou d'une nouvelle assemblée plénière, il nous semble que cela ne pourrait s'envisager que sous réserve de trois séries d'ajustements.

En premier lieu, il conviendrait, pour les raisons qui viennent d'être exposées, de substituer au fondement délictuel de la responsabilité du débiteur un fondement contractuel. Afin d'éviter un curieux enchevêtrement des responsabilités contractuelle et délictuelle, la logique voudrait en effet que la possibilité pour les tiers de se prévaloir d'un manquement contractuel dès lors qu'un dommage en résulte ne puisse se concevoir qu'à la condition de se placer sur un fondement exclusivement contractuel. Les projets de réforme de la responsabilité civile sont d'ailleurs en ce sens, la question de l'opposabilité des « *conditions et limites de la responsabilité qui s'appliquent dans les relations entre les contractants* » ne se posant qu'à la condition que la responsabilité du débiteur à l'égard du tiers soit de nature contractuelle.

<sup>177</sup> Ph. Brun, « La distinction des deux ordres de responsabilités dans le projet de réforme de la responsabilité civile », in *Études en la mémoire de Philippe Neau-Leduc. Le juriste dans la cité*, éd. LGDJ, Lextenso éd., 2018, p. 125 et suiv., spéc. n 8.

<sup>178</sup> Ccass., civ. 2<sup>e</sup>, 17 février 1955, D. 1956. 17, note P. Esmein ; *JCP G*, 1955, II, 8951, note R. Rodière - Ccass., civ. 1<sup>re</sup>, 5 juillet 2017, in *JCP G*, 2018, 262, n° 5, obs. Ph. Stoffel-Munck ; D. 2018, p. 371, obs. M. Mekki.

<sup>179</sup> P. Jourdain, in *RTDCiv.*, 2024, p. 889.

<sup>180</sup> P. Jourdain, *ibid.*

Contrairement donc à ce que décide l'arrêt *Clamageran*, il serait plus orthodoxe de s'en tenir à une distinction claire : absence d'opposabilité au tiers des conditions et limites de la responsabilité applicables dans les relations entre les contractants lorsque le tiers agit sur le terrain délictuel, à charge pour lui de rapporter la preuve d'une « vraie » faute délictuelle, autrement dit d'une faute délictuelle autonome détachable du contrat ; opposabilité dans les cas dans lesquels il agit sur le terrain contractuel, ce qui devrait à notre avis renvoyer, non pas seulement, à l'hypothèse des chaînes de contrats translatives de propriété<sup>181</sup>, mais, plus largement, à toutes celles dans lesquelles le tiers démontre avoir un « intérêt légitime à la bonne exécution du contrat ». À supposer que la volonté de la chambre commerciale de « se couler dans le moule » des arrêts *Boot shop* et *Bois Rouge* l'ait empêchée de « franchir elle-même le Rubicon »<sup>182</sup>, ce qui peut s'entendre, il paraît difficile à présent de rester au milieu du gué.

Dans la droite ligne de ce qui précède, il faudrait, en second lieu, s'entendre sur les tiers qu'il serait cohérent d'autoriser à se prévaloir du manquement contractuel du débiteur comme d'un fait générateur de responsabilité contractuelle. S'il existe en doctrine un consensus sur l'idée de réserver l'application des règles délictuelles aux cas dans lesquels la faute commise au cours de l'exécution du contrat correspond à un manquement à un devoir général de prudence ou de diligence tel qu'il peut en résulter un préjudice indistinctement pour le cocontractant et les tiers<sup>183</sup>, un certain mystère entoure la détermination de ceux qui, du fait de leur proximité avec la situation contractuelle, seraient fondés à agir contractuellement contre le débiteur. Il faut dire que, en dehors des quelques exceptions apportées à la nature délictuelle de la responsabilité du débiteur à l'égard des tiers<sup>184</sup>, le droit n'a pas trouvé de critère général permettant de distinguer le régime de l'action des vrais tiers (*penitus extranei*) et celui de ceux qui ont un lien étroit avec le contrat litigieux et pour lesquels la qualification de tiers est, de ce fait, « pour une large part artificielle »<sup>185</sup>. Quant aux différents projets de réforme de la responsabilité civile, qui ouvrent la voie contractuelle aux tiers « ayant un intérêt légitime à la bonne exécution d'un contrat »<sup>186</sup>, ils laissent entière la question de la détermination de ces tiers intéressés et des conditions auxquelles leur proximité avec le contrat peut être jugée suffisante pour leur permettre d'agir contractuellement en responsabilité<sup>187</sup>.

<sup>181</sup> D. Bakouche, « La nature de la responsabilité civile dans les groupes de contrats », in *RCA*, 2019, Dossier 5.

<sup>182</sup> C. Bloch, obs. préc.

<sup>183</sup> Voir déjà, en ce sens, G. Durry, in *RTDCiv.*, 1969, p. 773 ; comp. toutefois J.-P. Tosi, « Le manquement contractuel dérelativisé », in *Ruptures, mouvements et continuité du droit*, Autour de Michelle Gobert, éd. Economica, 2004, p. 479 et suiv.

<sup>184</sup> Ph. Stoffel-Munck, « La responsabilité délictuelle pour manquement contractuel : quelle perspective en l'absence de réforme ? », préc., spéc. n° 67 et suiv.

<sup>185</sup> G. Durry, in *RTDCiv.* 1980, p. 355.

<sup>186</sup> J.-S. Borghetti, « La responsabilité des contractants à l'égard des tiers dans le projet de réforme de la responsabilité civile », *D.*, 2017, p. 1846 ; O. Deshayes, « La nouvelle mouture de l'avant-projet de loi de réforme de la responsabilité civile : retour sur la responsabilité des parties à l'égard des tiers », in *RDC*, 2017, p. 238.

<sup>187</sup> Ph. Brun et Ph. Pierre, « Contrat et responsabilité au fil des réformes du droit des obligations », in *Mélanges en l'honneur de Jacques Mestre*, éd. LGDJ, 2019, p. 163 et suiv., spéc. p. 167, qui relèvent que si la notion de tiers intéressé à la bonne exécution du contrat mérite sans doute « d'être affinée et précisée », elle paraît tout de même « de nature à canaliser de manière satisfaisante cette extension du champ de la responsabilité contractuelle ».

Partant de l'idée qu'un tiers ne peut être victime d'un dommage strictement contractuel que lorsqu'il est membre d'un groupe de contrats unis par une identité d'obligations<sup>188</sup>, Madame Bacache a proposé d'appliquer à l'action du tiers contre le débiteur défaillant les règles contractuelles si ce tiers est créancier de la partie victime de l'inexécution et que son dommage consiste à ne pas pouvoir jouir de la prestation promise. Dans cette approche, qui suppose que le tiers soit lui-même connecté au contrat inexécuté par le biais d'une convention qui a le même objet, la nature contractuelle de la responsabilité se justifie par le fait que la créance contractuelle du tiers victime coïncide objectivement avec la dette contractuelle du responsable<sup>189</sup>.

Jugeant toutefois ce critère objectif insuffisant à justifier que le tiers doive subir les limites posées par le contrat, Monsieur Stoffel-Munck a suggéré l'ajout d'un critère subjectif tenant à la conscience par le tiers des limites de l'engagement souscrit par le débiteur défaillant<sup>190</sup>. De fait, lorsque « le tiers a connu le risque d'inexécution et a manifesté, d'une manière ou d'une autre, qu'il ne s'attendait pas à obtenir réparation en cas d'inexécution du contrat »<sup>191</sup>, il est cohérent de lui opposer les limites de ce contrat. Dépassant la seule hypothèse des groupes de contrats, cette proposition séduisante permettrait en effet d'englober toutes celles dans lesquelles le tiers, bénéficiaire ultime de la prestation objet du contrat inexécuté auquel il n'est pourtant pas partie, a participé à sa négociation ou à sa rédaction et a ainsi contribué à la construction de « l'arrangement d'ensemble », ou bien s'est trouvé impliqué dans son exécution. Comme le relève Monsieur Stoffel-Munck, « ces hypothèses se rencontrent particulièrement dans le contexte des groupes de sociétés où le soi-disant tiers a vocation à bénéficier de la prestation fournie à une société du groupe, et a parfaitement conscience des limites de ce contrat »<sup>192</sup>. L'implication du tiers dans l'opération globale dans laquelle le contrat litigieux s'inscrivait incite en tout cas à penser que les faits de l'arrêt *Clamageran* pouvaient relever de ces hypothèses.

En dernier lieu, en subordonnant l'opposabilité du régime contractuel au tiers à la condition que celui-ci se prévale d'un manquement contractuel qui lui a causé un dommage, l'arrêt *Clamageran* paraît bien considérer que le tiers peut échapper aux conditions et limites de la responsabilité qui s'appliquent entre les contractants s'il choisit de ne pas invoquer l'inexécution du contrat en tant que telle, mais préfère démontrer que le débiteur a manqué à une obligation générale de prudence et de diligence. Encore faut-il, en pratique, pouvoir distinguer selon que l'obligation assumée au titre du contrat est « purement ou spécifiquement contractuelle »<sup>193</sup>, ou bien que, dépassant les frontières du contrat, elle correspond à un devoir général qui s'impose à tous<sup>194</sup>, ce qui n'est pas aussi simple qu'il n'y paraît. La faute professionnelle

<sup>188</sup> M. Bacache, « Relativité de la faute contractuelle et responsabilité des parties à l'égard des tiers », préc. ; et du même auteur, *La relativité des conventions et les groupes de contrats*, préf. Y. Lequette, éd. LGDJ, 1996, n° 88 et suiv. et n° 331.

<sup>189</sup> Voir également en ce sens P. Jourdain, « La nature de la responsabilité civile dans les chaînes de contrats après l'arrêt d'Assemblée plénière du 12 juillet 1991 », *D.*, 1992, p. 149 ; et du même auteur, *in RTDCiv.*, 2002, p. 104.

<sup>190</sup> Ph. Stoffel-Munck, La responsabilité délictuelle pour manquement contractuel : quelle perspective en l'absence de réforme ?, préc., spéc. n° 83 et suiv.

<sup>191</sup> Ph. Stoffel-Munck, *ibid.*

<sup>192</sup> Ph. Stoffel-Munck, *ibid.*

<sup>193</sup> P. Jourdain, *in RTDCiv.*, 2017, p. 666 et suiv.

<sup>194</sup> Pour des exemples, voir A. Bénabent, *Droit des obligations*, coll. Domat, 19<sup>e</sup> éd., éd. LGDJ, 2021, n° 545.

d'une partie au contrat, du type de celle en cause dans l'affaire ayant donné lieu à l'arrêt *Clamageran*, est-elle spécifique au lien contractuel, ou bien peut-elle s'analyser comme la manifestation d'un devoir général de prudence attendu de tout professionnel<sup>195</sup> ? Les appréciations divergentes des commentateurs de l'arrêt attestent à tout le moins que l'hésitation est permise<sup>196</sup>. Sous réserve des quelques ajustements proposés ci-avant, la Cour de cassation pourrait utilement clarifier cette distinction nébuleuse entre les manquements purement contractuels et ceux qui seraient constitutifs de fautes délictuelles appréciées en elles-mêmes en dehors de tout point de vue contractuel, si tant qu'un critère praticable puisse être élaboré.

**Rémy Schwartz**

*Président adjoint de la section du contentieux du Conseil d'État,*  
**modérateur de la table ronde**

Merci M. le professeur. Avant de demander au public de réagir, je donne la parole à mon collègue de la cour administrative d'appel de Marseille, en indiquant au préalable qu'en 2011 le Conseil d'État, par un arrêt de section *Madame Gilles*<sup>197</sup>, a expressément refusé de s'engager dans cette voie.

Le droit administratif offre aux tiers la possibilité de bloquer l'exécution d'un contrat sans le toucher, en attaquant toutes les décisions administratives qui conditionnent son exécution comme le montrent, par exemple, les litiges concernant la construction de l'autoroute A69<sup>198</sup> qui est actuellement bloquée bien que le contrat soit théoriquement toujours en cours d'exécution.

**Renaud Thielé**

*Président assesseur à la cour administrative d'appel de Marseille*

En effet, Monsieur le Président, le droit administratif, on le sait, a une géométrie très différente de celle du droit privé.

De fait, la juridiction administrative est restée très en retrait, pour ne pas dire imperméable, au débat qui a été ouvert par la jurisprudence *Boot shop*<sup>199</sup> : non seulement le Conseil d'État n'a pas suivi la Cour de cassation, mais par une décision *Madame Gilles* de 2011<sup>200</sup> il a même réaffirmé, d'une manière assez solennelle, l'effet relatif des contrats.

Est-ce à dire que les contrats administratifs ne peuvent pas causer de préjudice aux tiers ?

<sup>195</sup> M. Mekki, *in JCP G*, 2020, act. 93, note préc. ; D. Bakouche et Y.-M. Serinet, note préc.

<sup>196</sup> Tandis que M. Jourdain estime qu'était en cause un manquement « strictement » contractuel (*RTDCiv.*, 2024, p. 889, obs. préc.), M. Houtcieff considère quant à lui que « l'absence de précautions et le manque de diligence reprochés au contractant semblaient confiner au quasi-délit » (*D.*, 2024, p. 1607, note préc.).

<sup>197</sup> CE, sect., 11 juillet 2011, *Madame Gilles*, n° 339409.

<sup>198</sup> Entamée en mars 2023, la construction de l'autoroute A69 doit relier Toulouse à Castres.

<sup>199</sup> Par la jurisprudence dite « *Boot shop* » (Cour de cassation, Assemblée plénière, 6 octobre 2006, *Consorts Loubeyre et autre c. société Myr'Ho SARL, dit « société Boot shop »*, n° 05-13.255), la Cour de cassation a permis aux tiers à un contrat de se prévaloir, dans le cadre d'une action quasi-délictuelle, de la méconnaissance des stipulations d'un contrat.

<sup>200</sup> CE, sect., 11 juillet 2011, *Mme Gilles*, n° 339409, Rec. 330 : cette affaire concernait une sous-occupante du domaine public qui avait engagé une action quasi-délictuelle contre l'occupant principal pour non-respect de sa convention d'occupation.

Évidemment, non. La mauvaise exécution des contrats administratifs peut causer un préjudice aux tiers, parfois même à grande échelle si l'on prend le cas des concessions. On peut citer l'affaire, dont la cour administrative d'appel de Marseille a été saisie récemment<sup>201</sup>, du concessionnaire d'un aéroport qui ne respectait pas les termes de son contrat de concession en termes de fréquence et en termes d'horaires des vols. Vous imaginez bien le nombre de riverains qui peuvent subir un préjudice du fait de la mauvaise exécution d'une telle concession. Je le signale également, car il en a été question lors de la première table ronde, c'est aussi la première fois qu'a été invoquée, à tout le moins à ma connaissance, la Charte de l'environnement à l'encontre d'un contrat.

Dès lors, comment expliquer le refus du Conseil d'État de s'engager dans la voie de l'assimilation des fautes contractuelles et quasi-délictuelles ?

Cette assimilation a, précisons-le d'emblée, un très grand intérêt, parce que, comme le disait un commissaire du Gouvernement devant le Conseil d'État, la faute quasi-délictuelle dépouillée de la méconnaissance des obligations contractuelles est « introuvable, sinon improuvable »<sup>202</sup>. Concrètement, comment, par exemple, caractériser un manquement au devoir général de diligence sans prendre en compte les délais qui sont prévus dans le contrat ? C'est extrêmement difficile.

### **1. Comment expliquer le refus du Conseil d'État de s'engager dans la voie de l'assimilation des fautes contractuelles et quasi-délictuelles ?**

L'idée centrale qui est explicitée par le président Boulouis dans ses conclusions sur l'affaire *Madame Gilles* est que la jurisprudence administrative assure déjà, et par d'autres moyens, une protection suffisante des droits des tiers au contrat.

Quels sont ces moyens ?

Il existe d'abord des mécanismes assez exotiques, sans équivalent en droit privé, qui permettent aux tiers de forcer les cocontractants, notamment les concessionnaires, à exécuter correctement leur contrat.

Il s'agit en premier lieu des clauses réglementaires des contrats, qui sont opposables aux cocontractants depuis une très ancienne décision : *Syndicat du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*<sup>203</sup> de 1906 du Conseil d'État. Dans cette affaire, les habitants d'un quartier de Bordeaux se plaignaient de la suppression, par le concessionnaire, d'une ligne de tramway qu'il jugeait non rentable et qui desservait leur quartier, en méconnaissance de son cahier des charges, et ont pu forcer le concédant à faire respecter le contrat.

<sup>201</sup> CAA Marseille, chr, 4 octobre 2023, *Association Collectif Danger Aix Avenir*, n° 21MA04315.

<sup>202</sup> Conclusions de M. Fornacciari sur l'arrêt : CE, sect. 27 novembre 1987, *Société provençale d'équipement et autres*, n°s 38318, 38360 et 38399, Rec. p. 384.

<sup>203</sup> Depuis 1906, le Conseil d'État a en effet admis l'idée que les clauses relatives à la nature des prestations et à leurs tarifs étaient de nature réglementaire, et donc invocables par tous : un usager peut donc demander à l'administration concédante de forcer son concessionnaire à les exécuter (CE, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*, n° 19167, Rec. 962), et solliciter de l'administration une indemnisation si elle ne défère pas à cette demande (CE, sect., 23 février 1968, *Picard*, n° 65084, Rec. 131).

On peut citer également le recours dit *Transmanche*<sup>204</sup>, qui a été ouvert en 2017 par le Conseil d'État et qui permet aux tiers d'obtenir la résiliation juridictionnelle d'un contrat au motif, notamment, qu'il a été mal exécuté.

Mais au cœur du dispositif jurisprudentiel de protection des tiers, on trouve évidemment les régimes de responsabilité.

Commençons par dire que cette question de la responsabilité du cocontractant ne se pose au juge administratif que dans les limites de sa compétence juridictionnelle. C'est un truisme, mais c'est assez déterminant ici, car sa compétence est, en réalité, assez resserrée : contrairement à l'action contractuelle, l'action en responsabilité extracontractuelle contre une personne privée qui n'est pas investie de prérogatives de puissance publique – et tel est habituellement le cas des contractants de l'administration – ne relève normalement pas du juge administratif<sup>205</sup>.

Pour ma part, j'ai trouvé un seul précédent dans le contentieux général. Il s'agissait d'une société qui traitait les contrôles de sécurité à l'aéroport de Roissy et qui a été condamnée pour un défaut de surveillance des bannettes, défaut de surveillance qui avait rendu possible le vol d'un passeport et donc l'abandon d'un projet de voyage aux Maldives<sup>206</sup>.

Toutefois, il existe au moins<sup>207</sup> une catégorie de litiges opposant un tiers au contractant et qui relève tout de même de la compétence du juge administratif : il s'agit des litiges relatifs à l'exécution des travaux publics<sup>208</sup>.

Or dans cette matière le Conseil d'État a, par trois grandes décisions de la section du contentieux, construit un régime de responsabilité à la fois original et très protecteur des tiers, et plus précisément des trois grandes catégories de tiers.

Quelles sont ces trois grandes catégories ?

La première catégorie est celle des usagers, qui bénéficient depuis une décision *Ministre des travaux publics c. Lussagnet* de 1930<sup>209</sup> d'un régime qui est en général

<sup>204</sup> CE, sect., 30 juin 2017, *Syndicat mixte de promotion de l'activité transmanche*, n° 398445, Rec. 209.

<sup>205</sup> CE, 23 mars 1983, *SA Bureau Veritas et autres*, nos 33803-34462, Lebon 133 ; TC, 23 juin 2003, *Société Gan Eurocourtage c/ Société Cars Laridan et M. Delanoy*, n° 3360, Rec. T.

<sup>206</sup> CAA Versailles, 3 février 2015, *Société Aéroports de Paris*, n° 13VE03576.

<sup>207</sup> Il existe une seconde catégorie de litiges relevant de la compétence du juge administratif, mais très peu fréquents : les litiges opposant l'occupant du domaine public à un sous-occupant, qui relèvent du juge administratif en application du code général de la propriété des personnes publiques (TC, 24 septembre 2001, *Société B. E. Diffusion c. RATP*, n° 3221, Rec. 747, article L. 2331-1 du CG3P lointainement issu de l'article 1<sup>er</sup> du décret du 17 juin 1938, sauf dans le cas où le tiers est un usager d'un service public industriel et commercial TC, 17 novembre 2014, *CCI de Perpignan et des Pyrénées-Orientales c. M. Alfredo*, n° 3965, Rec. T.).

<sup>208</sup> TC, 17 juin 2024, *Mme Ruiz et M. Goasdoue*, n° 4306, Rec. Cette règle de compétence dérive historiquement de la loi du 28 pluviôse an VIII qui confie aux conseils de préfecture le soin de se prononcer « sur les réclamations des particuliers qui se plaindront de torts et dommages procédant du fait personnel des entrepreneurs » (article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII).

<sup>209</sup> CE, sect., 16 mai 1930, *Ministre des travaux publics c/ Consorts Lussagnet*, n° 3005 et 4943, Rec. 527. L'usager peut également choisir d'engager la responsabilité du contractant sur le même fondement (CE, sect., 31 janvier 1958, *Société Thorrand*, n° 36364, Rec. 104 ; et CE, sect., 27 novembre 1987, *Société provençale d'équipement*, nos 38318, 38360 et 38399, Rec. 383).

considéré comme un régime de responsabilité pour faute présumée<sup>210</sup>. Faute présumée, donc pas de faute à démontrer, donc pas de question de l'assimilation des fautes contractuelles et quasi-délictuelles.

En deuxième lieu, les autres tiers à l'opération des travaux publics bénéficient d'un régime encore plus protecteur, qui est un régime de responsabilité sans faute, depuis une décision *Sieur Grau* de 1952<sup>211</sup>.

Enfin, pour compléter ce tableau il faut ajouter, en troisième lieu, les participants à l'opération des travaux publics, qui peuvent subir un préjudice du fait du retard d'un autre intervenant. Ces participants pouvaient jusqu'à une date récente engager à l'encontre du maître de l'ouvrage public – et non, donc, à l'encontre de l'autre intervenant responsable du retard – une action en responsabilité que l'on considère généralement comme une action en responsabilité sans faute, depuis une décision *Société des ateliers de construction Nicou* de 1967<sup>212</sup>.

Par-delà leurs différences, ces trois régimes de responsabilité répondent bien à une logique commune, que l'on pourrait qualifier de « logique de guichet ». Dans un premier temps, l'administration va indemniser le tiers de son préjudice, sans qu'il soit nécessaire à ce dernier de démontrer une faute du cocontractant de l'administration. Et, dans un second temps, cette dernière se retourne contre son cocontractant, titulaire du contrat de travaux publics. Mais elle doit, dans ce second temps, suivre les procédures et respecter les limitations du contrat, notamment si le contrat prévoit un plafond de responsabilité.

On voit que ce système permet de concilier à la fois les droits des tiers, qui sont indemnisés en totalité, et les droits des contractants, qui voient leurs plafonds de responsabilité respectés.

Nous en venons à la deuxième question.

## 2. Ces raisons demeurent-elles valables aujourd'hui ?

Pour l'essentiel, oui, mais pas totalement.

En effet, par une décision *Région Haute-Normandie* de 2013<sup>213</sup>, qui a été quelque peu vécue comme une attaque nucléaire par les constructeurs, ou en tous cas par leurs conseils, le Conseil d'État a abandonné la logique de guichet pour les participants qui se plaignaient d'un retard de chantier.

<sup>210</sup> Marcel Walline, *Droit administratif*, 1963, p. 837 ; René Chapus, *Droit administratif général*, 1987, n° 1255, p. 889 ; Georges Vedel et Pierre Delvolvé, *Droit administratif*, 1992, p. 536. Les commentaires écrits par les membres du Conseil d'État sont plus réservés, et tendent à privilégier la responsabilité pour risque (Guy Braibant, *Le droit administratif français*, 1988, p. 286. Voir également les abstracts sur : CE, sect., 15 mai 1973, *Ville de Paris c. Djian*, n° 82672, Rec. 361, ou CE, sect., 27 novembre 1987, *Société provençale d'équipement*, nos 38318, 38360 et 38399, Rec. 383.

<sup>211</sup> CE, sect., 7 novembre 1952, *Sieur Grau*, n° 75626, Rec. 503. Voir également : CE, Ass., 28 mai 1971, *Département du Var et Entreprise Bec Frères*, n° 76216, Rec. 419.

<sup>212</sup> Cette jurisprudence était d'abord assise sur l'article 33 du cahier des clauses et conditions générales du 15 octobre 1921 relatif à l'ajournement des travaux (CE, 30 novembre 1938, *Sieur Roudier*, n° 48689, Rec. 900) ; elle a par la suite été rendue autonome du contrat : CE, sect., 17 novembre 1967, *Société des ateliers de construction Nicou et Cie*, n° 60938, Rec. 429. On peut l'analyser comme un régime de responsabilité contractuelle sans faute.

<sup>213</sup> CE, 5 juin 2013, *Région Haute-Normandie*, n° 352917, Rec. T 695.

Désormais, ces participants n'ont plus qu'un choix : attaquer directement les autres participants à l'opération de travaux publics. Sur le terrain, cela a entraîné une multiplication par cinq ou six du nombre d'actions quasi-délictuelles directes entre les participants à une opération de travaux publics<sup>214</sup>.

Et ce n'est donc pas un hasard si c'est justement dans ce domaine que le Conseil d'État s'est finalement résolu, par une décision *CMEG* de 2021<sup>215</sup>, à adopter dans son principe l'assimilation des fautes quasi-délictuelles (ou délictuelles) et contractuelles, en jugeant qu'un participant à une opération de travaux publics pouvait « *rechercher la responsabilité quasi-délictuelle des autres participants (...) du fait d'un manquement aux stipulations des contrats qu'ils ont conclus* ».

Or ces deux évolutions jurisprudentielles – d'une part, la décision *Région Haute-Normandie* et, d'autre part, la décision *CMEG* – sont à l'évidence liées. D'ailleurs, c'est ce qu'indique la rapporteure publique Mireille Le Corre, qui précise dans ses conclusions qu'il aurait été difficilement acceptable, en termes d'équité, de refuser l'indemnisation des retards par le maître de l'ouvrage sans permettre aux intervenants de rechercher la responsabilité des autres intervenants qui étaient à l'origine de ces retards.

En revanche, cette évolution jurisprudentielle restera certainement limitée aux litiges opposant les participants à l'opération de travaux publics. Pour quelle raison ? Parce que les autres tiers restent couverts par les régimes de responsabilité sans faute, ou sans faute à prouver, et dont on peut dire qu'ils constituent des murs porteurs de la jurisprudence administrative. On n'en imagine guère l'abandon.

Enfin, nous arrivons à la troisième et dernière question.

### **3. Le problème des limitations de responsabilité se posera-t-il au juge administratif comme il se pose actuellement à la Cour de cassation, et si oui quelle réponse lui apporter ?**

Dès lors que l'assimilation des fautes a été admise, fût-ce dans un domaine très circonscrit, la question de l'opposabilité aux tiers des clauses limitatives de responsabilité se posera également tôt ou tard au Conseil d'État.

Elle s'est déjà posée en première instance et, pour l'instant, les quelques juridictions de première instance qui ont eu à se prononcer sur ce point ont écarté le moyen motif pris de l'effet relatif du contrat<sup>216</sup>.

Faut-il adopter une autre réponse qui s'inspirerait, par exemple, de l'arrêt *Clamageran* ?

Pour fixer les idées, prenons l'exemple qui statistiquement a le plus de chance d'être celui dont sera saisi le Conseil d'État : celui d'une entreprise de travaux qui demande la condamnation d'un contrôleur technique. Pourquoi ? Parce que les conventions de contrôle technique sont les seules qui comportent systématiquement une clause de

<sup>214</sup> On enregistre une centaine d'actions quasi-délictuelles directes entre intervenants de 2003 à 2012, soit environ dix affaires par an, contre environ cinquante à soixante par an depuis 2014.

<sup>215</sup> CE, 11 octobre 2021, *Société coopérative métropolitaine d'entreprise générale*, n° 438872, Rec. 310.

<sup>216</sup> Voir par exemple : TA de Châlons-en-Champagne, 8 décembre 2020, *Sté Le Bâtiment associé*, n° 1802402.

limitation de responsabilité. En général, le plafond est fixé à deux fois le montant des honoraires.

Dans ce cas, le contrôleur technique pourra-t-il opposer à l'entreprise, à qui il a causé un préjudice, le plafond de responsabilité stipulé dans le contrat qui le lie au maître d'ouvrage public ? C'est la question qui va se poser.

Généralement, les partisans de cette thèse opposent l'argument d'équité suivant, que l'on retrouve en filigrane dans l'arrêt *Clamageran* : il serait injuste de ne pas permettre au contractant d'opposer au tiers ces limitations de responsabilité, puisque cela aboutirait en quelque sorte à conférer plus de droits au tiers qu'à l'acheteur.

Toutefois, cet argument est en réalité, à mon sens, un peu tronqué. Pourquoi ? Parce que la limitation de responsabilité a bien une contrepartie pour l'acheteur, et pour l'acheteur seul : c'est la contrepartie en termes de prix. Car sinon quel serait l'intérêt, à prestations techniques égales, d'un acheteur à consentir une clause limitative de responsabilité ? Il y trouve forcément un intérêt.

Donc, si l'on reprend l'exemple du contrôleur technique, la clause limitative de responsabilité est acceptée par l'acheteur public, le maître de l'ouvrage, mais ce dernier a une contrepartie : cette contrepartie, c'est le maintien des honoraires à un niveau relativement bas. Or cette contrepartie spécifique de l'acheteur ne concerne absolument pas le tiers. Donc, il est difficile de placer à mon sens sur un même rang l'équilibre du contrat pour l'acheteur, et l'équilibre du contrat pour le tiers.

De sorte que cet argument d'équité, qui aboutissait finalement à une sorte de débat aporétique, rendant d'une certaine manière irréconciliable les droits du tiers et les droits du contractant, peut être discuté. En tous cas, il me semble discutable.

Il reste un autre intérêt, qui lui est certain, c'est la sécurisation juridique du contractant et la possibilité pour ce dernier d'anticiper les éventuelles actions en responsabilité, le niveau d'engagement de la responsabilité et la possibilité de s'assurer. Cette problématique est importante et tout à fait légitime ; mais, pour reprendre la terminologie kantienne, l'on a plus affaire à un impératif hypothétique qu'à un impératif catégorique, ce qui ouvre la voie à des raisonnements plus casuistiques et peut-être plus contingents.

On en arrive au tout dernier point, qui est : de quoi parle-t-on précisément quand on parle de clause limitative de responsabilité ?

Ici, l'on peut suivre une approche quelque peu différente, qui est une approche en termes d'anthropologie contractuelle. Quels contrats comportent des clauses limitatives de responsabilité ? Y a-t-il beaucoup de contrats, en matière de travaux publics notamment, qui comportent des clauses limitatives de responsabilité ?

En réalité, il y en a vraiment très peu. Au total, bien que les clauses limitatives de responsabilité aient été jugées licites en 1998 par le Conseil d'État<sup>217</sup>, j'ai seulement

---

<sup>217</sup> Est admise la licéité des clauses qui sont simplement limitatives de responsabilité (CE, sect., 28 janvier 1998, *Société Borg Warner*, n° 138650, Rec. 20), au contraire des clauses totalement exonératoires de responsabilité que la loi prohibe pour les collectivités territoriales (article L. 2131-10 du CGCT issu de

recensé une centaine de jugements qui statuent sur des clauses limitatives de responsabilité sur un total de cinq millions depuis 1999. L'explication est simple : les marchés publics comportent généralement des pièces standardisées, qui sont les cahiers des clauses administratives ou des clauses techniques générales, et ces cahiers ne comportent pas de clauses limitatives de responsabilité.

Concrètement, où trouve-t-on des clauses limitatives de responsabilité ? Paradoxalement, dans les contrats qui lient les acheteurs publics aux plus grands opérateurs. On arrive à la conclusion, assez paradoxale mais finalement logique, que ces clauses bénéficient non pas à des petites entreprises comme on aurait pu le penser, mais presque toujours à des opérateurs de très grande taille qui utilisent en quelque sorte leur « pouvoir de marché » pour les imposer.

On trouve ainsi ce type de clause dans les marchés publics de travaux géants de la RATP et d'EDF. On les trouve également dans les conventions de contrôle technique, et l'on sait que les contrôleurs techniques sont de très grandes entreprises : vous avez Qualiconsult, l'Apave et Veritas qui sont de très grands opérateurs. Vous avez aussi les grands maîtres d'œuvre publics, par exemple, l'État ou les services techniques du département<sup>218</sup>, qui concluent fréquemment des contrats de louage d'ouvrage avec des collectivités territoriales. Il y a également souvent des clauses limitatives de responsabilité dans ce type de contrat.

Qu'en déduire ? Que le besoin de sécurisation des opérateurs qui bénéficient, dans l'univers des travaux publics, de clauses limitatives de responsabilité, n'est pas nécessairement d'une grande sensibilité. De sorte que l'intérêt d'une telle évolution jurisprudentielle, qui nous rapprocherait de la Cour de cassation, reste donc à documenter. Telle sera ma très prudente conclusion.

**Rémy Schwartz**

*Président adjoint de la section du contentieux du Conseil d'État,*  
**modérateur de la table ronde**

Merci M. le président. La parole est à la salle pour des questions ou une intervention sur les thèmes qui ont été abordés par nos intervenants.

---

l'article 16 de la loi de finances rectificative du 23 décembre 1972. Pour une application récente : CE, 17 avril 2025, *Commune de Mons*, n<sup>os</sup> 489542 et 489543, à mentionner aux tables).

<sup>218</sup> Si l'on analyse la centaine de jugements des juridictions administratives qui, depuis 2000, font application d'une clause limitative de responsabilité, on constate que ces clauses se trouvent en pratique dans trois types de contrats administratifs : les conventions d'assistance technique conclues entre collectivités publiques (par exemple, un contrat par lequel l'État ou le département met à la disposition d'une commune des services techniques pour assurer la maîtrise d'œuvre d'un projet) ; certains marchés publics d'importance stratégique, notamment d'infrastructure ferroviaire ou énergétique (marchés de la RATP, d'EDF, etc.) ; et, cas de loin le plus courant, les conventions conclues avec les bureaux de contrôle technique (Bureau Veritas, Qualiconsult, Apave, etc.) qui comprennent habituellement une clause limitant l'indemnité due par le contrôleur technique au titre de sa responsabilité contractuelle à deux fois le montant de ses honoraires.

## Échanges avec la salle

### **Intervention de M. Vincent Vigneau**

*Président de la chambre commerciale de la Cour de cassation.*

Je souhaiterais revenir sur l'arrêt *Clamageran* qui a fait couler beaucoup d'encre et a donné lieu à de nombreux avis très favorables.

Qu'est-ce que l'affaire *Clamageran* ? L'assemblée plénière de la Cour de cassation a, de façon prétorienne, affirmé par deux fois qu'un tiers au contrat peut invoquer sur le fondement de la responsabilité délictuelle une faute contractuelle, c'est-à-dire qu'on lui offre une option : soit il agit sur le terrain et démontre l'existence d'une faute délictuelle, soit l'on reconnaît qu'une faute contractuelle peut constituer une faute délictuelle. On lui reconnaît donc cette possibilité d'invoquer un manquement contractuel à un contrat auquel il n'est pas partie.

Cependant, un contrat est un tout. Une prestation contractuelle a été définie à l'issue d'une négociation en fonction d'un prix. Ce prix est la valeur de la prestation, mais peut aussi être déterminé en fonction des risques de responsabilité en cas d'inexécution. C'est la raison pour laquelle il y a de nombreuses clauses limitatives de responsabilité qui permettent de réduire ledit prix.

Prenons l'exemple du domaine des transports : tout le droit des transports est innervé par des clauses limitatives ou restrictives de responsabilité. S'il n'y avait pas ces clauses, le coût du transport de marchandises serait beaucoup plus élevé.

L'arrêt *Clamageran* laisse le choix au tiers qui a été victime du manquement contractuel, soit de démontrer l'existence d'une faute délictuelle générale : l'obligation de ne pas nuire à autrui, de ne pas commettre d'imprudance et faire preuve de diligence, soit d'invoquer un manquement contractuel.

Mais s'il invoque un manquement contractuel, il ne peut pas dépecer le contrat et extraire le manquement contractuel sans tenir compte du prix et ce qui fait partie du prix : les clauses limitatives de responsabilité. Cela était particulièrement topique dans l'affaire *Clamageran*, puisque vous aviez des clauses limitatives de responsabilité entre la société, la filiale et le déchargeur. Pour contourner ces clauses de responsabilité, c'est la maison mère qui a agi en se prévalant de sa qualité de tiers pour invoquer le manquement contractuel. Et nous, nous n'avons fait que répondre au moyen.

On oublie souvent que la Cour de cassation ne répond qu'au moyen qui était de dire : l'on peut opposer les clauses limitatives de responsabilité. Or c'est ce que nous avons dit, en ajoutant une petite motivation enrichie parce que, désormais, la Cour explique son raisonnement. Mais l'on voit bien qu'une solution inverse aurait abouti à encourager ces situations frauduleuses où l'on aurait créé artificiellement une chaîne de contrats pour pouvoir s'extraire des clauses limitatives de responsabilité.

C'est donc une solution inverse qui aurait créé une insécurité juridique considérable, parce qu'elle aurait signifié qu'à chaque fois qu'une partie contractait avec une autre en négociant un prix et en négociant des clauses limitatives de responsabilité, l'on pourrait avoir un tiers qui surgirait pour invoquer ce manquement contractuel sans qu'on puisse lui imposer ces clauses limitatives.

On aurait ainsi gravement porté atteinte à la sécurité juridique du contrat en brisant les prévisions des parties, ce qui aurait eu comme conséquences dans des contrats internationaux de les pousser à fuir la place de Paris où l'on pouvait détourner des clauses limitatives de responsabilité !

**Rémy Schwartz**

*Président adjoint de la section du contentieux du Conseil d'État,*  
**modérateur de la table ronde**

Merci M. le président. Si plus personne ne souhaite intervenir, je clôture notre séquence et la première table ronde, en remerciant encore très chaleureusement tous nos intervenants pour la précision de leurs propos et la pertinence de leurs analyses.

## **Table ronde 2 : L'attractivité du cadre juridique français**

La deuxième table ronde interroge l'attractivité du droit français des contrats, y compris de façon plus prospective, et les éventuels moyens d'en accroître encore le rayonnement.

Dans ce contexte, afin de continuer à garantir sa pleine efficacité, les questions liées notamment aux besoins d'évolutions et d'adaptation du droit français de l'arbitrage interne et international auront toute leur place dans les propos échangés au cours de cette séance.

### **Sommaire**

Biographie des intervenants .....	99
Actes de la table ronde 2 .....	103
Synthèse de la table ronde 2 .....	129



## Biographie des intervenants

*Les fonctions mentionnées sont celles exercées à la date du colloque.*

### **Modérateur**

#### **Vincent Vigneau**

*Président de la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation*

Vincent Vigneau est magistrat depuis 1990. Après six années passées comme juge en Normandie et en région parisienne, il rejoint en 1996 la cour d'appel de Versailles comme secrétaire général de la première présidence. En 2003, il est nommé conseiller référendaire à la Cour de cassation. Après avoir été affecté à la 2<sup>e</sup> chambre civile, il est appelé par le Premier président à son cabinet comme chargé de mission. En 2011, il est nommé Premier vice-président au tribunal de grande instance de Nanterre, avant de retourner à la Cour de cassation en 2015 en qualité de conseiller. Affecté à la 1<sup>re</sup> chambre civile, il en deviendra l'un des doyens en 2022. Depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2023, Vincent Vigneau préside la chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation en même temps qu'il est membre du conseil de résolution de l'ACPR et préside le conseil de discipline des juges des tribunaux de commerce. Il a par ailleurs été professeur associé à l'université de Versailles-Saint Quentin en Yvelines de 2001 à 2023. Il a publié plusieurs ouvrages juridiques notamment sur le droit du surendettement des particuliers, le droit de l'expertise et les procédures civiles d'exécution.

### **Intervenants**

#### **François Ancel**

*Conseiller à la 1<sup>re</sup> chambre civile de la Cour de cassation*

Titulaire d'un diplôme d'études approfondies (DEA, université de Paris II), François Ancel est magistrat. Il a exercé entre 1996 et 2005 les fonctions de juge d'instance (Lens) et de juge au tribunal de grande instance (Bobigny et Paris). Entre 2005 et 2015, il a été nommé au ministère de la justice, où il a occupé plusieurs postes, dont six ans à la tête de la sous-direction du droit civil (DACS). Il a contribué à l'élaboration de nombreux projets de loi et de décret en droit de la famille, droit des contrats, droit de la procédure et droit de la nationalité, en particulier sur les sujets de la réforme du droit de l'arbitrage et du droit des contrats et des obligations. En 2015, il est nommé président de l'une des sections de la 3<sup>e</sup> chambre civile du tribunal de grande instance de Paris (compétente en matière de propriété intellectuelle) puis, en 2018, président de la chambre commerciale internationale de la cour d'appel de Paris (CCIP-CA), nouvellement créée. Depuis septembre 2022, il est conseiller à la 1<sup>re</sup> chambre civile de la Cour de cassation et siège au Tribunal des conflits.

### **Olivier Japiot**

*Président de la 7<sup>e</sup> chambre de la section du contentieux du Conseil d'État*

Diplômé de l'École des Hautes études commerciales (HEC), titulaire d'une maîtrise en droit et ancien élève de l'École nationale d'administration (ENA), Olivier Japiot a débuté sa carrière au Conseil d'État en 1995. Il y a exercé les fonctions de rapporteur et d'assesseur. Depuis 2021, il préside la 7<sup>e</sup> chambre de la section du contentieux, spécialisée notamment dans les contentieux de la commande publique et de la fonction publique. Il a par ailleurs exercé plusieurs fonctions à l'extérieur du Conseil d'État : sous-préfet, secrétaire général de la préfecture de la Mayenne (1999-2002). Il a également été conseiller technique au cabinet du ministre de la culture et de la communication (2002-2003), puis directeur général adjoint de l'Opéra national de Paris (2003-2004), avant de rejoindre le cabinet du Premier ministre en qualité de conseiller pour la justice (2004-2005). Il a également exercé les fonctions de directeur général du Conseil supérieur de l'audiovisuel (2007-2012). Il a participé à la rédaction de plusieurs rapports sur les sujets numériques : *Internet et les réseaux numériques* (Conseil d'État, 1998), *L'administration et les nouvelles technologies de l'information et de la communication* [sous la direction de Bruno Lasserre] (Commissariat général du Plan, 1999), *Les enjeux de l'impression en 3D* (ministère de la culture – CSPLA, 2016) et *Évolution de la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard* (Inspection générale des finances, 2018). Il a été maître de conférences à l'Institut d'études politiques de Paris, et il a présidé le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (CSPLA, 2018-2024). Il est aussi le référent-déontologue de la Commission nationale informatique et liberté (depuis 2021) et de l'Autorité nationale des jeux (depuis 2022).

### **Marielle Jéhannin**

*Avocate au Conseil d'État et à la Cour de cassation*

Marielle Jéhannin est diplômée de l'université Paris II, où elle a suivi un DEA en justice et droit du procès (1999), après une maîtrise en droit privé, mention carrières judiciaires (1998). Elle est également titulaire d'une licence en droit de l'université Rennes I. Forte d'un engagement actif dans la profession, elle est membre du Conseil de l'ordre des avocats aux Conseils (mandat 2023-2025), ainsi que du Conseil national de l'aide juridique (2016-2022). Elle a également siégé au bureau d'aide juridictionnelle de la Cour de cassation en matière pénale de 2013 à 2019. Elle contribue également au Comité stratégique avocats de Lefebvre Dalloz. Auteure de plusieurs publications juridiques, Marielle Jéhannin s'est notamment penchée sur les procédures civiles et le droit du travail, avec des analyses publiées dans des revues de référence telles que *La Semaine Juridique* ou *Dalloz*. Elle participe par ailleurs à des colloques universitaires, comme les Rencontres de procédure civile, où elle est intervenue sur les garanties du procès équitable en matière gracieuse. Elle est membre de la Société de législation comparée.

***Rapporteur*****Gilles Pellissier**

*Assesseur à la 7<sup>e</sup> chambre de la section du contentieux du Conseil d'État*

Gilles Pellissier est conseiller d'État, assesseur à la 7<sup>e</sup> chambre de la section du contentieux depuis 2020. Titulaire d'un doctorat de droit public de l'université Paris I Panthéon-Sorbonne (1995), il a intégré la juridiction administrative en 1997 comme conseiller de tribunal administratif et de cour administrative d'appel, où il a successivement exercé les fonctions de rapporteur public au tribunal administratif de Lille, puis, après une mobilité de deux ans (2002-2003) de chef de bureau de l'archéologie préventive au ministère de la culture, à la cour administrative d'appel de Versailles. Nommé maître des requêtes au Conseil d'État en 2008, il a exercé les fonctions de rapporteur public près la section du contentieux (7<sup>e</sup> chambre) de 2012 à 2020. Gilles Pellissier est également professeur associé à l'université de Tours.



## Actes - L'attractivité du cadre juridique français

**Vincent Vigneau**

*Président de la chambre commerciale, financière  
et économique de la Cour de cassation,  
modérateur de la table ronde*

La deuxième table ronde de nos regards croisés est consacrée à l'attractivité du cadre juridique français des contrats. Il s'agit d'un sujet essentiel qui se situe au carrefour des enjeux juridiques, économiques et internationaux de notre époque.

L'attractivité d'un droit, quel qu'il soit, désigne l'ensemble des éléments qui rendent le système juridique qui le porte séduisant pour les acteurs économiques, juridiques et internationaux, et repose sur plusieurs facteurs tels que la sécurité juridique et la prévisibilité. À cet égard, il est bon de rappeler que le droit français offre un cadre structuré et prévisible garantissant la stabilité des règles pour les entreprises et les citoyens, notamment à travers la qualité de ses institutions. On notera en particulier le niveau de formation de ses membres, leur déontologie, leur indépendance et leur impartialité, c'est-à-dire tout ce qui exerce une influence sur les autres systèmes juridiques.

En somme, l'attractivité d'un droit, et conséquemment d'un État, repose sur sa viabilité, son influence et sa capacité à offrir des solutions adaptées aux enjeux contemporains.

Mais l'attractivité du droit français des contrats est-elle une évidence ? Il y a vingt ans, peut-être n'aurions-nous pas envisagé de consacrer un débat entier à cette question. Pourtant, elle s'impose aujourd'hui comme un enjeu crucial. Nous avons, nous, juristes français, longtemps considéré que le droit français, porté par une tradition riche, une rigueur reconnue et une grande capacité d'innovation incarnait les valeurs de justice, d'équité et de protection des droits fondamentaux qui, au cœur de la République, possédait en soi les qualités lui permettant de rayonner bien au-delà de nos frontières.

Toutefois, si le juriste apprécie toujours d'être le dépositaire d'un héritage prestigieux, il s'est longtemps peu préoccupé des bénéfices concrets qu'un droit envié par ses voisins pouvait offrir à son pays. Bref, pendant des années, nous avons pensé que le droit et les principes dégagés par Newton<sup>219</sup> évoluaient dans des sphères totalement distinctes.

Pourtant, dans un monde juridiquement concurrentiel, marqué par la mondialisation et l'émergence de nouveaux systèmes juridiques, il est devenu nécessaire de s'interroger sur l'attractivité de notre droit, notamment notre droit des contrats, de renforcer cette attractivité et de l'adapter aux défis contemporains.

Un moment décisif de cette prise de conscience fut, comme cela a été souligné, la publication il y a vingt ans du rapport *Doing business* 2005 de la Banque mondiale qui classait la France au 44<sup>e</sup> rang (sur 155 pays) en matière de facilité à faire des affaires derrière des pays comme... la Jamaïque, le Botswana, les îles Tonga, ou la Namibie.

---

<sup>219</sup> Isaac Newton (1642-1727), mathématicien, physicien, philosophe, alchimiste, astronome et théologien anglais.

Ce classement fut interprété par beaucoup comme une remise en cause du droit latin (la « *Civil Law* ») au bénéfice de la législation anglo-saxonne (la « *Common Law* »)<sup>220</sup>. Ce débat a mis en lumière l'urgence de mieux valoriser notre modèle juridique, de prouver qu'il constitue un atout économique plutôt qu'un obstacle, et qu'il peut inspirer confiance aux investisseurs, aux entreprises et aux professionnels du droit à l'échelle mondiale.

Le droit français des contrats est en effet un instrument essentiel. Sa plasticité et sa clarté lui permettent d'évoluer face aux défis contemporains (transition numérique, lutte contre le changement climatique, régulation des nouvelles technologies, etc.).

Pour prolonger l'expression de Mme Fauvarque-Cosson, je dirais qu'il est plus facile de se retrouver dans un « jardin à la française » que de naviguer dans un parc à l'anglaise.

Notre droit porte des valeurs fondamentales (sécurité juridique, équilibre contractuel, respect des droits fondamentaux), et constitue donc un atout majeur pour les investisseurs qui souhaitent s'implanter en France, mais aussi pour les entreprises françaises qui préfèrent soumettre leurs contrats au droit français, plutôt qu'à un droit étranger, et choisir Paris comme place de droit, que ce soit pour y être jugées ou pour y arbitrer leurs litiges.

Il me revient que, lors d'un forum franco-allemand organisé à Berlin en novembre 2016 par la Fondation pour le droit continental, l'un des orateurs expliquait que les lois les plus souvent choisies par les parties, dans les contrats internationaux, étaient dans l'ordre : le droit anglais en raison de sa stabilité et de sa prévisibilité ; le droit de l'État de New York, en particulier lorsque l'une des parties est basée aux États-Unis ; le droit de la Suisse, souvent choisie pour des contrats impliquant des parties européennes, en raison de sa neutralité et de la stabilité de cet État ; et le droit français, notamment en Europe et en Afrique francophone, en raison de son influence historique et de sa clarté.

J'ai entendu récemment, lors d'un colloque au tribunal des activités économiques de Paris, une avocate d'un grand cabinet international expliquer que, dans ces mêmes contrats où l'on choisissait le droit anglais comme loi des parties, il n'était pas rare que les parties réservent souvent l'application du droit français pour l'article 1592 du code civil, mécanisme spécifique de notre code civil qui permet la fixation du prix de vente par un tiers évaluateur en raison de sa rapidité et de l'efficacité de ce mécanisme<sup>221</sup>.

Pour illustrer l'attractivité du droit français par rapport à d'autres droits, on notera que le droit allemand, qui appartient à l'un des plus grands pays exportateurs au monde, n'est choisi qu'en cinquième position, et essentiellement lorsque les parties sont allemandes.

---

<sup>220</sup> Voir : *Les Échos*, « Polémique sur le rapport *Doing Business* de la Banque mondiale », 13 septembre 2005 (sur Internet : <https://www.lesechos.fr/2005/09/polemique-sur-le-rapport-doing-business-de-la-banque-mondiale-616516>).

<sup>221</sup> « [le prix de la vente] peut cependant être laissé à l'estimation d'un tiers ; si le tiers ne veut ou ne peut faire l'estimation, il n'y a point de vente, sauf estimation par un autre tiers. » (De la nature et de la forme de la vente, article 1592 du code civil).

Un autre exemple marquant illustre cette dynamique de notre droit national : l'arrêt *Belokon*<sup>222</sup>, rendu le 23 mars 2022 par la Cour de cassation, qui a renforcé le contrôle du juge étatique sur la sentence arbitrale en posant le principe selon lequel le juge de l'annulation doit vérifier si l'exécution de cette sentence risque d'entraver la lutte contre le blanchiment, tout en précisant qu'une telle recherche, menée pour la défense de l'ordre public international, n'était pas limitée aux éléments de preuve produits devant les arbitres saisis du litige.

Dans un arrêt ultérieur du 7 septembre 2022<sup>223</sup>, la Cour a étendu ce raisonnement à une sentence arbitrale homologuant une transaction obtenue par corruption. Ces décisions ont renforcé la position de la France comme place de droit incontournable. Elle démontre que notre système juridique est capable d'allier rigueur et adaptation aux enjeux mondiaux, un avantage majeur face à la concurrence internationale. L'on peut en effet imaginer que des États signant des traités d'investissement, ou des multinationales insérant des clauses compromissaires dans leur contrat, préféreront choisir une place d'arbitrage où ces objectifs de lutte contre la corruption ou le blanchiment ne seront pas contrariés.

Le législateur français s'est également emparé de cette préoccupation : de nombreuses réformes ont été mises en œuvre, afin d'améliorer l'environnement des affaires, renforcer la compétitivité de notre économie et attirer des talents et des investissements étrangers.

Parmi ces évolutions, j'en citerai deux : l'ordonnance du 10 février 2016 qui a modernisé le droit des obligations<sup>224</sup> ; et la loi « PACTE » du 22 mai 2019 qui vise à soutenir la croissance et la transformation des entreprises<sup>225</sup>.

Comment pouvons-nous encore accroître l'activité de notre droit français des contrats ? Comment mieux le promouvoir à l'international ? Comment en faire un moteur de notre compétitivité économique et culturelle ? Ce sont là quelques-unes des questions que nous allons aborder durant cette table ronde. Nous nous interrogerons sur la manière dont le droit français, y compris les règles issues du droit de l'Union européenne, peut influencer son attractivité et sur les leviers à actionner pour les renforcer.

Pour ce faire, j'ai le plaisir et l'honneur d'être entouré de M. François Ancel, conseiller à la 1<sup>re</sup> chambre civile de la Cour de cassation, qui évoquera l'attractivité juridictionnelle du système judiciaire français ; de Mme Marielle Jéhannin, avocate au Conseil d'État et à la Cour de cassation, qui analysera les règles d'indemnisation des préjudices en droit français, et de M. Olivier Japiot, conseiller d'État, président de la 7<sup>e</sup> chambre de la section du contentieux, qui traitera de l'attractivité du cadre juridique français en matière d'arbitrage dans les litiges soumis au droit public ainsi

---

<sup>222</sup> Ccass, 23 mars 2022, *Belokon v. Kirgystan*, pourvoi n° 17-17.981.

<sup>223</sup> Ccass, 7 septembre 2022, pourvoi n° 21-86.282.

<sup>224</sup> Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

<sup>225</sup> Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, dite loi « PACTE ».

que des risques du *forum shopping*<sup>226</sup> en particulier après l'arrêt *Inkreal* de la Cour de justice de l'Union européenne du 8 février 2024<sup>227</sup>. Enfin, nous concluons cette table ronde avec les observations de M. Gilles Pellissier, assesseur à la 7<sup>e</sup> chambre de la section du contentieux du Conseil d'État.

Les échanges de cette séance poseront les bases d'une réflexion essentielle : comment faire du droit français un levier encore plus puissant sur la scène internationale ? Chers amis, chers collègues, je vous invite à débattre, à proposer et à imaginer ensemble les solutions de demain. M. Ancel, vous avez la parole.

**François Ancel**

*Conseiller à la 1<sup>re</sup> chambre civile de la Cour de cassation*

### L'attractivité juridictionnelle

L'organisation d'une table ronde consacrée à « l'attractivité du cadre juridique français » dans un colloque intitulé « le juge et le contrat » conduit naturellement à s'interroger sur l'attractivité, non plus seulement de la norme, mais de celui qui l'applique, l'interprète, à savoir le juge.

Comment rendre attractifs les juges (sans passer par le vedettariat...) et peut-être mieux encore nos juridictions ou notre cadre institutionnel ?

Avant de répondre à cette question, on pourrait d'abord se demander s'il y a un intérêt pour un État à promouvoir l'attractivité de son système juridictionnel ?

L'attractivité juridictionnelle, pourquoi faire ? (1) Et comment faire (2) ?

#### **1. L'attractivité juridictionnelle, pour quoi faire ?**

##### *1.1. Les réserves légitimes*

Décider de recourir à la notion d'attractivité à propos des juridictions pourrait paraître à la fois paradoxal et dangereux.

Paradoxal de la part des pouvoirs publics, alors que les juridictions font plutôt face à un surplus de dossiers et que l'on ne cesse de dénoncer le manque de moyens de la justice pour faire face, dans des délais raisonnables, à ses missions. Est-il dans ces conditions ne serait-ce que raisonnable pour les pouvoirs publics de vouloir renforcer cette attirance vers le juge ?

Dangereux de la part du juge. Nous savons que le choix d'une juridiction ne se fait pas qu'en fonction de critères purement désintéressés et/ou vertueux, et que parmi les critères d'attractivité figure aussi la jurisprudence d'une juridiction, par exemple, celle d'être en capacité d'accorder des dommages et intérêts permettant de réellement réparer les préjudices subis ou des indemnités de procédures qui permettent de couvrir tous les frais exposés par la partie gagnante.

<sup>226</sup> Pratique par laquelle une partie d'un litige cherche à saisir la juridiction la plus susceptible de lui donner raison.

<sup>227</sup> CJUE, 8 février 2024, *Inkreal s.r.o. c/ Dúha reality s.r.o.*, aff. C-566/22.

À supposer que le juge ne doit pas se désintéresser d'attractivité, encore faut-il être vigilant pour que le critère de l'attractivité n'imprègne pas le cœur même de l'acte juridictionnel, à savoir la décision de justice. Ce n'est pas au nom de l'attractivité qu'il faudra accorder des dommages et intérêts élevés, mais en fonction des considérations du litige, des preuves rapportées du préjudice subi et non pour satisfaire à des enjeux d'attractivité<sup>228</sup>.

Ceci explique sans doute les réserves que la notion d'attractivité suscite auprès de la doctrine, qui place l'attractivité au rang des « obsessions contemporaines », du « miroir aux alouettes » ou des « chimères »<sup>229</sup>.

Cette réserve est compréhensible de la part du juriste, davantage formé à évaluer « l'efficacité du droit » que son attractivité, c'est-à-dire de sa faculté à « attirer » les regards, les acteurs du monde économique et donc finalement les investisseurs ; ce d'autant que cette attirance dépend souvent de critères qui ne relèvent pas de sa sphère de compétence et qui lui paraissent difficilement quantifiables ou rationnels.

Cette réserve est aussi compréhensible lorsque l'on comprend que derrière cette notion d'attractivité se cache celle, encore plus suspecte pour le juriste, de « compétitivité ». On s'éloigne encore davantage du monde du droit pour entrer dans celui de l'économie.

Pourtant, si l'on regarde vers le passé, la quête actuelle d'attractivité n'est peut-être pas si éloignée du mouvement qui a magnifié l'influence du code civil de 1804, dont on a pu dire que son exportation avait été un « *phénomène majeur de l'histoire juridique universelle* »<sup>230</sup> ou que « *pareille expansion des lois d'un peuple n'a[vait] eu d'égale que la diffusion des lois romaines* »<sup>231</sup>.

Le parallélisme a sans doute ses limites. Non pas tant parce que l'attractivité du droit s'adresse plutôt aux sujets de droit (acteurs économiques pour le droit des contrats) tandis que le rayonnement ou l'influence du droit s'adresserait plutôt aux législateurs étrangers ou supranationaux<sup>232</sup>, mais parce que s'agissant du code civil, le processus d'adhésion au droit français ne s'est pas fait à l'époque par pure et simple adhésion au modèle français, mais aussi sous l'impulsion des campagnes (militaires) de Napoléon

---

<sup>228</sup> Le débat ici porte davantage sur l'office du juge et les enjeux économiques et sur la combinaison entre cet enjeu économique et le principe d'impartialité. Sur ces points, on pourra se reporter à l'intervention de Mme Frison-Roche dans le cadre d'un cycle de conférences consacré, à la Cour de cassation, en 2020, à l'office du juge. Elle met en lumière les attentes d'une « place », qualifiée de « justiciable systémique », et conteste l'affirmation selon laquelle il existerait une contradiction entre l'impératif d'attractivité et la distance que le juge doit conserver, contestant aussi l'idée selon laquelle l'impartialité serait affaiblie par la nécessité pour une place « d'internaliser » le juge. Mme Frison-Roche considère, au contraire, qu'une « place » a besoin d'un juge qui soit à la fois « singulier », c'est-à-dire avec une personnalité, un visage, des opinions, et en distance pour que sa décision ne la surprenne pas, les deux devant aller de pair (cf. Conférences [Cour de cassation] : office du juge, enjeux économiques et impartialité, François Ancel, D. 2021. 24).

<sup>229</sup> Voir : L. Usunier, « L'attractivité internationale du droit français au lendemain de la réforme du droit des contrats, ou le législateur français à la poursuite d'une chimères », in *RTD Civ.*, 2017, p. 343.

<sup>230</sup> M. Grimaldi, in *Pouvoirs*, n° 107, novembre 2003, pp.80-96.

<sup>231</sup> L.-Ed. Beaulieu, *Le Droit civil français*. Livre-souvenir des « Journées du droit civil français » (Montréal, 31 août-2 septembre 1934), éd. Sirey et Le Barreau de Montréal, 1936, Introduction, p. 3.

<sup>232</sup> Quel législateur pourrait avoir pour objectif de faire des lois qui ne répondraient pas aux besoins des sujets de droit, et en l'occurrence des acteurs économiques ?

en Europe... (Espagne, Portugal, Belgique, Pays-Bas et, par extension, dans leurs colonies respectives).

### 1.2. Le dépassement des réserves

L'attractivité procède à cet égard d'un processus différent, et c'est heureux : il ne s'agit plus d'imposer le droit français à d'autres, mais d'attirer les autres vers le droit et le système français.

Cette notion est d'ailleurs reprise, non plus seulement dans la communication par le Gouvernement, mais désormais par le législateur, comme en témoigne la loi n° 2024-537 du 13 juin 2024 visant « à accroître le financement des entreprises et l'attractivité de la France » et dans laquelle figure notamment la compétence exclusive – au sein de l'ordre judiciaire – reconnue à la chambre commerciale internationale de la cour d'appel de Paris en matière de contrôle des sentences arbitrales internationales<sup>233</sup>.

Le terme d'« influence » n'est pour autant pas abandonné, puisqu'il a été repris par le ministère de l'Europe et des affaires étrangères qui a présenté, en 2023, conjointement avec le ministère de la justice, la première « stratégie française d'influence par le droit » qui vise à faire du droit l'une des priorités d'action de la diplomatie française<sup>234</sup>.

Ainsi, l'attractivité devient l'instrument de l'influence...

L'objectif n° 3 de cette stratégie a pour objet de « renforcer l'attractivité juridique française » et de promouvoir, « dans un contexte de concurrence des droits et des places juridiques », l'attractivité de la France et de sa capitale.

Sont mentionnées les chambres commerciales internationales du tribunal de commerce de Paris et de la cour d'appel de Paris comme « offrant un système juridictionnel attractif adapté aux litiges commerciaux internationaux »<sup>235</sup>.

<sup>233</sup> Article 25 insérant un article L. 311-16-1 dans le code de l'organisation judiciaire qui dispose : « La cour d'appel de Paris, qui comprend une chambre commerciale internationale, connaît : 1° Des recours en annulation des sentences rendues en matière d'arbitrage international, dans les cas et les conditions prévus par le code de procédure civile ; 2° Des recours contre une décision qui statue sur une demande de reconnaissance ou d'exequatur d'une sentence rendue en matière d'arbitrage international, dans les cas et les conditions prévus par le même code ».

<sup>234</sup> Elle se décline en sept objectifs : Objectif 1 : Renforcer la dimension internationale dans la formation des juristes et professionnels du droit en s'appuyant sur les universités, notamment les départements et centres de recherche en droit comparé et en droit international, et sur les écoles de formation relevant du ministère de la justice, notamment l'École nationale de la magistrature, ou de celles relevant des professions judiciaires, comme les écoles de formation du barreau. Objectif 2 : Renforcer la présence française dans les organisations internationales et soutenir les organisations à forte portée normative pour promouvoir l'influence du droit continental dans les lieux d'élaboration et l'exercice des normes. Objectif 4 : Accroître le poids du droit continental dans les normes internationales et régionales. Objectif 5 : Renforcer la coopération juridique et judiciaire. Objectif 6 : Diffuser les conceptions juridiques françaises pour favoriser son accès par le plus grand nombre, en diffusant les textes et les principes qui les sous-tendent, la jurisprudence ainsi que les travaux de recherche ou de doctrine sur le droit international (par un travail de traduction plus systématique des textes juridiques français (en anglais notamment) et de pédagogie). Objectif 7 : Incarner et consolider l'équipe France par la formalisation d'instances de dialogue associant tous les acteurs, tels que le comité de pilotage de la plateforme des acteurs français de la coopération juridique et judiciaire à l'international et le comité opérationnel justice d'Expertise France, pour promouvoir le modèle juridique français.

<sup>235</sup> La création de ces chambres, en 2018, s'est faite dans un contexte international qui a amené plusieurs autres États, notamment européens (Allemagne, Belgique, Pays-Bas) à créer des juridictions ou des chambres commerciales internationales, notamment la *Netherlands Commercial Court* (NCC) et la

En outre, il mentionné que la place de Paris constitue l'une des premières places internationales de l'arbitrage avec le siège de la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale (CCI).

Cet objectif n° 3 nous rappelle qu'un effort concentré sur les seules qualités de la loi applicable, si important soit-il, n'est cependant pas suffisant<sup>236</sup>. Chacun sait que le bénéfice d'un droit n'est pas grand-chose si l'action en justice pour le faire reconnaître ou faire sanctionner sa violation, n'est pas elle aussi effective<sup>237</sup>.

### 1.3. Les raisons positives d'une recherche d'attractivité

Il faut donc élargir la réflexion et ne pas simplement se concentrer sur le droit substantiel, mais aussi envisager son environnement institutionnel.

C'est particulièrement vrai pour les litiges internationaux, notamment ceux qui mettent en jeu les intérêts du commerce international, pour lesquels les parties ont cette liberté de pouvoir choisir, outre la loi applicable à leur contrat, le *forum* (juridiction ou arbitre) qui sera amené à trancher leurs éventuels différends.

Cette dernière liberté a conduit les États à prendre conscience de la nécessité d'envisager l'attractivité d'un système juridique, non pas à la seule lumière de l'attractivité de sa norme, mais aussi à celle de son système de justice.

En France, cette réflexion a été menée par M. Guy Canivet, ancien Premier président de la Cour de cassation qui, sous l'égide du Haut Comité juridique de la place financière de Paris, a remis le 3 mai 2017 un rapport au ministre de la justice contenant des préconisations sur la mise en place à Paris de chambres internationales spécialisées<sup>238</sup>.

Trois raisons peuvent être avancées pour promouvoir l'attractivité d'un système juridictionnel français.

- **Des raisons économiques.** Le secteur juridique a été évalué dans le cadre de la stratégie d'influence par le droit en France à 1,8 % du PIB, soit environ 52 milliards d'euros. C'est un secteur qui constitue donc en tant que tel un outil mobilisable au

---

*Netherlands Commercial Court of Appeal* (NCCA) aux Pays-Bas, en 2019. Ce mouvement est fort et les juridictions elles-mêmes en ont pris conscience et s'organisent pour encourager un meilleur dialogue, afin de leur permettre de partager leurs expériences et de dégager les bonnes pratiques pour résoudre les litiges du commerce international en puisant tant dans les systèmes de *civil law* que dans les systèmes de *common law*. Tel est précisément l'objet du *Standing International Forum of Commercial Courts* (SiFoCC) mis en place à l'initiative des juges de la Cour commerciale de Londres, qui regroupe des représentants des juridictions commerciales du monde entier (Afrique, Asie, Australie, Europe, Moyen Orient, Amérique du Nord), et dont la cour d'appel de Paris et le tribunal de commerce de Paris sont membres.

<sup>236</sup> Outre que le droit appliqué par les juridictions françaises ne se réduit pas au droit français (cf. H. Bouthinon-Dumas et B. Deffains, « La place juridique de Paris : un écosystème dynamique dans la concurrence internationale » in *Le droit comme facteur d'attractivité*, éd. Larcier, 2022, p. 32 et suiv., qui invite à s'intéresser aux pratiques *offshore*).

<sup>237</sup> Ainsi que l'ont écrit des auteurs, « le droit ne renvoie pas seulement à un corps de règles, mais aussi à des pratiques qui sont le fait d'institutions et de professionnels » (H. Bouthinon-Dumas et B. Deffains, « La place juridique de Paris : un écosystème dynamique dans la concurrence internationale », préc., p. 32).

<sup>238</sup> Il s'agissait selon la lettre de mission qui avait été confiée au HCJP de pouvoir : disposer « *de formation de jugement aptes à connaître de contentieux techniques, à appliquer des règles de droit étranger et à conduire les procédures dans les conditions notamment linguistiques les plus efficaces dans le but de permettre en cas de litige aux opérateurs économiques de s'adresser en France à des juridictions capables de juger aisément dans le droit qu'elles auraient choisi et dans la langue de leurs relations d'affaires* ».

profit du développement économique de la France. Ce point est expressément rappelé par l'objectif n° 3 de la stratégie d'influence qui précise que « *renforcer cette attractivité est un moyen d'améliorer la perception de la France auprès des entreprises et des professions juridiques dans le cadre de leurs choix du régime juridique applicable à leurs activités. Une meilleure communication quant aux avantages du régime juridique français permettrait ainsi de favoriser les intérêts économiques de la France* ».

- **Des enjeux de souveraineté.** La valorisation économique du secteur n'est pas la seule raison. Des enjeux de souveraineté justifient aussi de s'y intéresser. Ils reposent sur le constat qu'un État quel qu'il soit ne peut pas se satisfaire de laisser des contentieux, notamment économiques, au surplus lorsqu'ils impliquent ses propres ressortissants, être systématiquement portés devant des juridictions étrangères.

Il ne s'agit pas ici de porter un regard suspicieux envers ces juridictions, ni de contester leur légitimité ou leur compétence. En ce domaine, les classements incitent à une certaine modestie, puisqu'ils consacrent souvent Londres comme étant le centre de résolution des litiges internationaux le plus attractif. La question se situe en amont : il s'agit de considérer qu'il n'est pas acceptable que, parce qu'aucune offre de justice adaptée n'existe en France, les acteurs économiques soient conduits à opter pour un système judiciaire étranger et/ou ne puissent imposer, voire même discuter, dans le cadre de la négociation des clauses attributives de juridiction désignant une juridiction française.

Cette préoccupation doit être d'autant plus prise en compte après la décision de la CJUE du 8 février 2024 (aff. C-566/22, *Inkreal s.r.o. c/ Dúha reality s.r.o.*) qui a considéré que deux parties domiciliées dans un même État membre étaient autorisées, dans le cadre du règlement Bruxelles I bis, à choisir de confier la résolution de leur différend à un tribunal d'un autre État membre, et ce même si tous les autres éléments de la situation se concentrent dans l'État où elles sont domiciliées.

Comme l'a écrit un auteur, les juridictions des États membres de l'Union deviennent « fongibles », et l'espace judiciaire européen conçu davantage comme un ordre interne qu'un ordre international<sup>239</sup>. À cet égard, la stratégie française par l'influence du droit tend à montrer une prise de conscience des pouvoirs publics. Le droit est élevé au rang des instruments diplomatiques de premier plan. Il n'est pas seulement un outil mis au service d'une diplomatie politique (que l'on utilise pour traduire juridiquement le fruit d'une négociation), il est aussi en lui-même un facteur d'influence en ce sens qu'il véhicule une certaine conception française de la justice fondée sur des valeurs.

- **L'affirmation de valeurs.** L'affirmation de ces valeurs, notamment celle d'une justice fondée sur le procès équitable, l'indépendance et l'impartialité des juges, est précisément la troisième raison qui justifie la promotion de l'attractivité d'un système juridique et juridictionnel.

C'est d'ailleurs peut-être, alors que d'autres modèles peu regardant sur l'État de droit tentent de s'imposer, l'une des raisons les plus fortes qui doit nous pousser à promouvoir encore et toujours notre système juridique et judiciaire.

---

<sup>239</sup> F. Marchadier, « L'internationalité en question. Quel droit, national, européen, international, applicable aux clauses d'élection de for ? », in *RTDC*, 2024, p. 361.

D'ailleurs, faut-il le rappeler, l'attractivité, même promue au nom de l'efficacité économique, n'est pas incompatible avec le respect des droits fondamentaux, pourtant peu enclins à s'inscrire dans une logique de rentabilité : les principes posés par l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme (accès au tribunal, délais raisonnables) ont aussi pour conséquence d'inciter les États à mettre en œuvre les moyens pour améliorer leur offre de justice, et cela passe par une recherche de « qualité du service judiciaire », laquelle comprend nécessairement de répondre à des exigences d'indépendance, de neutralité et d'impartialité du juge.

Il est donc possible d'envisager l'attractivité, appliquée à l'analyse d'un système juridique, de telle manière qu'elle en devienne acceptable. Elle n'est alors plus seulement guidée par la seule recherche de l'efficacité économique. Elle véhicule aussi des valeurs. Attractivité oui, mais pas à n'importe quel prix.

Il y a de ce point de vue peut-être une différence de conception avec le système de *Common Law* pour lequel le droit est surtout conçu comme un moyen (un instrument) et non une fin. C'est d'ailleurs l'angle choisi par la Banque mondiale pour l'élaboration de son rapport *Doing Business* consistant à mesurer comment le droit peut être au service de l'économie.

Dans un système de *Civil Law*, le respect du droit est une fin en soi, parce que c'est le système juridique et juridictionnel qui doit être lui-même vertueux<sup>240</sup>.

Reste à savoir comment faire ?

## 2. L'attractivité, comment faire ?

Comme rendre attirant le système judiciaire français ?

Les choses ne sont pas si simples, car il faut admettre que les raisons qui vont pousser tel ou tel acteur à choisir le système français peut reposer sur des données difficilement quantifiables, ou mêmes rationnelles où la part du « ressenti » est sans doute très importante.

Plutôt que de contester la pertinence d'un tel critère, avec ce qu'il comprend d'impondérable, il est peut-être préférable de prendre pour acquis son incidence majeure sur le choix fait par les justiciables et tenter d'agir sur ce ressenti.

À cet égard, c'est sans doute la sécurité juridique, c'est-à-dire selon les propos de J.-M. Sauvé « *la dose de juridique que la société peut supporter sans étouffer* »<sup>241</sup>, qui

<sup>240</sup> C'est le choix qui avait été retenu par la Fondation pour le droit continental et son Index pour la sécurité juridique. Voir note n° 22 p. 9 : « *C'est un but en soi du système juridique que l'on retrouve dans les conceptions française et allemande de type civiliste, mais beaucoup moins dans la conception du droit dans le système de Common Law où le droit est conceptualisé davantage comme un moyen que comme une fin. Le droit est au service de l'économie par exemple et assez logiquement un classement type Doing Business va mesurer l'apport du droit à l'économie. Dans l'approche civiliste et avec un caractère extrême dans les travaux Capitant en réaction à Doing Business, le système de droit est vertueux en lui-même et c'est la qualité de ce système de droit qui est mesurée par l'Index de la sécurité juridique créé pour la Fondation de droit continental. Voir Association Henri Capitant des Amis de La Culture Juridique française, Les Droits de Tradition Civiliste en Question : À Propos des Rapports Doing Business de la Banque Mondiale, Société de Législation Comparée, 2006* ».

<sup>241</sup> Ouvrant le colloque *Entreprise et sécurité juridique*, le 21 novembre 2014, J.-M. Sauvé, vice-président du Conseil d'État, citait le doyen Vedel : « *L'État de droit n'est que (...) la dose de juridique que la société peut*

constitue le principal facteur agissant sur ce ressenti, car la sécurité juridique emporte des exigences à la fois de lisibilité d'un système et de prévisibilité<sup>242</sup>.

Ces qualités sont celles que l'on attend d'un droit<sup>243</sup>. Elles sont aussi attendues d'un système juridictionnel et pourraient contribuer à façonner le « ressenti » des justiciables (dans l'attente d'une chaîne d'information continue sur le droit et la justice...).

*2.1. La lisibilité du système renvoie plus particulièrement à des facteurs liés à l'organisation de la justice en France et à la question de son adaptation aux besoins des acteurs économiques et sociaux*

Peuvent être évoqués sur ce point le dualisme juridictionnel, mais aussi et surtout, au sein de l'organisation judiciaire, l'offre de justice proposée.

- S'agissant du **dualisme juridictionnel**, il y a un point qui est régulièrement avancé comme préjudiciable à l'attractivité du système français. Celui qui conduit à confier à deux ordres juridictionnels distincts le contrôle de certaines sentences arbitrales internationales<sup>244</sup>.

Pas moins de trois rapports ont été remis au ministère de la justice pour regretter, dès 2011, avec le rapport dit « Prada », le « *brouillage relatif de notre droit de l'arbitrage international (...)* » et relever que « *vu de l'étranger, notamment des opérateurs économiques, [cette répartition de compétence] ne peut éliminer un sentiment de complexité et d'incertitude peu propice à la lisibilité du droit français de l'arbitrage et*

---

*supporter sans étouffer* », G. Vedel, Actes du colloque *L'État de droit au quotidien*, p. 65, cité par D. Labetoulle, *Principe de légalité et principe de sécurité, Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, éd. Dalloz, 1996, p. 403. Le discours de J.-M. Sauvé est disponible sur le site internet du Conseil d'État.

<sup>242</sup> Voir G. Herzog, « L'ambivalence du principe de sécurité juridique », in *RFDA*, 2023, p. 127 ; G. Eveillard, « Sécurité juridique - La sécurité juridique, un principe qui nous gagne ? », in *Droit Administratif*, n° 10, octobre 2023, p. 9 ; B. Mathieu, « Réflexions en guise de conclusion sur le principe de sécurité juridique », in *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 11 (dossier : le principe de sécurité juridique), décembre 2001, dossier consacré à la sécurité juridique par les *Cahiers du Conseil constitutionnel* (Titre VII, n° 5, octobre 2020) ; A.-L. Cassard-Valembos, « L'exigence de sécurité juridique et l'ordre juridique français : « je t'aime, moi non plus... » », Titre VII, n° 5, octobre 2020.

<sup>243</sup> C'est aussi admettre que la notion de compétitivité des droits ne s'inscrit pas nécessairement dans une course au moins-disant en matière juridique, ou un effacement des États, et qu'il conviendrait d'apprécier la compétitivité d'un système juridique avec les mêmes critères que ceux appliqués à l'économie : le moins de contraintes et donc régulation possible, la place laissée à la volonté, etc. Cela reviendrait à privilégier la *soft law*, à défaut des règles supplétives, le recul de l'ordre public, un droit sans juge. Une telle proposition ne s'accorde toutefois pas avec le mouvement inverse tiré de l'émergence d'un droit souple dans le commerce international qui vient à s'imposer aux entreprises sous l'effet de l'opinion publique et d'un changement générationnel qui portent une vision éthique de l'activité professionnelle. Voir en ce sens les revues : *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 5 du 1<sup>er</sup> septembre 2019 ; *Droit français*, « Le droit français est-il compétitif ? », entretien par Th. Andrieu, St. Fougou, A. Hamelle et Ch. Jamin.

<sup>244</sup> S'agissant des sentences arbitrales internationales rendues en France, le Tribunal des conflits a jugé, en 2010, que la juridiction judiciaire est compétente pour se prononcer sur les sentences relatives à des contrats mettant en jeu les intérêts du commerce international conclus par une personne publique de droit français avec une personne de droit étranger et exécutés sur le territoire français, qu'ils soient ou non administratifs en application des critères de qualification internes. Une réserve a été accordée au juge administratif dès lors que le contrat relève d'un régime administratif d'ordre public impliquant que la sentence soit contrôlée au regard des règles impératives du droit public français relatives à l'occupation du domaine public ou à celles qui régissent la commande publique (Tribunal des conflits, 17 mai 2010, *Inserm*).

*donc nuisible au choix de Paris comme siège de l'arbitrage* »<sup>245</sup>. Deux autres rapports ont plaidé pour une évolution de notre droit sur ce point : en 2022, le rapport sur les États généraux de la justice<sup>246</sup> ; puis, en 2025, le rapport du groupe de travail sur la réforme de l'arbitrage<sup>247</sup>. Je n'insiste pas davantage<sup>248</sup> et renvoie à la lecture de ces rapports, qui pour le dernier fait actuellement l'objet d'une large consultation.

- S'agissant de **l'organisation judiciaire** proprement dite, l'attractivité renvoie plus particulièrement à la pluralité de l'offre de justice. Un système juridictionnel est d'autant plus attirant qu'il est en mesure d'offrir une pluralité de structures disponibles pour résoudre ces litiges : des structures juridictionnelles étatiques, mais aussi des structures alternatives comme l'arbitrage, ou encore le recours possible à la conciliation ou à la médiation.

Cette pluralité de l'offre permet de résoudre pour partie le paradoxe évoqué en début de propos. Rendre attractif un système juridictionnel n'emporte pas nécessairement de vouloir attirer tous les contentieux devant le juge.

---

<sup>245</sup> Rapport sur certains facteurs de renforcement de la compétitivité juridique de la place de Paris, mars 2011, p. 2. Le rapport établi par le groupe de travail présidé par M. Prada, proposait d'autoriser les personnes publiques à compromettre dans le cadre de contrats de droit privé ou de droit public impliquant un mouvement international de biens, de services, de personnes ou de capitaux en précisant que les sentences arbitrales rendues dans le cadre de litiges nés de ces contrats ne peuvent pas contrevenir aux principes fondamentaux du droit public français relatifs à la commande publique, à la délégation de service public, à la domanialité publique ou à la continuité du service public. Il était suggéré de dire que « *les juridictions de l'ordre judiciaire connaissent de l'ensemble des litiges relatifs à la procédure arbitrale, ainsi que de toutes les contestations relatives aux sentences mentionnées à l'alinéa précédent. Elles sont compétentes pour délivrer l'exequatur à ces sentences* » et de compléter l'article 1520 du code de procédure civile pour indiquer que, s'agissant des sentences arbitrales relatives à des litiges nés de contrats internationaux dont une des parties est une personne publique française, le recours en annulation est ouvert si la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire aux principes fondamentaux du droit public français.

<sup>246</sup> Le Rapport du groupe de travail des États généraux de la justice sur la justice économique et sociale prononcé en faveur de la création d'un « *bloc de compétence du juge judiciaire pour défendre Paris comme place de référence en matière d'arbitrage international* ». Il pointe que « *la reconnaissance de la compétence de la juridiction administrative comme juge du contrôle de l'exequatur en matière de contrat public a jeté un trouble sur l'unicité de l'ordre juridictionnel de l'exequatur* » et souligne les enjeux attachés à cette problématique au regard de la compétition à laquelle se livrent les grands États en la matière (rapport du Comité des États généraux de la justice, octobre 2021-avril 2022, annexe 15, p. 76 et suiv.).

<sup>247</sup> Proposition n°6 : « *Affirmer la compétence exclusive du juge judiciaire pour connaître des demandes d'exequatur de toutes les sentences arbitrales internationales et des recours formés contre toutes les sentences arbitrales internationales, en ce compris celles portant sur des contrats de droit administratif conclus par des personnes publiques.* » (Rapport du groupe de travail sur la réforme de l'arbitrage (2025), p. 36 et suiv.).

<sup>248</sup> Un amendement avait aussi été déposé en ce sens devant la commission des lois (soutenu par le garde des Sceaux Urvoas et par le président de la commission des lois Raimbourg) lors de la réforme de l'article 2061 du code civil à l'occasion de l'adoption de la loi dite « Justice du XXI<sup>e</sup> siècle » en 2016, arguant de la nécessité de « *mettre fin aux conflits de compétences entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire à propos de certains arbitrages internationaux* », ce qui « *engendre du désordre et de l'incertitude, notamment pour les opérateurs internationaux* » et sensible à ce que « *l'insécurité juridique qui en résulte nuit à l'attractivité économique de la France* », l'amendement relevait que « *la juridiction judiciaire étant déjà en charge de la quasi-totalité du contentieux relatif à l'arbitrage, et disposant d'une procédure spécifique dans le code de procédure civile – ce qui n'est pas le cas de la juridiction administrative – autant concentrer le contentieux devant la juridiction judiciaire. Cela permettrait de sécuriser les procédures et les acteurs avec une seule juridiction compétente, selon une seule et même procédure* ». Il a finalement été retiré.

D'autres modes de règlement des litiges sont parfois plus adaptés pour en connaître et apporter une réponse adéquate. Encore faut-il permettre cette pluralité.

Cela suppose quelques conditions :

- Une volonté politique pour élaborer un *corpus* normatif permettant leur admission comme mode alternatif de règlement, mais aussi – et peut-être davantage encore – la mise en place de structures pérennes, comme des centres d'arbitrage et/ou de médiation, et avec des exigences de formation, voire d'agrément pour les arbitres et médiateurs, afin d'offrir un service optimal aux justiciables.
- Un environnement juridique propice, c'est-à-dire une expertise portée par les professions du droit, notamment le barreau ; mais aussi une doctrine universitaire exigeante, ce qui nécessite une politique de soutien en faveur de la formation des juristes et un enseignement supérieur propice à l'émergence d'une recherche stimulante.
- Cela suppose enfin de ne pas concevoir ces différents modes de résolution alternatifs des litiges simplement comme des variables d'ajustement quantitatifs, promus afin de décharger les tribunaux des contentieux, mais comme de véritables alternatives offertes aux justiciables pour leur permettre de faire un choix éclairé en prenant en compte les avantages et les inconvénients à recourir à tel ou tel mode de règlement<sup>249</sup>.

Promouvoir les modes alternatifs de résolution des litiges ne doit pas conduire à réduire l'attention qui doit être portée au recours à la justice étatique, qui doit aussi être suffisamment dotée pour accueillir ces contentieux, c'est-à-dire pouvoir disposer de juges formés, voire même spécialisés<sup>250</sup>.

Cela passe aussi par une organisation du travail au sein de ces juridictions et une dotation de ces juridictions des outils, notamment ceux offerts par les nouvelles technologies et l'intelligence artificielle pour leur permettre de rendre leur mission dans les meilleures conditions, à tout le moins similaires avec les outils dont disposent les autres acteurs du procès.

S'agissant des questions d'organisation judiciaire, d'autres paramètres sont aussi souvent mis en avant, même si leur incidence sur le ressenti des justiciables mériterait sans doute des enquêtes plus approfondies :

- D'abord, le coût de la justice étatique. Faut-il remettre en cause le principe de la gratuité du service public de la justice ? Cela pourrait sembler paradoxal, tant la

---

<sup>249</sup> Par exemple, la recherche de confidentialité, la possibilité de choisir la procédure et ses juges seront mis en avant pour l'arbitrage, nonobstant un coût plus élevé. D'autres préféreront s'en remettre à des juges professionnels, protégés par un statut qui garantit un examen des demandes en toute indépendance et impartialité et privilégieront le recours à la juridiction étatique.

<sup>250</sup> C'est l'un des objectifs qui a présidé à la création des chambres commerciales internationales dans le ressort de la cour d'appel de Paris : établir un mode de règlement des litiges internationaux d'une qualité analogue à celle offerte par l'arbitrage international, en permettant une maîtrise des coûts de procédure et en offrant le bénéfice dans l'espace judiciaire européen des facilités en termes de reconnaissance et d'exécution des décisions. L'aptitude des juges à connaître des contentieux qui sont potentiellement destinés à l'arbitrage est donc essentielle. Elle passe par des formations, des déroulements de carrière permettant de demeurer dans sa spécialité.

gratuité paraît à première analyse aller plutôt dans le sens de l'attractivité d'un système<sup>251</sup>. Pourtant, il semble que cela ne soit pas nécessairement le cas, et que pour certains acteurs économiques le paiement serait de nature à garantir le bénéfice d'un service à hauteur des moyens investis pour l'obtenir. Une expérimentation est en ce sens en cours auprès de plusieurs tribunaux de commerce rebaptisés « tribunaux des activités économiques » (TAE), avec l'instauration d'une contribution pour la justice économique calculée en fonction de la nature et des revenus du demandeur<sup>252</sup>. L'avenir dira si ce critère a été ou non un frein à l'attractivité de cette juridiction. Ce qui est certain, c'est que sans doute l'instauration d'une telle taxe pose des questions sur sa finalité. Est-elle nécessaire pour abonder les caisses de la justice ? Ou a-t-elle une autre finalité, comme celle de dissuader d'aller vers la juridiction étatique au profit d'autres modes alternatifs de résolution ? Imposer une taxe est aussi agir sur les comportements des justiciables<sup>253</sup>.

- La collégialité est aussi un atout qui peut être mis en avant, surtout lorsque l'on sait que dans d'autre pays, comme le Royaume-Uni, d'autres systèmes sont proposés dans lesquels le juge en général statue seul. Mais, là encore, le débat n'est pas aussi simple, car la fabrication d'une décision de justice dans ces autres systèmes ne dépend pas que d'une seule personne. Souvent, il existe une collégialité en amont de la décision qui s'exerce au sein de l'équipe autour du juge, comprenant ceux qui vont préparer le dossier, procéder aux recherches, ceux qui sont chargés de rédiger un projet de décision, et enfin le juge qui tranchera, ajustera la décision et la rendra. Il existe ainsi une autre forme de collégialité, dont le système français n'est pas encore habitué...
- L'appel et la faculté pour le juge d'appel de reprendre l'examen de l'affaire en droit et en fait. Il est conçu en droit français comme un deuxième procès, et non comme la critique du premier jugement (débat entre un appel voie d'achèvement, ou voie de réformation). D'un côté, nous pourrions être tentés de mettre en avant cette faculté, gage d'une plus grande justice pour les citoyens. D'un autre côté, certains y voient un frein à l'attractivité d'un système en ce qu'il permet de multiplier les recours et de retarder l'issue définitive d'un litige.

---

<sup>251</sup> Certaines places étrangères (Amsterdam, Londres) imposent des frais de justice qui se situent entre 10 000 et 100 000 euros ; et au moins pour la seconde cela n'apparaît pas comme un frein à l'attractivité du juge.

<sup>252</sup> Au 1<sup>er</sup> janvier 2025, douze tribunaux de commerce sont devenus des tribunaux des activités économiques (TAE) à titre expérimental en application de la loi n° 2023-1059 de programmation de la justice du 20 novembre 2023. L'article 27 de la loi de programmation, validée sous cet aspect par le Conseil constitutionnel (CC, 16 novembre 2023, pourvoi n° 2023-855 DC, spéc. § 101 et suiv.) constitue l'acte de naissance de la CJE. Non seulement le principe y est-il arrêté, mais également les premières et principales modalités. L'expérimentation concerne Paris, Lyon, Marseille et neuf autres villes pour lesquelles le tribunal de commerce est devenu, et ce pour quatre ans, le tribunal des activités économiques (TAE).

<sup>253</sup> À l'instar d'une taxe « pigouviennne », du nom de l'économiste britannique Pigou (1877-1959) qui a proposé une taxation correctrice des externalités négatives liées à une activité économique. Dans le domaine de la pollution, elle permet d'envoyer un message aux agents économiques et d'améliorer la compétitivité de produits équivalents moins polluants.

## 2.2. La prévisibilité

Offrir une plus grande prévisibilité constitue le second volet de la sécurité juridique.

Cette prévisibilité recouvre deux aspects : elle doit être *processuelle* et *substantielle*.

- La **prévisibilité processuelle** a pour objet de donner aux parties une certaine visibilité sur le déroulement de leur litige. Il s'agit alors de permettre au juge d'instaurer rapidement un calendrier impératif fixant les différentes étapes de la procédure (date des échanges des conclusions, date des mesures d'instructions éventuellement mises en place, date des plaidoiries, date du délibéré). Mais cela ne suffit pas. D'autres questions liées au déroulement de l'instance revêtent une importance pour les parties. L'une des critiques récurrentes faites au système français est celle d'un temps consacré à l'audience – et donc à l'écoute – considéré comme trop court, mais aussi la trop faible place laissée à l'oralité, et l'acceptation d'une palette de modes de preuves trop restreinte (accès à la preuve et recours quasi-inexistant au témoignage)<sup>254</sup>.

Là encore, certaines pratiques font débat. Faut-il réserver un accueil plus large aux demandes de production de pièces ? On sait que le droit français est plutôt réticent en la matière, même si devant les chambres commerciales internationales les protocoles autorisent les parties à solliciter la production de « catégories de documents précisément identifiées »<sup>255</sup>.

L'absence en France de procédure de *discovery* à l'américaine (ou de *disclosure* anglaise) est parfois pointée comme un inconvénient, mais aussi souvent reconnue comme un atout au regard des dérives en termes de coûts et de temps que peut entraîner la nécessité pour les parties de devoir communiquer tout élément de preuve lié au litige (y compris ceux qui sont défavorables).

- La **prévisibilité substantielle** recouvre l'office même du juge. Il ne s'agit évidemment pas d'anticiper sur ce que sera la décision du juge<sup>256</sup>, mais de faire voir que son office n'est pas le résultat d'un processus individuel mais bien collectif, et qu'il s'inscrit dans un principe de cohérence à la fois vertical et horizontal.

Cohérence *verticale* parce que le juge intègre l'interprétation des normes donnée par les juridictions supérieures. Il ne s'agit pas de lui imposer une obéissance aveugle, puisqu'il peut aussi en cas de doute les interroger (processus de l'avis, questions

<sup>254</sup> Voir : *La Semaine Juridique Entreprise et affaires*, n° 25 du 22 juin 2023 ; *Contentieux*, 3 questions, « L'évolution de la place de Paris dans le traitement du contentieux international », veille par A. Hamelle.

<sup>255</sup> Voir : article 5.1.2 du protocole applicable devant la chambre commerciale internationale de la cour d'appel de Paris signé le 7 février 2018 qui permet « la production de catégories de documents précisément identifiées ». À cet égard, l'orthographe adoptée par le protocole pour le terme « identifiées » est particulièrement importante et significative puisque par l'emploi du féminin pluriel, l'exigence d'identification renvoie bien aux « catégories » de documents et non aux documents eux-mêmes. En l'état actuel, la jurisprudence a tendance à cantonner ces demandes à des documents précis, spécifiquement identifiés (Cass., civ. 2<sup>e</sup>, 15 mars 1979, pourvoi n° 78-10.294 : le juge ne peut ordonner la production d'actes détenus par un tiers que si ces actes sont suffisamment déterminés). C'est donc un pas supplémentaire vers la *disclosure* anglaise ou la *discovery* américaine, sans pour autant tomber dans les excès de ces pratiques.

<sup>256</sup> Encore que certaines pratiques devant les juridictions de *Common Law* pourraient être intéressantes, telle que « l'évaluation préliminaire impartiale » (*early neutral evaluation* ou ENE), devant la *Commercial Court* de Londres qui peut conduire le juge à donner quelques indications sur l'issue probable de l'affaire et ce notamment pour inciter soit à une médiation, soit à un désistement.

préjudicielles) et même s'en abstraire si des raisons fortes le justifient. Mais alors il doit s'en expliquer dans la motivation.

Cohérence *horizontale* ensuite, parce que le juge devrait aussi se tenir à ce qu'il a déjà dit, à la méthode ou à la « doctrine » qu'il s'est fixée précédemment<sup>257</sup>. C'est la raison pour laquelle le soin apporté à la rédaction de la décision de justice (que l'accès en *open data* rend particulièrement nécessaire) est essentiel.

Rendre visible et compréhensible le fruit de l'activité du juge participe sans doute pour une part importante au « ressenti » envers la justice, car la rédaction permet précisément de donner à voir ces cohérences verticale et horizontale, et avec elles une connaissance et une compréhension plus fine de la jurisprudence.

Il ne faut pas nier non plus que dans un monde où les outils d'intelligence artificielle se développent, il est important de nourrir les décisions de justice pour qu'elles ne se réduisent pas, passées au filtre de ces outils, à des résumés caricaturaux.

### **Conclusion**

Appliquée aux juridictions, on comprend que l'attractivité ne dépend pas uniquement de la promotion du droit français, mais de la mise en place d'institutions, de procédures et de méthodes qui peuvent aussi trouver leur inspiration ailleurs.

Finalement, l'enjeu de l'attractivité, envisagée d'un point de vue juridictionnel, ou plus largement institutionnel, réside peut-être dans le choix que nous avons à faire entre un système qui entendrait cultiver sa singularité, et un système qui au contraire entendrait mettre en œuvre les grands standards internationaux, reconnus comme étant adaptés aux besoins des acteurs économiques et sociaux.

**Vincent Vigneau**

*Président de la chambre commerciale, financière  
et économique de la Cour de cassation,  
modérateur de la table ronde*

Merci beaucoup. Maintenant, la question se pose de savoir si, lorsqu'elles attribuent des dommages et intérêts ou réparent des préjudices, nos juridictions sont suffisamment attractives. C'est l'une des questions auxquelles va répondre maître Jehannin, avocate aux Conseils. Maître, vous avez la parole.

---

<sup>257</sup> Cela passe aussi par un office du juge adapté et la mise en place de méthodologies adaptées, telle que sur la question de la réparation des préjudices concurrentiels (*cf.* les fiches méthodologiques de la cour d'appel de Paris consacrées à la réparation du préjudice économiques, disponibles sur le site internet de cette juridiction.), ou la mise en place par la Cour de cassation d'un renforcement du contrôle par de la méthode d'évaluation des préjudices concurrentiels par les juges du fond (Cass., com., 12 février 2020, n° 17-31.614 ; Cass., com., 28 septembre 2022, n° 21-20.357).

**Marielle Jéhannin**

*Avocate au Conseil d'État et à la Cour de cassation*

### **Les règles d'indemnisation des préjudices en droit français**

Merci M. le président. Je remercie les organisateurs de ce colloque, la Cour de cassation et le Conseil d'État, de m'avoir invitée et d'avoir associé l'ordre des avocats aux Conseils à cette journée.

Les avocats aux Conseils sont les praticiens du droit et du contrat soumis au juge, c'est-à-dire en réalité du contrat *malheureux*, celui que les parties n'ont finalement pas conclu : le contrat vicié, le contrat mal exécuté, voire pas exécuté du tout. Les avocats qui pratiquent le contentieux connaissent du contrat sous l'angle de ce qui reste une fois qu'il est établi que l'accord contractuel n'ira pas à son terme, c'est-à-dire pour l'essentiel : l'indemnisation.

Très concrètement, les parties au contrat, devenues les parties au litige, vont s'interroger, pour l'une sur l'indemnisation qu'elle s'expose à devoir verser, pour l'autre sur les sommes qu'elle peut espérer percevoir. Et quand on parle avec un opérateur économique, pour lui, la question première n'est pas « comment ? », mais « combien ? ». Le fondement de la réparation est l'affaire de son avocat. Ce qui l'intéresse, lui, est très prosaïquement de savoir combien il va récupérer, ou au contraire devoir payer.

#### ***Les règles françaises d'indemnisation du préjudice favorisent-elles ou nuisent-elles à l'activité du droit français ?***

En droit français de la motivation des décisions relatives à l'indemnisation des préjudices, le constat est celui d'un contrôle très restreint.

La jurisprudence de la Cour de cassation est fondée, dans les grandes lignes, sur l'idée que le préjudice serait une question de faits appréciés souverainement depuis le célèbre arrêt d'assemblée plénière de 1999 qui a retenu que le juge du fond apprécie souverainement le préjudice dont il justifie l'existence par la simple évaluation qu'il en fait, sans être tenu d'en préciser les divers éléments<sup>258</sup>. Le Conseil d'État applique globalement le même faible contrôle de l'évaluation du préjudice.

Les conséquences dans notre rapport avec les opérateurs économiques sont que, si l'on peut globalement prédire la décision qui sera rendue sur l'existence d'une faute contractuelle, il est beaucoup plus difficile de prévoir les incidences financières pour les parties, c'est-à-dire de répondre à la question du « combien ? ».

Pourtant, dans la mesure où l'indemnisation est au centre du procès, il me semble qu'il est fondamental que le juge motive, et que le juge suprême contrôle la détermination de cette indemnisation à la fois cruciale pour assurer une égalité entre les justiciables, cruciale pour assurer la prévisibilité des décisions d'indemnisation pour décider d'une stratégie procédurale – prendre, par exemple, une assurance et le cas échéant déterminer à hauteur de « combien » –, et enfin cruciale pour permettre l'attractivité

<sup>258</sup> Ccass., ass. plénière, 26 mars 1999, pourvoi n° 95-20.640.

du droit français par rapport à d'autres droits étrangers qui ont une approche plus approfondie de l'évaluation des préjudices aux fins d'éviter que les opérateurs économiques ne décident de soumettre le contrat à un droit étranger, ou de recourir à l'arbitrage qui, sous l'influence de ces droits étrangers, sera plus disert sur la question de l'évaluation du préjudice.

### **1. Les outils existants et leur utilisation par le juge**

Pour tenter de mesurer l'attractivité de notre système d'indemnisation, il convient tout d'abord de s'intéresser aux outils qui existent en droit commun pour contrôler l'évaluation du préjudice et leur utilisation par le juge, pour ensuite envisager des pistes d'amélioration pour une évaluation plus précise du préjudice.

Ces outils sont principalement prévus par le code civil. Ils ont été codifiés à droit constant lors de la réforme de 2016<sup>259</sup> aux articles 1231-2 et suivants.

J'en décrirai trois :

#### ***Le principe cardinal de la réparation intégrale sans perte ni profit pour la victime***

Ce principe s'applique tant devant le juge judiciaire que devant le juge administratif. Les dommages et intérêts doivent également être à la hauteur de la perte subie par le créancier et du gain dont il a été privé selon l'article 1231-2 du code civil. Le préjudice doit être certain et non pas hypothétique.

Certes, l'on trouve des arrêts de censure retenant qu'un même préjudice a été réparé deux fois, ou encore des arrêts reprenant les calculs sous l'angle de l'interdiction pour le juge d'excéder les limites de la demande. Si un juge motive, par référence à un rapport d'expertise, il peut commettre une dénaturation. L'on peut envisager de demander à la Cour de cassation le contrôle de cette dénaturation. S'il fait un calcul, il peut éventuellement commettre une erreur, mais en réalité le contrôle demeure très limité ; et si le juge se borne à donner un chiffre sans aucune explication alors il sera retenu qu'il a souverainement évalué le préjudice et qu'il l'a suffisamment justifié.

On aboutit ainsi à un paradoxe dénoncé par les auteurs qui est que moins le juge du fond motive sa décision et moins il a de risques de voir cette décision censurée !

Je vais prendre un exemple récent dans une affaire que j'ai malheureusement perdue. Mon client avait résolu à tort un contrat de prestation de service. Du fait de cette résolution, l'entrepreneur n'avait pas pu accomplir sa prestation et donc en recevoir le montant ; et demandait à titre de réparation l'entier prix de ladite prestation ; ce qui lui fut accordé par le juge d'appel. Le pourvoi de mon client tentait de faire valoir que l'indemnisation était excessive, car si l'entrepreneur avait exécuté sa prestation, il en aurait certes perçu le prix, mais en regard d'un coût pour l'effectuer ; de sorte qu'il fallait accorder à l'entrepreneur non pas le chiffre d'affaires, mais simplement le bénéfice qu'il aurait retiré de cette opération. Cependant, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi en retenant seulement que les dommages et intérêts avaient été souverainement appréciés (Com., 14 mai 2025, pourvoi n° 23-20.706 – il me faut relever, à l'heure de la publication de ces lignes que, dans une affaire jumelle de celle-

---

<sup>259</sup> Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016.

ci, la troisième chambre civile a, au contraire, quelques semaines plus part, censuré le raisonnement dénoncé en retenant que les honoraires à percevoir par l'entrepreneur dépendaient d'une éventualité favorable, incertaine à la date de la résiliation, sinon quant au principe du moins quant au *quantum* de l'honoraire de résultat, de sorte que le préjudice né de la rupture fautive de la convention s'analysait en une perte d'une chance : Civ. 3<sup>e</sup>, 11 septembre 2025, pourvoi n° 23-21.882, P.).

Il faut noter que ce qui est vrai pour l'évaluation du préjudice matériel ou moral l'est tout autant pour la répartition de la charge. Quand il existe plusieurs coauteurs d'un dommage, généralement l'un a 80 % de responsabilité et l'autre 20 %. Pourquoi une telle répartition ? On ne le sait pas, car on n'a aucun contrôle sur une telle décision ; et c'est la même chose en matière de perte de chance : si le juge retient que le dommage subi s'analyse en une perte de chance, le juge du fond fixe tout aussi souverainement la perte de chance au pourcentage de son choix : 1 %, 4 %, ou 99 %. Dans ce contexte, la Cour de cassation n'exerce aucun contrôle et renvoie au pouvoir souverain des juges du fond...

### ***L'évaluation des préjudices peut être globale, mais pas être forfaitaire***

Personnellement, j'ai du mal à distinguer une évaluation globale fixée à un chiffre rond d'une indemnité forfaitaire.

Si l'on recherche, sur le site Internet *Legifrance*, l'expression « *toutes causes de préjudices confondues* », vous trouverez des évaluations très globales à la fois dans les demandes des avocats formulées devant les juges du fond, et dans les décisions des juges du fond.

En réalité, le caractère forfaitaire n'est sanctionné que si le juge du fond a l'imprudence d'utiliser le terme « forfaitaire » lui-même ; et encore, même dans l'hypothèse où un juge avait fixé à 15 000 euros une indemnité forfaitaire, la Cour de cassation a pu juger qu'il s'agissait d'une évaluation *concrète* du préjudice. L'appréciation, même très globale, même très grossièrement arrondie, sera considérée comme souveraine.

### ***En matière de « clause pénale », l'imprévisibilité fixe à l'avance le montant des dommages-intérêts dus en cas d'inexécution***

En application de l'article 1231-5 du code civil, le juge peut réduire la peine si elle est manifestement excessive, ou l'augmenter si elle est manifestement dérisoire. Il peut même le faire d'office, alors qu'aucune des parties ne le lui demande.

Le juge administratif fait application des mêmes principes dont s'inspire l'article 1231-5, à ceci près qu'il n'a pas l'air de pouvoir le faire d'office. En tous cas, ce n'est pas ce que j'ai trouvé dans les arrêts.

Le juge de cassation contrôle la qualification de « clause pénale », et, en sa présence, contrôle également sa réduction en vérifiant qu'elle est bien fondée sur le caractère manifestement excessif de l'indemnité par rapport au préjudice subi. Mais la Cour de cassation laisse ensuite aux juges du fond l'appréciation souveraine de la proportion dans laquelle il convient de réduire cette indemnité. Si le juge refuse de modérer la

peine, la Cour de cassation juge que c'est dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire que la cour d'appel refuse de procéder à cette modération.

Dans ce contexte, il nous faut alors expliquer au justiciable que si le juge a décidé de modifier le montant de la clause, il a pu commettre une erreur dans les critères d'appréciation, mais qu'en revanche s'il a décidé de ne pas modifier le montant de ladite clause, on ne peut lui reprocher aucune erreur. Cela est difficile à comprendre et à faire comprendre !

Je n'ai pas le temps de le développer, mais l'on pourrait dire la même chose en matière d'intérêts moratoires. Là aussi, la Cour de cassation laisse au juge du fond un pouvoir discrétionnaire pour en fixer l'origine. Cela peut paraître anecdotique, mais si le procès est long et que le montant des dommages et intérêts est élevé, les sommes dues au titre de ces intérêts peuvent être très importantes. Sur un plan économique, ce n'est pas négligeable.

## **2. Les pistes d'amélioration pour une évaluation du préjudice plus précise**

### ***L'application des règles préexistantes***

En premier lieu, l'on peut inviter les juridictions à faire application des règles qui existent déjà dans le code civil. Il arrive que la Cour de cassation en fasse une application très rigoureuse, sachant qu'il existe quelques exemples d'arrêts où elle va même jusqu'à statuer au fond en fixant elle-même la réparation et en disant précisément à quelle somme les parties ont droit. C'est ainsi le cas, par exemple, en matière de construction de maisons individuelles où les parties finissent la procédure devant la Cour de cassation et les éléments sont très précis.

Par ailleurs, il existe indépendamment du code civil des précisions dans certains domaines économiques avec des textes de plus en plus précis.

En matière de rupture brutale des relations commerciales établies, par un arrêt du 28 juin 2023<sup>260</sup>, la chambre commerciale a censuré un arrêt sur le fondement de l'article L. 442-6-1-5 ancien du code de commerce pour avoir fixé le préjudice causé par une rupture brutale à la perte de chiffre d'affaires, sans calculer la marge brute escomptée. La Cour de cassation avait posé ce critère alors que c'est cette marge brute qui aurait dû être prise en compte. Ce qui est intéressant dans cet arrêt est qu'elle l'a fait non seulement en visant l'énoncé de ce principe qu'elle pose sur le fondement de l'article du code de commerce et au visa de l'article 1231-2 du code civil. Cet arrêt montre qu'avec le droit commun, l'on peut aussi réfléchir à des critères plus précis.

L'on retrouve la même règle de cette perte de marge brute en matière de contrat type applicable aux transports publics routiers de marchandise exécutés par les sous-traitants. Là aussi, la Cour de cassation a posé un critère précis.

Sur un autre sujet, la contrefaçon, et sous l'impulsion du droit européen, les textes sont assez précis, à l'instar de l'article L. 615-7 du code de la propriété intellectuelle pour les brevets qui trouve son pendant en matière de dessin et modèle. Ainsi a-t-on en matière de droits d'auteur des critères précis de fixation du préjudice.

---

<sup>260</sup> Ccass., ch. com., 28 juin 2023, 21-16.940, publié au Bulletin.

Toujours sous l'impulsion du droit européen, en matière de pratique anticoncurrentielle, la loi prévoit également des modalités précises de calcul de l'indemnisation des victimes. Je renvoie ici à la lecture de l'article L. 481-3 du code de commerce qui fixe les modalités d'indemnisation des victimes des ententes de façon également assez détaillée.

### ***L'exemple des droits étrangers***

Si l'on regarde du côté des droits étrangers, l'on a des descriptions précises de ce que peut être le préjudice.

Certains droits étrangers comme, par exemple, le droit allemand, anglais ou américain distinguent entre deux notions, qui n'existent pas en France en dehors de la doctrine, qui sont des pistes de réflexion intéressantes sur ce que pourrait être l'intérêt positif et l'intérêt négatif.

*L'intérêt positif* est l'intérêt du créancier à l'exécution régulière de l'obligation contractuelle, autrement dit, l'avantage que le créancier escomptait obtenir en conclusion du contrat.

*L'intérêt négatif* est l'intérêt qu'aurait eu le créancier à ne pas s'engager dans le processus contractuel : autrement dit, ce que le créancier aurait évité de perdre s'il n'avait pas conclu le contrat.

Ainsi pourrait-on imaginer que l'on calcule l'intérêt négatif lorsque le contrat est annulé en déterminant le coût qu'a représenté sa conclusion en pure perte.

En revanche, quand c'est la résolution du contrat<sup>261</sup> qui est prononcée, l'on pourrait rechercher un intérêt positif : l'avantage que le créancier attendait du contrat, et réfléchir à des éléments plus précis pour fixer le préjudice.

### **Conclusion**

Dans ce contexte, les résultats que nous observons ne sont pas uniquement le fait des juridictions suprêmes, ils résultent aussi de notre système de pensée franco-français qui, de la même façon, influence également le travail des avocats.

Ainsi, quand on lit des conclusions de première instance et des conclusions d'appel, l'on a dix pages consacrées à la démonstration de la faute pour (au mieux) une page consacrée au préjudice, avec éventuellement quelques pièces fournies dans le dossier.

C'est pourquoi il faut continuer à œuvrer ensemble pour une meilleure détermination du préjudice pour rendre le droit des contrats français encore plus attractif.

---

<sup>261</sup> La résolution du contrat efface rétroactivement ses effets, tandis que la résiliation met fin au contrat pour l'avenir.

**Vincent Vigneau**

*Président de la chambre commerciale, financière  
et économique de la Cour de cassation,  
modérateur de la table ronde*

Merci Maître. Il est vrai que, depuis un certain nombre d'années, nous sommes sortis de l'absence de contrôle du préjudice en posant un certain nombre de règles méthodologiques.

Vous en avez cité une en matière de pratique restrictive. L'on pourrait en citer d'autres en matière de pratique anti-concurrentielle. Aussi, ce que vous avez dit devrait nous engager à une réflexion sur une meilleure formation en économie des juristes. Je pense que c'est là un point fondamental.

Par ailleurs, je pense également qu'il serait judicieux de conduire une réflexion sur l'admissibilité des rapports d'expertise amiables, puisqu'en matière de droit économique, notamment en droit de la concurrence, nous n'avons presque jamais d'expertise judiciaire mais seulement des expertises amiables, avec la difficulté, depuis un arrêt de la chambre mixte du 28 septembre 2012<sup>262</sup>, de fonder une décision, une évaluation sur ce type d'expertise.

L'on peut également citer l'arrêt *Cristal de Paris*<sup>263</sup> de la chambre commerciale dans lequel nous avons posé des règles méthodologiques d'appui. Mais je pense qu'il y a une vraie question culturelle que vous avez pointée s'agissant de la faiblesse du développement des conclusions des avocats sur la façon d'évaluer les préjudices. C'est en effet un problème de formation des juristes en matière économique.

Cela étant, pour revenir au droit de la concurrence, on peut s'étonner que, par exemple, dans l'affaire dite « de l'entente sur les camions »<sup>264</sup> l'essentiel du contentieux, qui aurait pu aller devant une juridiction française, se déroule en Espagne et aux Pays-Bas où les dommages et intérêts en matière de pratique anticoncurrentielle sont beaucoup plus élevés<sup>265</sup>. C'est précisément l'un des thèmes que va aborder le président Japiot, lequel va nous parler de cette attractivité du cadre juridique en matière d'arbitrage dans les litiges soumis au droit public avec le risque du *forum shopping*, en particulier depuis l'arrêt *Inkreal* de la Cour de justice de l'Union européenne<sup>266</sup>.

Monsieur le président, vous avez la parole.

---

<sup>262</sup> Ccass., ch. mixte, 28 septembre 2012, pourvoi n° 11-18.710, publié au bulletin.

<sup>263</sup> Ccass., ch. comm., 12 février 2020, pourvoi n° 17-31.614, publié au bulletin.

<sup>264</sup> CJUE, 1<sup>er</sup> février 2024, *Scania e.a. c/ Commission européenne*, aff. C-251/22 P.

<sup>265</sup> *Ibid.*, la Cour rejette le pourvoi de Scania, l'amende de 880,52 millions d'euros infligée par la Commission à cette société pour sa participation à l'entente sur le marché des camions est maintenue.

<sup>266</sup> CJUE, 8 février 2024, *Inkreal*, aff. C-566/22.

Olivier Japiot

Président de la 7<sup>e</sup> chambre de la section du contentieux du Conseil d'État

**L'attractivité du cadre juridique français en matière d'arbitrage dans les litiges soumis au droit public et les risques liés au *forum shopping***

Merci M. le président. En remarque liminaire, je précise que lorsque je parle du juge, il s'agit à la fois du juge dans son office, dans son fonctionnement, dans sa performance et dans sa jurisprudence. Ce juge est-il attractif au regard d'autres juridictions ? Sans doute nos grands anciens auraient été particulièrement surpris de cette question, *a fortiori* exprimée par quelqu'un qui travaille au sein d'une juridiction suprême.

Pour autant, la question n'est pas nouvelle. Vous avez évoqué, M. le président, toute la démarche de réflexion à la suite du rapport *Doing Business*, qui analyse la complexité de la réglementation des affaires dans 190 économies et quelques grandes villes, et de toutes les réflexions qui ont suivi. Pour les parties qui ont le choix, notamment dans les contrats internationaux, la question se pose déjà car les juridictions nationales sont concurrencées, non seulement depuis longtemps par les tribunaux arbitraux, mais aussi depuis peu par la possibilité du *forum shopping* qui est l'élément d'actualité qui m'a poussé à développer ce thème mis en avant par la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne *Inkreal* qui, désormais, permet aux entreprises françaises sans aucun autre élément d'extranéité de choisir n'importe quelle juridiction de l'Union européenne pour les litiges contractuels<sup>267</sup>.

Aussi, dans un premier temps préciserai-je certains éléments sur la question de la concurrence avec les tribunaux arbitraux, que M. Pellissier pourra développer car c'est un sujet qu'il connaît bien, pour dans un second temps évoquer les risques qui me paraissent résulter de la jurisprudence *Inkreal*, qui institue une forme de concurrence entre juridictions nationales au sein de l'Union européenne.

**1. La concurrence avec les tribunaux arbitraux**

J'ai lu avec beaucoup d'intérêt le rapport de 2025, auquel M. Ancel faisait référence, dans le cadre des travaux sur l'arbitrage de la Chancellerie<sup>268</sup>. À cet égard, avec un certain nombre de collègues, nous avons regretté que les juges et les praticiens du droit public n'aient pas été véritablement associés à cette réflexion. J'ai bien noté que pour certains praticiens un dualisme de juridictions pouvait paraître complexe, mais notre présence ici montre que l'on sait faire avec le dualisme. D'ailleurs, tous ceux d'entre nous qui ont eu à statuer sur des sentences arbitrales estiment, en termes de complexité, que celle de l'arbitrage n'a rien à envier au dualisme juridictionnel.

Je peux comprendre que des professionnels et des universitaires, voire des magistrats, souhaitent que la liberté contractuelle des entreprises puisse pleinement s'exercer *via* les clauses compromissoires avec un contrôle minimal par les juridictions nationales :

<sup>267</sup> CJUE, 8 février 2024, *Inkreal*, préc.

<sup>268</sup> Fr. Ancel, Th. Clay, *Rapport et propositions de réforme du droit français de l'arbitrage*, ministère de la justice, 26 mars 2025, préc.

les entreprises prennent leurs risques et définissent elles-mêmes les garanties procédurales qu'elles souhaitent avoir.

En revanche, cela devient plus délicat lorsque l'une des parties est une personne publique qui manie les deniers publics. Il y a en effet dans la population française une sensibilité particulière dès lors que l'on manipule l'argent du contribuable. À cet égard, l'affaire « Tapie »<sup>269</sup>, après l'échec d'une tentative de médiation en 2004, a démontré à quel point la solution d'un arbitrage peut susciter au sein de la population de très fortes interrogations au point de devenir une affaire d'État. Surtout, il existe une interdiction générale<sup>270</sup> pour les personnes publiques de compromettre, sauf dérogation, dans les textes ou dans les conventions internationales ; et il appartient au juge administratif d'y veiller.

Pour autant, il existe de nombreux cas où l'arbitrage est autorisé, comme on peut le voir à travers des décisions récentes comme, par exemple, la décision de l'assemblée du contentieux du Conseil d'État de 2016 *Société Fosmax*<sup>271</sup> pour les sentences rendues par les tribunaux arbitraux internationaux, ou la décision du Conseil d'État de 2023 *Société Ryanair*<sup>272</sup> pour les demandes d'exequatur<sup>273</sup> de ces sentences, ou encore la décision du 30 juillet 2024 sur les recours contre les sentences internes<sup>274</sup>. Le cadre juridique que le Conseil d'État a dégagé sur le contrôle des sentences arbitrales me paraît à la fois raisonnable, approprié et volontairement restreint pour respecter l'esprit de l'arbitrage. Gilles Pellissier pourra compléter sur ce point.

## **2. La concurrence entre juridictions nationales résultant de la jurisprudence *Inkreal***

Je souhaiterais à présent insister sur un sujet de préoccupation majeur, conséquence d'un arrêt récent de la Cour de justice de l'Union européenne : l'arrêt *Inkreal* du 8 février 2024, lequel a donné une interprétation particulièrement extensive du règlement Bruxelles I *bis*<sup>275</sup>. La Cour a ainsi jugé, en substance, que les parties professionnelles (hors exceptions prévues par ce règlement) pouvaient librement choisir dans leur contrat la juridiction compétente au sein de l'Union européenne, alors même que celle-ci n'aurait aucun lien avec le contrat en cause (nationalité des parties, lieu d'exécution du contrat, loi applicable, etc.). Par suite, deux entreprises françaises dont le contrat est exécuté en France peuvent désormais choisir n'importe quelle juridiction au sein de l'UE pour statuer sur leurs litiges contractuels.

<sup>269</sup> Affaire qui a opposé, durant 28 ans, feu Bernard Tapie à la Société de Banque Occidentale (SdBO), filiale du Crédit lyonnais, banque publique au moment des faits.

<sup>270</sup> Contrats de partenariat, établissements à caractère scientifique et technologique, établissements publics d'enseignement supérieur dans le cadre de contrats de recherche passés avec des organismes étrangers (article L. 321-4 du code de la recherche) et chambres de commerce et d'industrie (article L. 710-1 du code de commerce).

- L'article 2060 du code civil habilite le pouvoir réglementaire à autoriser des catégories d'établissements publics à compromettre

<sup>271</sup> CE, Ass., 9 novembre 2016, n° 388806, Rec.

<sup>272</sup> CE, 17 octobre 2023, n° 465761, Rec.

<sup>273</sup> Procédure visant à donner, dans un État, force exécutoire à un jugement ou une sentence arbitrale rendu à l'étranger.

<sup>274</sup> CE, 30 juillet 2024, *Collectivité territoriale de Martinique*, n° 485583.

<sup>275</sup> Règlement (UE) n° 1215/2012 entré en vigueur le 10 janvier 2015. Ce règlement facilite la compétence judiciaire et la reconnaissance des décisions en matière civile et commerciale au sein de l'Union européenne et remplace le règlement (CE) n° 44/2001 (Bruxelles I).

Le motif essentiel de cette solution, aux conclusions contraires de l’avocat général, est qu’elle permet une grande prévisibilité pour les parties. Ainsi que l’a relevé la doctrine universitaire dans plusieurs articles, ce motif paraît un peu léger.

Cette solution préoccupante pourrait s’appliquer également aux contrats administratifs lorsque le litige n’a pas conduit à la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique, la CJUE ayant une interprétation beaucoup plus stricte que la nôtre du contrat administratif.

Certes, cette forme de mise en concurrence des juridictions présente un côté vertueux, qui est de mettre sous tension les juridictions, y compris les juridictions suprêmes, et de les pousser à s’améliorer en termes de sécurité juridique, de prévisibilité des solutions, de délais, de coût des procédures, et de jurisprudence en matière d’indemnisation. Tout cela est donc très vertueux, mais la Cour de justice ne l’a évidemment pas écrit dans son arrêt de cette façon, même si très certainement cette mise en concurrence des juridictions nationales n’est pas faite pour lui déplaire.

Cependant, ce *forum shopping* permis, voire encouragé, par la jurisprudence *Inkreal* me paraît présenter au moins trois types de risques :

- le premier risque, sans doute le plus inquiétant, concerne l’asymétrie des forces : la partie la plus forte pourra dicter à la partie plus faible, entreprise ou personne publique, la juridiction compétente au sein de l’Union européenne et, corrélativement, le droit applicable. Il me semble que ce risque est de nature à compromettre l’objectif partagé à la fois par le Conseil d’État et la Cour de cassation de lutter contre les abus de position dominante et la violence économique, qui a d’ailleurs déjà justifié l’intervention du législateur ;

- le deuxième risque, dans le contexte international et géopolitique complexe que nous connaissons, est d’en faire un élément de guerre juridique (« *lawfare* »)<sup>276</sup>, portant préjudice à la souveraineté nationale si les principales entreprises françaises « délocalisent » progressivement leurs actions en justice dans d’autres États de l’UE ;

- le troisième risque concerne les personnes publiques. La CJUE considère que le règlement Bruxelles I *bis* – et donc cette mise en concurrence des juridictions nationales – s’applique aussi aux contrats passés par les personnes publiques, sauf lorsque celles-ci ont mis en œuvre des prérogatives de puissance publique dans l’exécution du contrat. Cela signifie que tous les autres litiges (en matière d’exécution, de règlement financier, etc.) concernant les contrats administratifs, dans lesquels bien souvent il n’y a pas de mise en œuvre de prérogative de puissance publique (même si le contrat comporte des clauses exorbitantes du droit commun, qui n’ont pas été utilisées par l’administration), entrent *a priori* dans le champ du règlement Bruxelles I *bis* et relèvent donc de n’importe quelle juridiction au sein de l’Union européenne, au libre choix des parties contractantes, en vertu de l’arrêt *Inkreal*.

Le danger pour les personnes publiques, et les deniers publics, est que celles-ci ne fassent pas attention à ce dernier risque. L’on peut penser aux petites communes qui n’ont pas regardé attentivement les conditions générales de leurs contrats, qui

---

<sup>276</sup> Néologisme anglais [contraction de *law* (loi) et *warfare* (guerre)]. Technique d’utilisation du droit, afin d’établir, de pérenniser ou de renverser un rapport de force dans le but de contraindre un adversaire.

désigneraient une juridiction d'un autre État membre, mais aussi à toutes les personnes publiques qui contractent dans le domaine du numérique auprès des grands acteurs du secteur qui, compte tenu de leurs positions dominantes sur le marché, peuvent leur imposer leurs conditions générales d'utilisation des logiciels, des applications, ou des services en ligne et, en cas de litige, imposer n'importe quelle juridiction au sein de l'Union européenne, y compris *via* leurs filiales françaises.

Aussi, dans le contexte actuel de forte concurrence internationale, l'on pourrait imaginer une solution originale où un pays de l'Union européenne mettrait en place, comme cela a été fait pour la cour d'appel de Paris, une chambre spécialisée pour connaître de ce genre d'affaires. Pour illustrer mon propos par un scénario (dystopique de mon point de vue), on pourrait imaginer des pays européens créer des juridictions commerciales « low cost », très largement voire totalement dématérialisées, en langue anglaise, avec une orientation jurisprudentielle globalement favorable aux grands groupes internationaux, peu de garanties procédurales et de recours (par exemple un seul degré de juridiction) et une faible compréhension, voire un faible intérêt pour les lois nationales, notre ordre public international, et les garanties qui doivent s'attacher aux contrats administratifs pour la protection de l'intérêt général et des deniers publics. Le tout, sans corde de rappel puisqu'il n'y a pas de procédure d'exequatur au sein de l'Union européenne.

### **Conclusion**

Au final, je retiens le côté vertueux de cette mise en concurrence des juridictions nationales, qui doit nous inciter collectivement à être encore plus performants que nous le sommes et à ne pas rester dans l'autosatisfaction. Pour autant, le risque très élevé que cela représente pour la lutte contre la violence économique et la protection de nos deniers publics me paraît justifier une réflexion commune dont ce colloque est une illustration, et peut-être inciter nos gouvernants à envisager une évolution du règlement Bruxelles I *bis* pour limiter les risques liés à la jurisprudence *Inkreal*.

**Vincent Vigneau**

*Président de la chambre commerciale, financière  
et économique de la Cour de cassation,  
modérateur de la table ronde*

À titre personnel, je partage vos préoccupations sur l'arrêt *Inkreal*. Dans l'ensemble, quand la CJUE met en œuvre le règlement Bruxelles I *bis*, elle est animée par deux aspects : le principe de la reconnaissance mutuelle des différents systèmes judiciaires dans les États membres tous égaux les uns par rapport aux autres, et la sécurité juridique, plus précisément la prévisibilité, pour que les parties puissent connaître à l'avance la juridiction qui les jugera.

La détermination du juge compétent a des influences en matière de droit substantiel puisque celle-ci va amener l'existence et l'application des lois de police. Or il serait particulièrement préoccupant qu'un contrat qui s'exécute en France, avec deux acteurs français, sans aucun élément d'extranéité, puisse échapper à l'application des lois de police, surtout pour un organe public ! C'est là une situation très préoccupante, et je vous sais gré d'avoir abordé cette question.

Nous sommes arrivés au terme de notre séance. Je remercie nos trois intervenants pour la richesse de leurs propos, et donne la parole à M. Pellissier qui va procéder à la synthèse de nos travaux.

## Synthèse de la table ronde 2

**Gilles Pellissier**

*Assesseur à la 7<sup>e</sup> chambre de la section du contentieux du Conseil d'État,*  
**rapporteur**

Les trois interventions que nous venons d'entendre mettent parfaitement en lumière l'ambivalence de l'idée d'attractivité associée à un cadre juridique national, ambivalence qui tient à ce qu'elle implique une comparaison des cadres juridiques nationaux en vue d'un choix dont le principe ne va pas de soi. Cette comparaison peut être source de compétition voire de concurrence. On peut aussi essayer d'y trouver les conditions d'une attractivité positive, qui valoriserait le cadre juridique qui serait le plus à même de reconnaître et garantir les spécificités des contrats des personnes publiques. Car, comme l'a souligné le Premier président Soulard en ouverture du colloque, il existe des différences essentielles entre le contrat privé et le contrat public, ce dernier étant le vecteur d'exécution d'un service public par l'une des parties qui, pour ce faire, détient des prérogatives à la mesure de ses obligations.

### **1. L'ambivalence de l'idée d'attractivité du cadre juridique**

D'un côté, le contenu de la recherche d'attractivité de notre cadre juridique national nous conduit, comme l'ont fait M. le conseiller Ancel et Me Jehannin, à prendre de la distance par rapport aux règles que nous avons l'habitude d'appliquer, à porter sur notre droit un regard extérieur et à nous comparer à d'autres pratiques juridiques, afin de dégager des pistes d'amélioration de notre propre système juridique.

D'un autre côté, la finalité de la recherche d'attractivité du cadre juridique suscite sinon une gêne du moins une interrogation chez le juriste, surtout s'il est de droit public, pour lequel le cadre juridique, qu'il soit procédural ou de fond, relève largement de l'ordre public. L'idée d'une mise en concurrence des ordres juridiques, qui devraient faire assaut d'attractivité pour attirer les justiciables, ne correspond pas à notre conception du droit comme expression de la souveraineté nationale et des juridictions comme chargées d'en assurer le respect, au nom du peuple souverain. En contentieux administratif, la seule petite marge de liberté du justiciable en la matière ne porte que sur la juridiction territorialement compétente que les parties à un contrat peuvent choisir...

Comme l'a montré le président Japiot, une telle concurrence existe pourtant déjà et comporte certains risques. Elle existe depuis longtemps entre les ordres juridiques étatiques et l'ordre juridique conventionnel que représente l'arbitrage, auquel les ordres juridiques étatiques ont depuis longtemps accepté de faire une place. Mais elle se dessine aussi et de manière potentiellement beaucoup plus large dans l'espace européen entre ordres juridiques étatiques, avec l'arrêt *Inkreal* de la CJUE (8 février 2024, aff. C-566/22) qui étend considérablement le champ de la liberté que le règlement européen n° 1215/2012 du 12 décembre 2012, dit « Bruxelles I bis », reconnaît aux parties pour choisir leur juge parmi les juridictions nationales.

Dans un tel cadre concurrentiel, l'attractivité du cadre juridique peut inciter à vouloir attirer les litiges qui sont susceptibles de produire le plus de retombées économiques pour ceux qui y participent en offrant ce que les justiciables les plus puissants peuvent

considérer comme un cadre juridique bienveillant pour leurs intérêts, c'est-à-dire le plus dérégulé possible.

S'agissant de l'arbitrage, il s'agirait d'un cadre juridique qui laisse la plus grande liberté possible aux parties et à leurs arbitres, le juge étatique n'intervenant que pour faire respecter un ordre public réduit à quelques grands principes internationalement reconnus.

S'agissant de la concurrence entre ordres juridiques nationaux, elle peut conduire à inciter les États à modifier leurs droits et leur façon de l'appliquer, voire à instituer des sortes de juridictions spéciales qui appliqueraient le droit que les parties auront choisi.

Dans un ouvrage paru en France au début de l'année intitulé *Le capitalisme de l'apocalypse. Ou le rêve d'un monde sans démocratie* (Seuil, 2025), le professeur à Cambridge (USA) Quinn Slobodian décrit l'instauration et le développement à travers le monde de « zones économiques spéciales » dans lesquelles les échanges commerciaux échappent aux règles nationales. La dystopie évoquée il y a un instant par le président Japiot m'a fait penser qu'une certaine conception radicale de l'arbitrage international, ou de ce à quoi pourrait aboutir la concurrence des ordres juridiques nationaux, offrirait à ceux qui cherchent ainsi à échapper aux lois démocratiques un cadre juridictionnel parfaitement adapté à « un système qui aurait finalement toute latitude de se passer de politiques publiques et de les remplacer par l'art de la négociation : une boîte noire, impossible à contrôler et seulement accessible aux parties concernées. Il n'y aurait ni garde-fous, ni contre-pouvoirs, aucun droit de recours contre les décisions prises par les négociateurs, aucun « droit » d'aucune sorte, rien que l'exercice du pouvoir à l'état brut »<sup>277</sup>.

Cette sombre projection ne correspond bien évidemment pas à l'image que chacun d'entre nous se fait de l'attractivité d'un ordre juridique ; et les risques qu'elle illustre ne doivent pas, comme l'a souligné M. Ancel, occulter les raisons positives d'une recherche d'attractivité juridictionnelle qui comporte aussi, comme l'a rappelé le président Vigneau en introduction, un enjeu stratégique de rayonnement du droit français, privé comme public, et des valeurs qui le fondent et l'animent.

Ils doivent en revanche conduire à s'interroger sur les conditions d'une attractivité positive, non concurrentielle, de l'ordre juridique, non seulement national, mais européen voire international. Je n'ai évidemment pas la prétention de répondre à cette question, encore moins en quelques minutes, mais seulement d'esquisser des pistes de réflexion à partir des interventions précédentes.

## **2. Les conditions d'une attractivité positive de l'ordre juridique**

Ces conditions devront bien sûr porter sur le contenu de l'attractivité : comme l'a souligné M. Ancel au début de son intervention, l'attractivité n'est nulle part définie et chacun peut y mettre son ressenti ou ses souhaits. Elle peut ainsi, à l'instar de la simplification, fonctionner comme un mot valise dont la connotation positive permet de poursuivre d'autres fins.

---

<sup>277</sup> H. Kunzru, *Red Pill*, éd. Alfred a Knopf Inc, New York, 2020, cité par Q. Slobodian, p. 20.

Il faudra donc préciser les valeurs ou les qualités qui confèrent de l'attractivité, comme l'ont fait d'ailleurs d'emblée le président Vigneau et M. Ancel en évoquant l'amélioration et la diversification de l'offre de justice, la sécurité juridique, l'équilibre contractuel et le respect des droits fondamentaux, ou Me Jehannin en la mesurant à l'aune de la prévisibilité et de la qualité du jugement indemnitaire. L'attractivité n'est donc pas la permissivité, comme l'illustrent les récents arrêts de la Cour de cassation qui renforce son contrôle sur le respect de l'ordre public international par la sentence arbitrale internationale. Nos deux ordres de juridiction partagent ces valeurs qui font la qualité d'un ordre juridique, comme l'ont montré les tables rondes précédentes à propos de la sécurité juridique et contractuelle.

Mais les qualités et vertus d'un ordre juridique ne suffisent pas à résoudre toutes les questions que posent la possibilité offerte aux justiciables de le choisir de préférence à celui qui est en principe compétent. Autrement dit, la réflexion sur l'attractivité ne peut faire abstraction de celle sur le champ d'application de la liberté contractuelle de choisir son juge, car ce choix n'est pas seulement celui de la procédure contentieuse, mais aussi, y compris lorsqu'il n'est pas explicitement prévu, celui de l'office du juge et du droit qu'il va appliquer.

Lorsque les cocontractants sont dans une situation de parfaite égalité, non seulement quant à la disposition qu'ils ont de leurs droits, mais aussi, et peut-être surtout, quant au poids économique qu'ils représentent, la liberté contractuelle du choix de son juge voire de son droit peut être très étendue, car l'égalité entre les parties et l'ignorance dans laquelle elles se trouvent, au moment de faire le choix du cadre juridique de la résolution de leur litige, de la position qu'elles y occuperont devrait rationnellement les conduire à choisir le cadre juridique qui offre les plus grandes garanties d'un bon jugement, tant sur la procédure (égalité, transparence, sécurité juridique) que sur l'aptitude du droit à protéger tous les droits et intérêts légitimes en litige. La fameuse théorie du voile d'ignorance<sup>278</sup> de John Rawls<sup>279</sup> devrait conduire à ce que le cadre juridique le plus juste soit aussi le plus attractif.

Mais tel ne saurait être le cas lorsque les parties ne disposent pas de tous leurs droits, ou lorsqu'elles ne sont pas sur un pied d'égalité, autrement dit dans des litiges en grande partie régis par des règles d'ordre public. Même dans les rapports exclusivement privés, les règles applicables à l'arbitrage comme le règlement Bruxelles I bis excluent certaines matières où les relations sont par nature inégalitaires – droits des personnes, droit de la consommation, droit du travail, etc. – de leur champ d'application.

Interdire de manière absolue aux personnes publiques de choisir leur cadre juridique ne serait ni justifié, ni opportun. Ce n'est d'ailleurs déjà pas le cas, qu'il s'agisse du recours à l'arbitrage, pour lequel il existe de nombreuses dérogations au principe de l'interdiction, ou de l'application du règlement Bruxelles I bis qui ne se fonde pas sur la nature publique ou privée des parties.

---

<sup>278</sup> Idée selon laquelle les individus décident des lois et des politiques économiques sans savoir comment celles-ci les affecteront personnellement.

<sup>279</sup> John Rawls (1921-2002), philosophe libéral américain, ancien professeur à Harvard et auteur en 1971 du célèbre *Théorie de la justice*.

En revanche, cette possibilité de choix doit être pour les personnes publiques plus encadrée et contrôlée, afin qu'elle ne conduise pas à leur permettre, volontairement ou involontairement, d'échapper aux contraintes légales qui s'imposent à elles dans l'intérêt général qu'elles ont pour mission de servir, et pour la protection des biens et deniers publics.

Cette exigence ne me paraît d'ailleurs pas incompatible avec la recherche d'attractivité, même si elles sont trop souvent présentées comme antagonistes, notamment dans le débat récurrent sur la répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction pour connaître des recours contre les sentences arbitrales en matière de commerce international. L'attractivité du cadre juridique français est ainsi systématiquement invoquée comme argument en faveur d'une unification de la compétence juridictionnelle au sein de la juridiction judiciaire pour connaître de toutes les sentences arbitrales internationales, y compris celles qui tranchent des litiges relatifs à l'exécution des contrats de la commande publique ou d'occupation domaniale, qui sont pour l'essentiel ceux qui sont susceptibles de donner lieu à arbitrage et pour lesquelles le Tribunal des conflits, par la décision *Inserm*<sup>280</sup>, a attribué compétence à la juridiction administrative, où elle s'exerce en premier et dernier ressort devant le Conseil d'État.

Cet argument a perdu beaucoup de sa force : la répartition des compétences actuelles n'est plus un facteur de confusion ou d'insécurité juridique, les deux catégories contractuelles sur lesquelles elle repose étant bien définies et ne donnant pratiquement plus lieu à débats contentieux devant le juge administratif et encore moins devant le Tribunal des conflits. Elles sont parfaitement compréhensibles pour les parties à un contrat du commerce international qui envisagent une clause compromissoire, qui sont en général conseillées par des juristes de haut niveau. Les inquiétudes sur l'application par le juge administratif étatique d'un contrôle de la révision au fond de la sentence n'ont plus lieu d'être depuis que, par la décision *Fosmax*<sup>281</sup>, le Conseil d'État a posé le principe d'un contrôle *sui generis* de la sentence conforme aux standards français et internationaux de contrôle de ces décisions.

La compétence de la juridiction administrative garantit d'abord un contrôle systématique tant de la possibilité pour les personnes publiques de recourir à l'arbitrage, contrôle que ne fait pas le juge judiciaire de ces sentences, que des règles relevant de la conception française de l'ordre public international auxquelles le choix d'un ordre juridique conventionnel ne saurait leur permettre de se soustraire, règles d'ordre public que le juge administratif, juge naturel des contrats administratifs, est le mieux placé pour connaître et appliquer. Entre personnes publiques et personnes privées, l'attractivité du cadre juridique, qui doit l'être pour les deux parties au contrat, pour les personnes publiques françaises comme pour les personnes étrangères, sera justement offert par un juge capable de comprendre les particularités d'un équilibre contractuel qui ne peut être le même qu'entre personnes privées.

La même remarque peut être faite à propos de la jurisprudence *Inkreal* qui semble animée par le souci de garantir la prévisibilité pour les parties des règles qui seront

---

<sup>280</sup> TC, 17 mai 2010, *Institut national de la santé et de la recherche médicale (INSERM) c/ Fondation Letten F. Saugstad*, n° 3754, p. 580.

<sup>281</sup> CE, Ass., 9 novembre 2016, *Société Fosmax LNG*, n° 388806, p. 466.

appliquées à leur litige. Ce motif suffit-il à justifier une solution qui, potentiellement, expose les parties contractantes à voir leurs litiges soumis à des juges qui vont appliquer un droit qui n'est pas celui qu'ils ont l'habitude d'appliquer à des parties qui ne sont pas leurs justiciables naturels ?

La conception purement volontaire ou conventionnelle de l'internationalité du contrat qu'affirme la jurisprudence *Inkreal* aboutit à faire des règlements Rome I et Bruxelles I bis, conçus pour régler des conflits de compétences juridictionnelles de droit international privé, le fondement d'une liberté très étendue des parties, y compris publiques, de choisir leur juge. À supposer même que l'on puisse considérer qu'aujourd'hui les standards du procès équitable sont garantis dans toutes les juridictions de l'Union européenne, il n'en va pas de même des droits et des offices des juges. Reconnaître ainsi une liberté de circulation des contentieux dans un espace européen, qui est très loin d'être unifié quant aux droits substantiels et à l'office du juge, me semble aller bien au-delà de la recherche de la garantie de prévisibilité du droit.

### **Conclusion**

La comparaison des systèmes juridiques, qu'ils soient internes, comme nous le faisons aujourd'hui entre nos ordres juridiques judiciaire et administratif ou nationaux, est toujours fructueuse en ce qu'elle fait ressortir points communs et différences. Ces différences, et la diversité de l'offre juridictionnelle qui en résulte, lorsqu'elles reposent, comme j'en ai donné un aperçu, sur des justifications rationnelles fondées sur la spécificité des missions, droits et obligations des cocontractants et sur des bases claires, ce qui est le cas aujourd'hui, sont un facteur d'attractivité de l'ordre juridique qui leur donne la place qu'elles méritent, faisant ainsi preuve de sa capacité à entendre et à traiter les droits à travers la diversité de leurs manifestations, autrement dit à donner à chaque partie ce qui lui revient, ce qui est la fonction même de la justice, qu'elle soit étatique ou conventionnelle, judiciaire ou administrative.

Pour paraphraser Montesquieu, il faut savoir dans quel cas différencier et dans quel cas uniformiser<sup>282</sup>. L'attractivité du cadre juridique contractuel ne réside pas nécessairement dans son uniformisation. La troisième table ronde montrera qu'il en va probablement de même en ce qui concerne les nouveaux champs du contrat.

**Vincent Vigneau**

*Président de la chambre commerciale, financière  
et économique de la Cour de cassation,  
modérateur de la table ronde*

Merci M. le conseiller d'État. Vous avez à la fois admirablement synthétisé notre table ronde et opéré la jonction avec la troisième et dernière séance.

---

<sup>282</sup> « (...) Le mal de changer est-il toujours moins grand que le mal de souffrir ? Et la grandeur du génie ne consisterait-elle pas mieux à savoir dans cas il faut l'uniformité, et dans quel cas il faut des différences ? (...) » (Montesquieu, *De l'esprit des lois*, livre XXIX, chapitre 18).



## Table ronde 3 : Le juge et les nouveaux champs du contrat

Cette troisième et dernière table ronde est l'occasion de prolonger les discussions sur le rôle croissant de la forme contractuelle dans de nombreux domaines du droit, qu'il s'agisse, par exemple, du droit pénal, du droit de la famille, du droit social, ou encore du droit de l'urbanisme.

Cette analyse des transformations qui sont à l'œuvre dans différents champs du droit, notamment le droit pénal, le droit civil et le droit administratif sera précieuse à la fois sur l'incidence du phénomène diffus de la *contractualisation du droit* et sur le rôle du juge ainsi en constante mutation.

### Sommaire

Biographie des intervenants .....	137
Actes de la table ronde 3 .....	139
Synthèse de la table ronde 3 .....	165



## Biographie des intervenants

*Les fonctions mentionnées sont celles exercées à la date de la conférence*

### **Modératrice**

#### **Christine Maugüé**

*Présidente de la section de l'administration du Conseil d'État*

Diplômée de l'École normale supérieure de Sèvres et de Sciences Po Paris, titulaire d'une maîtrise d'histoire, ancienne élève de l'ENA (promotion « Michel de Montaigne »), Christine Maugüé a intégré le Conseil d'État en 1988. Après avoir été rapporteure pendant trois ans, elle a été nommée responsable du centre de documentation (1991-1994), puis commissaire du Gouvernement près l'assemblée du contentieux (1994-2003). Nommée présidente de la 6<sup>e</sup> sous-section du contentieux en 2009, où elle a officié pendant quatre ans, elle a été présidente adjointe de la section de l'administration (2014-2015), puis est devenue en 2016 présidente de la 7<sup>e</sup> chambre du contentieux du Conseil d'État jusqu'en 2021. Christine Maugüé a été nommée présidente adjointe de la section du contentieux en 2021, puis présidente adjointe de la section de l'intérieur en 2023. Parmi ses autres expériences, elle a été directrice de cabinet du ministre de la justice (2013-2014), membre de la Commission nationale informatique et libertés (2019-2024), membre de la Commission supérieure de codification (2008-2013, puis 2016-2024), et présidente du conseil supérieur de l'Agence France Presse (2015-2023). Elle est, depuis 2024, présidente de la Commission de contrôle de la réglementation du Centre national du cinéma et de l'image animée. Elle fait de la conciliation sportive au Comité national olympique sportif français depuis 2016, et est membre du comité d'éthique et de déontologie de la Fédération française de rugby depuis sa création en 2017. Elle a été nommée présidente de la section de l'administration le 8 octobre 2024.

### **Intervenants**

#### **Gaëlle Dumortier**

*Présidente de la 1<sup>re</sup> chambre de la section du contentieux du Conseil d'État*

Diplômée de l'institut d'études politiques de Paris et ancienne élève de l'École nationale d'administration (ENA, promotion « Averroès »), Gaëlle Dumortier a débuté sa carrière au Conseil d'État comme auditrice (2000), avant d'être promue maîtresse des requêtes (2003), puis conseillère d'État (2015). Durant sa carrière, elle a notamment été rapporteure à la section de l'intérieur (2003-2009), rapporteure publique près l'assemblée du contentieux et la section du contentieux (2010-2016), puis assesseure à la section du contentieux du Conseil d'État à partir de 2016. Juge des référés depuis 2016, et membre suppléante du Tribunal des conflits depuis 2017, vice-présidente du collège de déontologie du ministère de la culture depuis 2018, Gaëlle Dumortier est, en outre, depuis 2020, membre de la commission des sanctions de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) et, depuis 2024, du collège de l'Autorité de la concurrence. Depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2021, elle préside la 1<sup>re</sup> chambre de la section du contentieux, notamment spécialisée dans l'aide sociale, la santé, la sécurité sociale, le travail et l'urbanisme.

**Vincent Egéa**

*Professeur de droit privé à l'université d'Aix-Marseille*

Agrégé des Facultés de droit, Vincent Egéa est professeur à Aix-Marseille université où il dirige le laboratoire de droit privé et de sciences criminelles. Il est l'auteur de plusieurs ouvrages en droit de la famille (*Droit de la famille*, éd. LexisNexis, 5<sup>e</sup> éd., 2025) et en droit patrimonial de la famille (*Droit des régimes matrimoniaux*, éd. Dalloz, 2025). Il est par ailleurs directeur scientifique de la revue *Droit de la famille* (éd. LexisNexis) et du *JurisClasseur Divorce*.

**Frédéric Desportes**

*Premier avocat général de la chambre criminelle de la Cour de cassation*

Titulaire d'une maîtrise en droit et ancien élève de l'École nationale de la magistrature (1984), Frédéric Desportes commence sa carrière comme juge des enfants au tribunal de grande instance de Montpellier (1986-1988) avant d'être nommé au ministère de la justice où il est affecté successivement à la direction des services judiciaires et à la direction des affaires criminelles et des grâces. Nommé en 1996 conseiller référendaire à la Cour de cassation, il intègre en 2003 l'inspection générale des services judiciaires. En 2009, il est chargé des fonctions de maître des requêtes au Conseil d'État. En 2012, il est nommé avocat général à la Cour de cassation et, en cette qualité, exerce les fonctions de rapporteur public au Tribunal des conflits (2014-2016). Depuis 2019, il est Premier avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation.

**Rapporteure****Sandrine Zientara-Logeay**

*Présidente de chambre, directrice du service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation*

Sandrine Zientara-Logeay est présidente de chambre à la Cour de cassation, directrice du service de documentation, des études et du rapport, depuis juillet 2022. Elle a auparavant exercé plusieurs fonctions à la Cour de cassation, d'avocate générale référendaire (2009-2012) à la chambre sociale et à la chambre criminelle, puis d'avocate générale à la chambre criminelle (2018-2022), et a été membre de la commission de réflexion Cour de cassation 2030. Elle a débuté sa carrière de magistrate comme substitue au tribunal de grande instance de Brest en 1992, et exercé des fonctions de juge au tribunal de Mamoudzou (1997-2001) et de vice-présidente au tribunal de Papeete (2005-2009). Elle a aussi été nommée à la chancellerie, notamment comme cheffe du bureau du droit à l'administration pénitentiaire (2001-2004). Elle a par ailleurs été conseillère du garde des Sceaux (2012-2014), dirigé le GIP Mission de recherche droit et justice, et été inspectrice générale de la justice (2014-2018). Elle est membre, depuis 2014, des comités de lecture des archives de politique criminelle et des *Cahiers de la justice*. Elle a codirigé plusieurs ouvrages (*Les États généraux de la recherche sur le droit et la justice*, éd. Lexis-Nexis, 2018, et *Les conditions de détention*, éd. Lexis-Nexis, 2021). Elle a été membre du Conseil national du droit et a corédigé le rapport *Attractivité et mixité des études et des professions du droit* (éd. Dalloz, 2020).

## Actes- Le juge et les nouveaux champs du contrat

**Christine Maugué**

*Présidente de la section de l'administration du Conseil d'État,*  
**modératrice de la table ronde**

Cette troisième et dernière table ronde est consacrée au juge et aux nouveaux champs du contrat.

Au terme de cette journée dédiée à cet instrument juridique qu'est le contrat, aux éléments essentiels du droit des obligations, à l'évolution de la façon dont le contrat est appréhendé par chacun de nos deux ordres de juridictions, et à l'attractivité de l'ordre juridique français, il a paru intéressant de prendre du recul et d'observer comment la forme du contrat a investi de nouveaux champs dans lesquels on ne l'attendait pas.

En effet, depuis le début de notre rencontre il a été question des formes plutôt traditionnelles du contrat comme, par exemple, le contrat civil, ou les contrats de la commande publique ; et l'on est resté dans ce schéma. Aussi est-il intéressant de voir comment l'on assiste à un véritable mouvement de contractualisation du droit apparu dans des champs de l'action publique, ainsi que dans des champs dans lesquels la place du contrat pouvait paraître incongrue, voire impossible ; je pense au droit de la famille et au procès pénal.

Aussi, les trois intervenants qui vont se succéder pour cette dernière séance vont-ils rendre compte de ce phénomène, chacun dans un domaine différent, et montrer comment le juge, lorsqu'il s'est trouvé saisi de ces formes juridiques les a traitées, et la façon dont tant le juge administratif que le juge civil ou le juge pénal se sont positionnés face à ces formes de contrats.

Pour intervenir sur ces sujets, j'ai le plaisir d'avoir à mes côtés : Gaëlle Dumortier, présidente de la 1<sup>re</sup> chambre du contentieux du Conseil d'État, qui nous parlera de la contractualisation notamment dans le champ de l'action administrative sociale et dans le domaine de l'urbanisme ; Vincent Egéa, professeur de droit privé à l'université d'Aix-Marseille, spécialiste du droit de la famille, qui nous montrera l'irruption du contrat dans le domaine du droit de la famille, aussi bien au sein des relations familiales qu'en ce qui concerne les questions de structures familiales ; et Frédéric Desportes, Premier avocat général à la chambre criminelle de la Cour de cassation, qui nous montrera comment, même dans la procédure pénale, il y a place pour une forme de contractualisation alors qu'il s'agit d'un domaine où l'on s'y attend le moins. Enfin, c'est la rapporteure de cette table ronde, Sandrine Zientara-Logeay, présidente de chambre, directrice du service de documentation, des études et du rapport de la Cour de cassation, qui aura la lourde tâche de faire la synthèse des grandes lignes qui se dégageront de ces différentes interventions.

Madame la président Dumortier, vous avez la parole.

Gaëlle Dumortier

Présidente de la 1<sup>re</sup> chambre de la section du contentieux du Conseil d'État

**La contractualisation de l'action publique  
en droit social et en droit de l'urbanisme**

« L'une des manifestations évidentes des changements que connaît l'action publique à l'heure actuelle est l'emploi croissant de mécanismes ayant une composante dite "contractuelle". Bien que l'action unilatérale soit largement présente et visible, le phénomène de la "contractualisation" de l'action gouvernementale s'impose de plus en plus dans tout le droit public, même si certaines branches semblent plus réceptives, comme le droit de l'environnement ou le droit de la concurrence. Pour les juristes, ce phénomène de "contractualisation" renvoie à la notion de contrat, catégorie claire à laquelle sont rattachées des conséquences juridiques importantes. Si plusieurs des instruments négociés ont une composante conventionnelle, volontaire, relationnelle ou consensuelle, il est moins sûr qu'ils soient tous contractuels au sens où le droit l'entend »<sup>283</sup>.

Après avoir pris la mesure de ce phénomène, désormais bien ancré dans l'action administrative, la présente intervention se penchera sur la façon dont il se traduit dans l'office du juge administratif, en s'intéressant plus particulièrement à sa manifestation dans deux domaines : le *droit social* et le *droit de l'urbanisme*.

**1. Le développement de l'utilisation de la forme contractuelle dans l'action administrative est un phénomène bien identifié et qui n'apparaît pas appelé à faiblir**

Le Conseil d'État a consacré son rapport public 2008 à cette question<sup>284</sup>. Nombre des analyses alors faites demeurent d'actualité.

*1.1. Traditionnellement regardé comme peu compatible avec l'action administrative, le contrat y a pourtant connu un essor désormais bien identifié*

**a) Même si des débats existent sur la pertinence de cette *summa divisio*, il est usuel d'opposer le contrat à l'acte unilatéral.**

Le premier se définit par la création consentie d'obligations réciproques entre les parties, devenant ainsi débitrices et créancières l'une de l'autre (l'article 1101 du code civil le désigne comme « *un accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* »). Il est en cela **difficilement compatible avec les contraintes de l'action administrative**, car l'administration, qui agit dans l'intérêt général, dont la définition relève du législateur, n'a pas la disposition de son propre pouvoir, sur lequel elle ne peut donc pas négocier, et ne peut en principe se lier que si la loi l'y autorise. L'acte unilatéral, au besoin sur demande ou proposition ou après consultation, s'accorde mieux avec cette

<sup>283</sup> P.-H. Vallée, « Le problème de la qualification juridique de l'action administrative négociée : un défi aux catégories classiques du droit ? », in *Les cahiers de droit*, n° 2, juin 2008, volume 49.

<sup>284</sup> Conseil d'État, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, rapport public 2008, éd. La Documentation française, Paris, 2008.

indisponibilité et cette asymétrie. La place du « contrat » se situe, au fond, en amont : c'est celle du contrat social.

**C'est pourquoi le recours au contrat pour l'action administrative est demeuré au XIX<sup>e</sup> siècle et jusque dans les années 1970 cantonné** à la commande publique, par laquelle l'administration, recourant à l'une des fonctions les plus anciennes du contrat, se procure les moyens de son action en achetant des biens, services ou travaux par les personnes publiques en payant un prix, à la délégation de service public, à la gestion du domaine et – à titre d'ailleurs en principe dérogatoire – au recrutement d'agents publics.

**b) À partir des années 1970, toutefois, le recours au contrat par les personnes publiques s'est étendu à des champs nouveaux** – parfois comme on va le voir par abus de langage –, donnant ce faisant d'ailleurs lieu à une littérature abondante, plus encore à partir des années 2000.

**Le domaine social est l'un de ceux dans lesquels il s'est le plus tôt développé**, au-delà de celui du travail dans lequel la négociation collective joue, sous la houlette vigilante de l'administration, un rôle important depuis le début du XX<sup>e</sup> siècle.

Ainsi, **dans les domaines de la santé et de la sécurité sociale**, le contrat est utilisé depuis 1971 pour définir au niveau national les relations entre l'assurance maladie et les professions médicales et paramédicales, avec un pouvoir d'approbation par l'État. Les caisses de sécurité sociale elles-mêmes passent des conventions d'objectifs et de gestion avec l'État. Depuis 1996, les agences régionales de l'hospitalisation et, désormais, de santé (ARS), concluent avec les établissements de santé des contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens d'une durée de cinq ans – avec un contenu précisé par la loi. La fixation du prix des médicaments pris en charge par l'assurance maladie est fixée par le Comité économique des produits de santé par convention avec le laboratoire et, à défaut seulement, par une décision unilatérale.

**Dans le domaine de l'aide sociale**, depuis 1975, les établissements et services sociaux et médico-sociaux accueillant des bénéficiaires de l'aide sociale passent des conventions avec les collectivités publiques fixant leurs objectifs prévisionnels, les critères d'évaluation de leur activité et les coûts des prestations imputables à l'aide sociale. Le revenu minimum d'insertion, depuis 1988, et le revenu de solidarité active (RSA), désormais, s'accompagne de la conclusion d'un contrat d'insertion faisant notamment apparaître « *la nature des engagements réciproques* », dont la loi a précisé en 2003<sup>285</sup> que son contenu était « *débatu entre la personne chargée de son élaboration et l'allocataire* » et qu'il était « *librement conclu* » par les parties<sup>286</sup>, désormais dénommé contrat d'engagement<sup>287</sup>.

En 2002, lors d'une journée d'études organisée à l'École nationale d'administration par l'Institut français des sciences administratives, le professeur Richer se penchant sur « *l'essor du concept contractuel* » s'amusait à paraphraser l'ouvrage du professeur

<sup>285</sup> Loi n° 2003-1200 du 18 décembre 2003 portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité.

<sup>286</sup> Article 42-4 de la loi n° 88-1088 du 1<sup>er</sup> décembre 1988 relative au revenu minimum d'insertion, codifié à l'article L. 262-37 du code de l'action sociale et des familles.

<sup>287</sup> Et figurant à l'article L. 262-34 du code de l'action sociale et des familles.

Carbonnier en proposant d'ajouter à son intervention le sous-titre « *administration et passion du contrat sous la V<sup>e</sup> République* » et remarquait que « *le contrat est considéré comme un moyen sans équivalent pour résoudre les problèmes. (...) Mais à force d'être utilisé, le procédé contractuel est devenu tout à fait conformiste, il s'est banalisé* »<sup>288</sup>.

1.2. *Si cet essor n'est pas sans inconvénients, il paraît devoir perdurer compte tenu des ressorts sur lesquels il repose*

a) Lors de la même journée d'études, en 2002, le président Denoix de Saint Marc, alors vice-président du Conseil d'État, était réservé sur cette extension : « *On rencontre aujourd'hui le contrat partout dans l'administration. Il n'est pas facile de les sérier et de les hiérarchiser* » et évoquait « *le recours à des techniques plus ou moins contractuelles et plus ou moins englobées sous le vocable de "partenariat" (...) notion assez creuse qui n'a pas (...) de contenu précis sur le plan juridique, mais qui a une valeur symbolique* ». Il mettait en garde sur les limites de l'action contractuelle : « *dans cet ensemble de mécanismes, de régimes juridiques et d'institution (...), il faut rechercher les véritables contrats et détecter les trompe-l'œil. Il faut aussi rechercher les limites à l'action contractuelle. (...) On ne saurait, selon moi, élever l'administration contractuelle au rang de panacée. On ne peut pas gouverner par contrat* »<sup>289</sup>.

Le rapport public de 2008 du Conseil d'État lui aussi invitait à bien mesurer **les risques du contrat** : la norme qu'il contient étant née de la négociation, elle est fréquemment imprécise ou ambiguë sur les points les plus délicats, plus complexe que la norme unilatérale du fait de l'absence de consolidation des avenants et plus difficilement accessible, davantage sujette aux illégalités, en particulier aux ruptures d'égalité.

b) Il invitait en conséquence à en faire un usage mieux maîtrisé sur ces différents points, après avoir constaté qu'hormis dans les fonctions de souveraineté, dans lesquelles son recours est exclu, **les avantages du contrat** pouvaient rendre **judicieux pour l'administration d'y recourir**.

À ce titre, il s'est tout d'abord essayé à identifier **les nouvelles fonctions du contrat**, au-delà de ses quatre fonctions traditionnelles telles qu'elles justifiaient son usage dans ses quelques domaines d'origine (support à l'échange marchand, organisation des services publics, garantie du contenu de droits ou de responsabilités, prévention ou résolution des conflits individuels ou collectifs).

Il a ainsi constaté que c'était parfois la négociation elle-même (davantage que son issue dans un contrat) qui était recherchée, la clarification de la norme ou de l'action publique (cas, par exemple, du contrat d'insertion pour afficher le comportement attendu), l'énonciation d'objectifs politiques ou programmatiques, la souplesse à travers le contournement des règles usuelles de l'action publique, le management (contrats d'objectifs et de gestion), l'expérimentation, la légitimation (reconnaissance par une sorte de « label » accordé au co-contractant). Et il estimait que le contrat pouvait permettre une meilleure acceptabilité de la norme et donc la garantie de son application, la mobilisation de l'expertise du co-contractant et donc sa plus grande pertinence et sa meilleure efficacité, la responsabilisation du co-contractant (contrats

<sup>288</sup> L. Richer, « La contractualisation comme technique de gestion des affaires publiques », in *AJDA*, 2003, p. 973.

<sup>289</sup> R. Denoix de Saint Marc, « La question de l'administration contractuelle », in *AJDA*, 2003, p. 970.

de performance, etc.) et donc un meilleur partage des risques et une meilleure prévisibilité, l'individualisation et donc une meilleure adéquation aux circonstances particulières.

**c) De fait, le développement de la forme contractuelle continue de se vérifier.** Un rapide sondage – on ne saurait songer à faire un inventaire exhaustif dans le format limité de cette intervention ! – en témoigne :

Mentionnons ainsi, **en matière d'action sociale**, du côté des « contrats » passés avec des personnes,

- la « cohabitation intergénérationnelle solidaire », qui permet à des personnes de soixante ans et plus de louer ou de sous-louer à des personnes de moins de trente ans une partie du logement dont elles sont propriétaires ou locataires dans le respect des conditions fixées par le contrat de cohabitation intergénérationnelle solidaire prévu à l'article L. 631-17 du code de la construction et de l'habitation, afin de renforcer le lien social et de faciliter l'accès à un logement pour les personnes de moins de trente ans<sup>290</sup> ;
- la mesure d'accompagnement social personnalisé (MASP), dont peut bénéficier toute personne majeure qui perçoit des prestations sociales et dont la santé et la sécurité sont menacées par les difficultés qu'elle éprouve à gérer ses ressources, « *prend la forme d'un contrat conclu entre l'intéressé et le département* » qui « *repose sur des engagements réciproques* »<sup>291</sup> ;
- dans les établissements et services sociaux et médico-sociaux, afin de garantir l'exercice effectif de ses droits et libertés notamment de prévenir tout risque de maltraitance, il est « remis » à la personne accueillie ou à son représentant légal un « contrat de séjour » dont un contrat minimal est fixé par voie réglementaire ou un « contrat d'accompagnement par le travail » conforme à un contrat-type s'il s'agit d'un établissement ou service d'accompagnement par le travail<sup>292</sup> ;
- aucun établissement d'hébergement pour personnes âgées ne peut héberger une personne âgée sans qu'ait été conclu avec cette personne ou son représentant légal un « contrat écrit », qui peut être à durée déterminée ou indéterminée, comportant en annexe « un document contractuel » décrivant l'ensemble des prestations de l'établissement et leur prix, lequel est « librement fixé » et précisant les prestations dont le « souscripteur » déclare vouloir bénéficier au-delà du « socle de prestations », qui doit être « complété » en cas de création d'une nouvelle prestation et faire l'objet d'un « avenant » en cas de changement dans les prestations souscrites<sup>293</sup> ;

... et du côté des contrats passés avec des établissements, s'agissant des établissements et services sociaux et médico-sociaux ou assimilés, les « conventions »

<sup>290</sup> Article L. 118-1 du code de l'action sociale et des familles, issu de la loi n° 2018-1021 du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique (dite loi « ELAN »).

<sup>291</sup> Article L. 271-1 du code de l'action sociale et des familles, depuis la loi n° 2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs.

<sup>292</sup> Article L. 311-4 du code de l'action sociale et des familles, depuis la loi n° 2002-2 du 2 janvier 2002 rénovant l'action sociale et médico-sociale.

<sup>293</sup> Articles L. 342-1 et suivants du code de l'action sociale et des familles.

historiques mentionnées plus haut se complètent désormais de contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens conclus avec l'autorité de tarification, en principe à titre facultatif<sup>294</sup> mais devenus obligatoires pour certaines catégories d'établissements<sup>295</sup>, ce contrat, soumis en général à un modèle-type comprenant un cahier des charges et pouvant inclure l'ensemble des services gérés et s'ajoutant à la convention qui doit être obligatoirement établie entre les gestionnaires de ces services et l'État<sup>296</sup>, s'ajoutant elle-même à l'autorisation requise pour tous les établissements et services figurant à l'article L. 312-1 du code de l'action sociale et des familles.

**En droit de l'urbanisme**, matière de police par nature rétive au procédé contractuel, le contrat était traditionnellement utilisé pour la réalisation des opérations d'aménagement, selon les modalités classiques de la commande publique et a continué de l'être de façon plus marquée avec l'essor de contrats autour de grands projets d'aménagements<sup>297</sup>. La loi « ELAN » a développé cette dimension « partenariale » en y ajoutant les conventions de projet partenariat d'aménagement<sup>298</sup> et les conventions d'opérations de revitalisation du territoire<sup>299</sup>, ouvertes à « tout acteur privé » susceptible de prendre part à la réalisation des opérations prévus par la convention. On remarque surtout l'apparition de la convention de projet urbain partenarial (article L. 332-11-3 du code de l'urbanisme), sur laquelle on reviendra, permettant, dans un périmètre à fixer par la convention, de mettre à la charge des propriétaires fonciers, des aménageurs ou des constructeurs le coût des équipements publics à réaliser pour répondre aux besoins des futurs habitants ou usagers des constructions à édifier et que la taxe d'aménagement ne permettrait pas de financer convenablement ou, lorsque la capacité des équipements programmés excède ces besoins, la fraction du coût proportionnelle à ceux-ci.

Par ailleurs, ces différents contrats sont de plus en plus souvent accompagnés par le législateur de procédures permettant une mise en compatibilité des documents d'urbanisme avec ces projets (les conventions d'opération de revitalisation du territoire peuvent même comporter un engagement de la collectivité compétente en matière de plan local d'urbanisme de procéder aux modifications des documents d'urbanisme nécessaires à sa mise en œuvre).

---

<sup>294</sup> Article L. 313-11 du code de l'action sociale et des familles et article L. 313-11-1 pour les services autonomie à domicile et les services d'aide et d'accompagnement à domicile.

<sup>295</sup> En particulier les CHRS et, plus généralement, les structures dédiées à l'accueil et à l'insertion des personnes et familles (article L. 313-11-2), les services établissements sociaux ou médico-sociaux accueillant des personnes handicapées (article L. 313-12-2) les établissements médico-sociaux et les établissements de santé accueillant des personnes âgées dépendantes, mais sous la forme d'une « convention tripartite » qui leur est spécifique (article L. 313-12 du code de l'action sociale et des familles), ainsi que les centres d'accueils pour demandeurs d'asile (article L. 348-4) et les centres provisoires d'hébergement pour réfugiés ou bénéficiaires de la protection subsidiaire (article L. 349-4).

<sup>296</sup> Article L. 345-3 du code de l'action sociale et des familles.

<sup>297</sup> Tels que les contrats de développement territorial dans le cadre du Grand Paris et les contrats de réalisation des projets d'intérêt majeur en dehors de ce cadre, permettant d'associer aux personnes publiques des sociétés publiques locales, notamment d'aménagement (article L. 350-1 du code de l'urbanisme).

<sup>298</sup> Article L. 312-2 du code de l'urbanisme.

<sup>299</sup> Article L. 303-2 du code de la construction et de l'habitation.

Plus anecdotique, mais méritant d'être relevé, l'administration multiplie depuis une quinzaine d'année pour compléter, voire concurrencer les normes contenues dans les plans locaux d'urbanisme les « chartes d'urbanisme » ou « chartes promoteurs ».<sup>300</sup>

Enfin, on ne saurait passer sous silence l'apparition dans la fonction publique d'un véritable droit des accords collectifs, depuis la loi du 6 août 2019 et l'ordonnance n° 2021-174 du 17 février 2021. Alors que la négociation est longtemps demeurée dépourvue de toute portée juridique dans la fonction publique, l'ordonnance du 17 février 2021 définit des cas et conditions dans lesquels les accords majoritaires disposent d'une portée ou d'effets juridique, en prévoyant qu'ils peuvent comporter des dispositions édictant des mesures réglementaires, sauf s'il s'agit de règles que la loi a chargé un décret en Conseil d'État de fixer. Une fois entré en vigueur, l'accord s'impose à l'autorité administrative ou territoriale signataire, qui est tenue de l'appliquer.

## **2. Compte tenu des effets de la nature de l'acte sur l'office du juge administratif, celui-ci est conduit à réguler la variété de l'utilisation de la forme contractuelle dans l'action administrative en lui restituant sa juste nature juridique**

Comme cela a été remarqué<sup>301</sup>, « le recours à l'action administrative négociée est davantage fondé (...) sur des valeurs gestionnaires (atteinte de résultats, efficacité, participation publique) que sur des valeurs juridiques (...). Cela explique sans doute, pour une bonne part, les difficultés majeures associées à la qualification des instruments négociés. Or, la qualification revêt une importance cruciale pour les juristes, puisque c'est elle qui (...) détermine souvent la nature des problèmes juridiques susceptibles de survenir dans une situation donnée ». Il n'en va pas différemment pour le juge, qui doit qualifier l'acte pour déterminer dans quel cadre il doit résoudre le litige.

*2.1. Saisi de litiges mettant en cause cette variété d'actes présentés comme des contrats, le juge administratif se trouve tenu d'en vérifier la nature pour déterminer son propre office*

**a)** Qu'un requérant se prévale d'un contrat signé avec l'administration ou l'attaque, la première tâche du juge administratif est de s'assurer de la nature et de la portée de cet acte, de « détecter les trompe-l'œil » pour reprendre l'expression du président Denoix de Saint Marc.

« Il revient en bout de chaîne au juge la tâche difficile de "recoller après coup les bonnes étiquettes sur les flacons" », comme le résumait avec humour le rapport annuel de 2008<sup>302</sup>. Il importe en effet, d'abord, de déterminer s'il s'agit d'un acte revêtu d'une quelconque portée juridique, ou simplement de la formalisation d'une intention, ou d'un cadre préexistant, ou de droit souple pour savoir s'il est opposable ou susceptible de recours. Et si tel est le cas, de déterminer le juge compétent pour en connaître au sein de la juridiction administrative (potentiellement différent selon qu'il s'agit ou non d'un acte réglementaire), son régime et l'office du juge – plein contentieux en principe

<sup>300</sup> Sur tous ces sujets, on peut lire E. Carpentier, « Le droit de l'urbanisme postmoderne », in *AJDA*, 2025, p. 326.

<sup>301</sup> P.-H. Vallée, op. cit.

<sup>302</sup> Op. cit., p. 251.

s'il s'agit d'un véritable contrat, ou excès de pouvoir à défaut, bien souvent, notamment s'il s'agit d'un acte unilatéral « masqué ». S'ajoute désormais également dans ce dernier cas la question, dépendant de la qualification d'acte réglementaire ou non réglementaire de cet acte unilatéral, de savoir la façon dont peut être traitée une exception d'illégalité, celle de l'exercice ou non d'une « appréciation dynamique de la légalité » et celle de la possibilité de demander directement au juge, à titre subsidiaire, d'abroger l'acte en cause. Tout cela, il revient au juge de le faire d'office, que les parties en débattent ou non.

**b) Or, il est très fréquent que, dans les nouvelles hypothèses dans lesquelles l'administration recourt à la « forme contractuelle », l'acte en question ne soit en réalité pas un contrat, voire pas même un acte revêtu d'une portée juridique, en tout cas pas qui permette de s'en prévaloir, de l'opposer ou de l'attaquer.**

Il existe, certes, d'authentiques situations contractuelles parmi celles issues de ces « nouveaux contrats », y compris s'agissant de certains dispositifs d'accompagnement. Tel était le cas de la convention de contrat emploi-formation conclue entre un employeur et l'État en application d'un décret du 22 septembre 2022. Tel est le cas de la convention de projet urbain partenarial, auquel s'applique l'office du juge du contrat<sup>303</sup>.

Mais il demeure très fréquent que la situation ne puisse pas être regardée comme telle, soit que l'administration ne soit pas autorisée à contracter en la matière, soit qu'il n'existe pas d'engagements réciproques, soit encore que l'administration ne dispose pas de pouvoir d'appréciation pour déterminer des obligations réciproques dont la source se trouve en réalité, pour l'essentiel, dans la loi, le règlement ou dans une autre décision prise en amont<sup>304</sup>.

Du côté des actes de forme contractuelle qui sont de valeur réglementaire, plusieurs situations se distinguent.

Dans certains cas, – celui des conventions nationales passées entre l'assurance maladie et les professions de santé –, les parties n'exercent pas le pouvoir réglementaire, mais concluent des contrats administratifs auxquels l'approbation par l'État confère un caractère réglementaire<sup>305</sup>. On qualifie parfois ces actes d'« actes réglementaires à élaboration négociée ».

À noter que la situation des conventions d'assurance chômage est différente et particulière puisqu'il s'agit non seulement bien de conventions, mais de surcroît de droit privé, dont le juge administratif connaît non pas en raison de ce que l'agrément

<sup>303</sup> CE, 12 mai 2023, *Société Massonex*, n° 464062, aux Tables.

<sup>304</sup> Voir, sur ce point, les conclusions de Rémi Decout-Paolini sur : CE, 15 décembre 2015, *M. Allilaire*, n° 377138, T. p. 553 ; et celles de Marie Sirinelli sur : CE, 4 décembre 2019, *Mme Muller-Schneider*, n° 418975, aux Tables.

<sup>305</sup> CE, 18 octobre 1974, *Conférence nationale des auxiliaires médicaux et paramédicaux et autres*, p. 496 ; CE, sect., 18 février 1977 *Hervouët*, n° 99086, p. 98 ; CE, sect., 9 octobre 1981, *Syndicat des médecins de la Haute-Loire*, n° 20026, p. 360, s'agissant de la Convention nationale des médecins ; CE, 10 juin 1994, *Confédération française des syndicats de biologistes et autres*, n° 141685 B, sol. imp. s'agissant du « protocole d'accord » passé entre l'État, la Caisse nationale d'assurance maladie et au moins une autre caisse d'assurance maladie et une ou plusieurs des organisations syndicales représentatives des directeurs de laboratoires d'analyse de biologie médicale et fixant le montant total des frais d'analyse et d'examen pris en charge par l'assurance maladie ainsi que les tarifs applicables.

à l'entrée en vigueur duquel ils sont subordonnés en ferait des actes réglementaires, mais du fait qu'il s'agit d'actes d'application de la loi dont l'entrée en vigueur est subordonnée à leur agrément<sup>306</sup>.

Dans d'autres cas, la négociation aboutit à la conclusion d'un acte directement réglementaire (c'est le cas des conventions passées avec le Comité économique des produits de santé sur le prix d'un médicament ou d'un dispositif médical<sup>307</sup>), mais il est difficile de considérer que le pouvoir réglementaire serait exercé conjointement car l'administration dispose, à défaut de conclusions d'une convention, du pouvoir d'élaborer unilatéralement le même acte.

Les contrats-types ou conventions-types – comme, par exemples, ceux établis sur le fondement du code de déontologie médicale ayant pour objet l'exercice de la médecine au sein d'entreprises, de collectivités ou d'institutions de droit privé, ou celles selon lesquelles sont établis les contrats pluriannuels d'objectifs et de moyens conclus entre la personne morale gestionnaire d'un établissement ou service social ou médico-social et l'État – n'ont pas de caractère contractuel et sont directement des actes unilatéraux réglementaires et susceptibles de recours dès lors qu'il ne s'agit pas de simples modèles dépourvus de toute force contraignante<sup>308</sup>. La nature des CPOM eux-mêmes est pour sa part plus incertaine, nonobstant leur dénomination de contrat ou d'« avenant » pouvant être utilisée à leur égard<sup>309</sup>, *a fortiori* s'agissant de ceux dont la conclusion est obligatoire, qui peuvent eux aussi davantage s'apparenter à des actes unilatéraux négociés<sup>310</sup>.

Du côté des actes non réglementaires mobilisant un ressort contractuel mais ne plaçant pas leurs signataires dans une « situation contractuelle », on peut signaler le « contrat de séjour » signé par la personne prise en charge par un établissement ou un service social ou médico-social (dont l'article L. 311-4 du code de l'action sociale et des familles prévoit d'ailleurs, comme on a dit plus haut, qu'il lui est simplement « remis »)<sup>311</sup>, ou le « contrat d'hébergement » de la personne accueillie dans un établissement public de santé<sup>312</sup>, dès lors qu'un usager d'un service public administratif est dans un rapport de droit public avec cet établissement.

<sup>306</sup> Voir, sur ce point : CE, sect., 23 mars 2012, *Fédération sud santé sociaux*, n° 331805, p. 102, et les conclusions de Claire Landais in *RFDA*, 2012. 429.

<sup>307</sup> CE, 10 juin 1994, *SA Parke-Davis et autres*, n° 125830, T. p. 735 ; CE, 3 mai 2004, *Société Les Laboratoires Servier*, n° 257698, aux Tables.

<sup>308</sup> CE, 13 mai 1987, *Syndicat national professionnel des médecins du travail*, n° 13751, aux Tables, s'agissant des contrats types établis sur le fondement du code de déontologie médicale et adoptés par le conseil national de l'ordre. CE, 22 juin 2012, *CIMADE et autres*, n° 352904, aux Tables sur un autre point, sol. imp. s'agissant des conventions conclues entre les centres d'accueil pour demandeurs d'asile et l'État.

<sup>309</sup> Article L. 313-14-1 du code de l'action sociale et des familles.

<sup>310</sup> Voir, à ce propos : P. Naitali, « Le contrat pluriannuel d'objectifs et de moyens, source d'insécurité juridique et budgétaire », in *RDSS*, 2022. 652.

<sup>311</sup> CE, 5 juillet 2017, *Mme Bosser*, n° 399977, aux Tables, jugeant que « les usagers de ce service public [administratif] ne sauraient être regardés comme placés dans une situation contractuelle vis-à-vis de l'établissement concerné » et soulevant d'office la méconnaissance du champ d'application de la loi par un juge du fond qui avait réglé un litige opposant un usager et un établissement sur le fondement de la responsabilité contractuelle de cet établissement.

<sup>312</sup> CE, 3 février 2016, *Hôpital de Prades*, n° 388643 et, plus largement, CE, sect. 11 janvier 1991, *Mme Biancale*, n° 93348, au Recueil, qui rappelle que les personnes admises dans les services des hôpitaux ne sont pas placées dans une situation contractuelle, mais sont usagers d'un service public administratif ; ou encore CE, 6 avril 1992, *Petit*, n° 94371, aux Tables, selon laquelle « les personnes admises dans les

Tout aussi douteuse est la nature contractuelle de la « mesure d'accompagnement social personnalisée », dont le Conseil constitutionnel a jugé qu'elle ne constitue pas une prestation sociale mais se borne à aménager les conditions d'exercice de la compétence d'aide sociale de droit commun relevant des départements depuis 1983<sup>313</sup>, ce dont on peut déduire qu'il est obligatoire pour le département<sup>314</sup>.

On peut, dans le même ordre d'idées, relever que, s'agissant de la responsabilité de Pôle emploi engagée à raison de l'insuffisant suivi de son « projet personnalisé d'accès à l'emploi », dont l'article L. 5411-6 du code du travail prévoit qu'il est « élaboré et actualisé conjointement par le demandeur d'emploi et Pôle emploi », le Conseil d'État se place sur le terrain d'une responsabilité pour faute extra-contractuelle et non pas contractuelle<sup>315</sup>.

Parmi les actes qui ne sont pas susceptibles de recours, le contrat d'insertion et, désormais, le contrat d'engagement conclu avec le bénéficiaire du revenu de solidarité active, en dépit, on l'a vu, de tous les indices trompeurs semés par le législateur<sup>316</sup>. L'acte est en réalité largement assimilable à du droit souple et se borne à formaliser les obligations réciproques dont la source se situe dans la loi, le règlement et la décision d'admission au RSA. C'est un contrat essentiellement « pédagogique ». Tout au plus l'allocataire peut-il s'en prévaloir à l'appui d'une autre revendication<sup>317</sup> et l'administration suspendre le versement du RSA dans le cas où le bénéficiaire, sans motif légitime, fait obstacle à son établissement ou son renouvellement par son refus de s'engager à entreprendre les actions nécessaires à une meilleure insertion, soit ne respecte pas le contrat conclu<sup>318</sup>.

En revanche, le tribunal administratif de Rouen n'a pas estimé qu'une « charte de l'urbanisme et du cadre de vie » adoptée par une délibération du Conseil municipal et fixant les « engagements » devant être signés par l'ensemble des opérateurs immobiliers pouvait relever du droit souple, mais jugé au contraire qu'elle empiétait sur la compétence du règlement du plan local d'urbanisme et était illégale pour ce motif<sup>319</sup>. Ces documents sont donc en principe réglementaires.

Dans ce paysage, la nature juridique et le régime contentieux des accords collectifs conclus dans la fonction publique sur le fondement de l'ordonnance du 17 février 2021

---

*services d'un établissement de soins ou d'hébergement publics ne sont pas placées dans une situation contractuelle vis-à-vis de cet établissement ».*

<sup>313</sup> CC, 18 octobre 2010, n° 2010-56 QPC, *Département du Val-de-Marne*, pt 6.

<sup>314</sup> Voir sur ce point les conclusions d'Anne Courrèges sur la décision du 19 juillet 2010, *Département du Val-de-Marne*, n° 340028, renvoyant la QPC au Conseil constitutionnel.

<sup>315</sup> CE, 28 décembre 2018, *M. Klai*, n° 411846, aux Tables, p. 949.

<sup>316</sup> CE, 4 décembre 2019, *Mme Muller-Schneider*, op. cit. ; et la note de M. Long, « Le contrat d'insertion n'est pas un véritable contrat », in *AJDA*, 2020, p. 951.

<sup>317</sup> Voir, sur ce point : CE, 14 février 2025, *Département de la Haute-Savoie*, n° 490851, inédite au Recueil.

<sup>318</sup> CE, 15 décembre 2015, *M. Allilaire*, op. cit.

<sup>319</sup> TA Rouen, 26 janvier 2023, *Préfet de la Seine-Maritime c/ commune de Boisguillaume*, n° 2202586, in *AJDA*, 2023, p. 516. Le Conseil d'État a dans le même sens jugé que le règlement du plan local d'urbanisme pouvait renvoyer à un « cahier de recommandations architecturales », adopté selon les mêmes modalités procédurales, le soin le soin d'expliquer ou de préciser certaines des règles figurant dans le règlement auquel il s'incorpore, mais qu'un tel document ne pouvait toutefois être opposé aux demandes d'autorisation d'urbanisme « que s'il y est fait expressément référence dans le règlement et que ce cahier se contente d'expliquer ou préciser, sans les contredire ni les méconnaître, des règles figurant déjà dans le règlement » (CE, 2 juin 2023, *Société civile immobilière du 90-94 avenue de la République*, n° 461645, au Recueil).

restera à préciser, ce qui ne devrait d'ailleurs pas tarder puisque des contentieux sont en cours.

2.2. *Ce faisant, le juge administratif est appelé à exercer une forme de « régulation » sur l'utilisation de la forme contractuelle dans l'action administrative, qui peut d'ailleurs en favoriser l'usage*

a) En explicitant la véritable nature des actes étiquetés comme des « contrats » et leur régime juridique, **le juge contribue à remettre de l'ordre** dans l'usage trop foisonnant de cette terminologie et, dans une certaine mesure, à réinjecter de la clarté et de sécurité juridique. **Dans une certaine mesure seulement**, car il reste que les protagonistes ont pu croire à tort ou peuvent faire mine de croire être les bénéficiaires d'un contrat et qu'il n'est jamais complètement satisfaisant de devoir se munir d'une décision de justice pour être en capacité de « décoder » ce qu'est l'acte derrière son masque contractuel et le régime qu'il emporte<sup>320</sup>.

L'exercice reste, en outre, assez difficile à pratiquer pour le juge, car il n'est pas rare que l'intention de l'administration, fût-ce dans la rédaction de l'acte ou du cadre normatif organisant le recours à un tel acte, ne puisse pas se déceler et qu'elle-même ne sache pas beaucoup mieux que les signataires des contrats ce qu'est l'acte qu'elle a signé. Ainsi pour la négociation dans la fonction publique.

Surtout, ni l'intention des parties, ni même celle de la seule administration ne suffisent au juge à qualifier la nature de l'acte. Bien souvent, ce qui détermine *in fine* « l'étiquetage » retenu par le juge, c'est la règle d'interprétation légale. La qualification donnée est guidée par le principe de légalité. L'acte sera regardé comme réglementaire, en tout cas comme unilatéral, voire dépourvu de toute portée juridique, parce qu'il ne saurait légalement être contractuel. Ainsi, par exemple, de la fixation du prix d'un médicament remboursable, parce que, tout comme en matière de subvention<sup>321</sup>, l'administration ne saurait négocier le versement de deniers publics. Ou encore du contrat d'insertion, parce que l'octroi d'une prestation légale d'aide sociale est régi par les lois et règlements et que ni l'administration, ni l'allocataire n'en disposent. « *De contrat donc point. Mais alors quel doit être le régime contentieux de l'acte unilatéral ainsi dévoilé ?* », interrogeait Marie Sirinelli dans ses conclusions sur l'affaire Muller-Schneider, résumant ce faisant le cheminement du juge<sup>322</sup>.

b) On peut **s'interroger sur l'équilibre auquel on parvient** ainsi, car il en résulte que l'usage « raisonné » du contrat auquel invitait le rapport public de 2008 n'est pas encore une réalité. Ce ne sont pas tant les fonctions du contrat qui intéressent l'administration que les fonctions « de la forme contractuelle », quitte à ce qu'elle en abandonne la régulation au juge. Or, si celui-ci n'a pas d'autre solution que de faire ce travail le moment venu, il reste que l'administration s'expose elle aussi à des

<sup>320</sup> Il n'est pas rare que le juge administratif soit obligé de faire état de ce que l'acte n'est pas contractuel en dépit de ce que disent les textes ; voir par exemple la décision : CE, 3 février 2016, *Hôpital de Prades*, n° 388643, aux Tables.

<sup>321</sup> Voir : CE, 29 mai 2019, *Société Royal cinéma – M. Romanello*, avis n° 428040, au Recueil ; et les conclusions d'E. Cortot-Boucher in *Bulletin juridique des contrats publics*, n° 126, septembre-octobre 2019, pp. 350-353, rappelant que « *le fait que le législateur ait eu recours [au terme de convention] ne vous a jamais fait perdre de vue que l'attribution d'une subvention est un acte fondamentalement unilatéral, à travers lequel se manifeste la seule volonté de l'administration* ».

<sup>322</sup> CE, 4 décembre 2019, *Mme Muller-Schneider*, op. cit.

déconvenues et se prive de la latitude qui est normalement la sienne de choisir – quand en tout cas elle a le choix – l’outil juridique qui correspond au régime juridique qu’elle veut mettre en place.

Certes, on l’a dit, le contrat demeure un outil utile à l’action publique. S’il s’est installé dans le paysage juridique administratif depuis maintenant une cinquantaine d’années, c’est qu’il a des vertus propres qui peuvent justifier d’y recourir. Il est à craindre cependant que ces vertus ne soient pas si grandes si elles s’avèrent purement faciales et consistent seulement à recourir à un procédé d’habillage qui trouvera, le moment venu, sa contrepartie en un déshabillage qu’on attribuera au juge, sans en avoir véritablement décidé et sans que ce dernier puisse l’éviter car, comme cela a été rappelé à titre introductif, la notion de contrat renvoie à une « *catégorie claire à laquelle sont rattachées des conséquences juridiques importantes* », qui, qu’on le veuille ou non, restent difficilement compatibles avec l’action administrative.

**Christine Maugué**

*Présidente de la section de l’administration du Conseil d’État,*  
**modératrice de la table ronde**

Merci Madame la présidente. La parole est au professeur Egéa.

**Vincent Egéa**

*Professeur de droit privé à l’université d’Aix-Marseille*

**L’irruption du contrat dans le domaine du droit de la famille  
dans les relations familiales et les questions de structure familiale**

Quand il a été question de la conquête de nouveaux territoires par le contrat, de manière immédiate le droit de la famille a été cité. Pourtant, durant très longtemps, le droit de la famille et le droit des contrats sont restés étrangers l’un à l’autre. La terminologie est intéressante ici, car si l’on reprend des ouvrages ou des articles sur ces thèmes, l’on verra défini le droit de la famille comme étant un bastion ou une citadelle pour bien montrer sa position abstraite par rapport aux évolutions du droit des contrats.

Ceci s’explique parce que longtemps, le droit de la famille a été conçu comme étant véritablement l’expression d’un ordre public de direction. Des citations extrêmement célèbres de Portalis<sup>323</sup> existent sur ce point : « *Notre objet a été de lier les mœurs aux lois, et de propager l’esprit de famille, qui est si favorable, quoi qu’on en dise, à l’esprit de cité. (...) Les vertus privées peuvent seules garantir les vertus publiques ; et c’est par la petite patrie, qui est la famille, que l’on s’attache à la grande ; ce sont les bons pères, les bons maris, les bons fils qui font les bons citoyens* ».<sup>324</sup>

Alors, évidemment, puisque dans ce contexte initialement en droit de la famille la loi établissait des dispositions impératives : distinguer entre les types de famille en accordant une primauté ou, plus exactement, une exclusivité à la famille légitime, il y

<sup>323</sup> Jean-Étienne-Marie Portalis (1746-1807), avocat, juriconsulte, philosophe du droit et homme d’État français.

<sup>324</sup> J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire du premier projet de code civil*, 1801.

avait peu de place pour une volonté qui allait créer un contenu contractuel. Il n'était pas question de ceci, car un seul modèle dominait : celui de la famille légitime, que l'on y adhère ou pas. L'on était proche de l'idée d'œuvre et d'institution dans le sens de Hauriou<sup>325</sup>. C'est ainsi que le droit classique de la famille issu de 1804 était conçu.

Il faut toutefois relativiser cela parce que le droit de la famille connaissait tout de même des contrats de donation et du mariage, ce dernier aboutissant à un régime matrimonial régi par un principe d'immutabilité dont il n'était pas question de changer, jusqu'à la loi de 1965 dite loi « Carbonnier »<sup>326</sup>.

Dans cette perspective, le contrat de mariage et le contrat de donation se trouvaient au sein du Livre troisième (les différentes manières dont on acquiert la propriété) et non pas dans le livre consacré aux droits des personnes, où là le contrat restait encore assez ancien – Mme Fauvarque-Cosson l'a rappelé : la réforme de 2016 a touché le Livre troisième. On notera que le livre premier fut réformé pour le droit de la famille entre 1965 et 1975, avec les apports de Jean Foyer<sup>327</sup> et de Jean Carbonnier<sup>328</sup>, période où l'on commence à voir apparaître les jalons d'un mouvement qui va s'accélérer au tournant des années 2000 avec l'apparition de notions à contenu variable, comme l'intérêt de l'enfant ou l'intérêt de la famille, sur lesquelles je reviendrai.

Pour continuer, je présenterai le droit de la famille de manière générale, c'est-à-dire à travers les structures familiales et les relations familiales. Notons qu'il n'y a pas eu de basculement de l'intégralité du droit de la famille dans le champ contractuel, mais puisque l'impérativité demeure dans certains domaines, ce qui est peut-être significatif est une modification du rôle du juge et des aspects de singularisation du contrat en droit de la famille.

Précédemment, le vice-président Tabuteau a indiqué que « *le contrat administratif n'est pas un contrat comme les autres* ». Ce constat peut assurément se vérifier en notre matière : le contrat en droit de la famille n'est pas un contrat comme les autres, aussi bien par son contenu que par l'office du juge qu'il appelle. C'est autour de cette singularité que je souhaiterais présenter les choses de manière simple, sachant que l'on constate une avancée du champ du contrat en droit de la famille avec de nouveaux outils.

S'agissant de cette avancée du contrat, j'essaierai rapidement d'en retracer les principales étapes pour voir les principaux champs conquis et voir ensuite comment ceci a redéfini les rôles de chacun.

### **1. Les principaux champs conquis de l'avancée du contrat**

L'ouverture massive du droit de la famille au droit des contrats peut être située au début des années 2000.

Je retiendrai deux textes phares dont on vient de fêter les vingt-cinq ans :

---

<sup>325</sup> Maurice Hauriou (1856-1929), juriste et sociologue français, considéré comme l'un des pères du droit administratif français.

<sup>326</sup> Loi n° 65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux.

<sup>327</sup> Jean Foyer (1921-2008), homme politique et juriste français.

<sup>328</sup> Jean Carbonnier (1908-2003), juriste français, professeur de droit privé et spécialiste de droit civil.

### 1.1. La loi sur le PACS<sup>329</sup>

La loi de 1999 sur le PACS nous permet, aujourd'hui, de jeter un regard rétrospectif sur la première version de ce pacte avant sa réforme en 2006. Toutefois, l'on s'interrogera pour savoir si cette modification n'est pas plus symbolique que juridique, puisque c'est la première fois que l'on permet d'organiser une relation de couple par contrat, y compris vis-à-vis de personnes de même sexe ; ce qui était le point le plus marquant à l'époque, mais restait encore sans conséquence au niveau du contrat pour l'état civil, car l'on ne portait pas, en 1999, en marge des actes de naissance des partenaires de PACS, la mention du PACS ; ceci viendra avec sa réforme.

Ainsi, en 1999, le PACS première version intéressait-il les relations familiales.

### 1.2. La réforme de l'autorité parentale

En 2002, la loi permet pour la première fois aux parents de conclure des conventions qui intéressent les modalités d'exercice de l'autorité parentale<sup>330</sup>. Mais, là encore, l'on reste dans le champ des relations familiales. C'est, par exemple, la possibilité (novatrice pour l'époque) d'imaginer la clause d'un contrat qui prévoirait les modalités d'une résidence alternée, son rythme, la distance géographique, les modalités de remise de l'enfant le vendredi à dix-sept heures, etc.

Dans ce contexte, le contrat connaît une certaine progression qui reste cependant partielle, puisque les conventions relatives aux modalités d'exercice de l'autorité parentale pour être pleinement efficaces doivent – encore aujourd'hui – être homologuées par le juge aux affaires familiales. Une homologation qui n'a pas seulement vocation à donner force exécutoire à cet acte, mais qui est véritablement une modalité de perfection de l'acte juridique apte à produire sa pleine efficacité juridique. Pour ce faire, le juge aux affaires familiales homologue la convention en vérifiant que celle-ci est conforme à l'intérêt de l'enfant.

À l'époque, Jean Hauser<sup>331</sup> expliquait que l'homologation était un moyen intéressant de combiner une volonté à la fois de libéralisation et de contractualisation, parce qu'il n'est pas incongru de penser que les parents sont les mieux placés pour organiser par des clauses la vie de leur propre enfant, sans pour autant abandonner le contrôle étatique pour ne pas créer des situations contraires à l'intérêt de l'enfant ; ce qui rejoint un certain nombre d'éléments comme des notions partenariales dans cette sorte de délégation de pouvoir.

Depuis, cette liberté contractuelle progresse, mais au détriment de l'office gracieux du juge, au sens de l'article 25 du code de procédure civile, qui s'altère progressivement. Cela se retrouve, par exemple, dans les aspects suivants : le divorce par consentement mutuel, désormais sans juge ; le changement en 2019 de régime matrimonial, là encore sans homologation du juge ; des conventions parentales relatives à la pension alimentaire revêtues d'une formule exécutoire apposée par le greffe désormais sans

<sup>329</sup> Loi n° 99-944 du 15 novembre 1999 relative au pacte civil de solidarité.

<sup>330</sup> Loi n° 2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale.

<sup>331</sup> Jean Hauser (1942-2017), professeur de droit privé, spécialiste du droit de la famille, des personnes et des obligations, ancien membre du groupe du travail chargé de réfléchir à la réforme de la législation du divorce.

homologation du juge aux affaires familiales ; ou, plus récemment, l'essor de la notion de projet parental qui, à certains égards, pose des questions de qualification.

Dans cette perspective, l'essor du contrat apparaît beaucoup plus marquant que le recul de l'intervention judiciaire.

## 2. La redéfinition des rôles de chacun

Ces rôles nouveaux vont se manifester à deux égards : le premier concerne la question de la *déjudiciarisation* du droit de la famille qui va être importante pour déterminer le rôle et la place de chaque acteur, y compris le juge ; le second mouvement, lié au premier, intéresse quant à lui l'essor des *modes amiables*.

### 2.1. Les modes amiables

Sur ce dernier point, on notera que la modification de la place et du rôle du contrat en droit de la famille entretient des relations assez étroites avec les modes amiables : la loi de 2002 à laquelle j'ai fait allusion est la première qui va généraliser la possibilité d'enjoindre ou de proposer la rencontre d'un médiateur familial lequel va permettre aux parents, en rétablissant la discussion, de façonner ce fameux contenu contractuel dont les clauses ont été évoquées précédemment.

### 2.2. La déjudiciarisation du droit de la famille

Notons que la progression postérieure de ce mouvement de contractualisation a mené à d'autres possibilités d'obtenir la force exécutoire sans passer par l'homologation du juge. Dès lors, les conventions relatives aux pensions alimentaires mises en place par la loi du 22 décembre 2021<sup>332</sup> permettent, lorsque l'accord amiable est issu d'une médiation, d'une conciliation, ou d'une procédure participative, et qu'il est contresigné par les avocats, de solliciter la position de la formule exécutoire.

En somme, deux voies s'offrent aux parents qui arrivent aujourd'hui à se mettre d'accord sur le paiement de la pension alimentaire : l'homologation classique en version 2002 de leur convention par le juge aux affaires familiales, ou la position de la formule exécutoire par le greffe à condition que l'acte soit signé par leurs avocats.

### Les nouveaux outils

Les nouveaux outils pour le droit de la famille créent des défis pour le droit des contrats : l'essor du contrat, le recul de la présence du juge et l'essor de l'amiable replacent et redessinent la situation et fait évoluer la position des acteurs.

La déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel en 2016, et la déjudiciarisation du changement de régime matrimonial en 2019, en offrent de très belles illustrations, que ce soit en matière de divorce ou en matière de changement de régime matrimonial où l'on constate qu'après la suppression pure et simple de l'intervention du juge de l'homologation, par un système de vases communicants, la responsabilité, notamment de l'équilibre de la convention, a été transférée sur les épaules des rédacteurs d'actes.

---

<sup>332</sup> Loi n° 2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire.

Notons qu'au sujet du changement de régime matrimonial, la doctrine a pu parler au sujet du notaire d'un rôle nouveau de lanceur d'alerte qui pèserait sur ses épaules aux termes du 5<sup>e</sup> alinéa de l'article 1397 du code civil qui précise que « *Lorsque l'un ou l'autre des époux a des enfants mineurs sous le régime de l'administration légale, le notaire peut saisir le juge des tutelles dans les conditions prévues au deuxième alinéa de l'article 387-3* » ; conditions qui permettent une saisine du juge « *par les parents ou l'un d'eux, le ministère public ou tout tiers* – et je suppose que le notaire entre dans cette catégorie de tiers – *ayant connaissance d'actes* – dont le notaire est logiquement le rédacteur – *ou omission qui compromettent manifestement et substantiellement les intérêts patrimoniaux du mineur* » (article 387-3 du code civil).

L'on voit donc ici réapparaître le juge, mais en second plan ; c'est-à-dire que là où précédemment, jusqu'en 2019, l'homologation systématique dans toutes les hypothèses où nous nous trouvions en présence d'un enfant mineur était postérieure à l'acte, désormais, ce n'est que lorsque le notaire estime qu'il y a un déséquilibre trop grand pour les intérêts de l'enfant qu'il peut, et ceci devient facultatif, solliciter de la sorte cette autorisation.

Il en est de même pour le divorce sans juge où le phénomène est encore plus marquant puisque cette fois-ci l'on va voir consacrée une pure logique contractuelle. La Cour de cassation a pu, naguère, répéter pour l'ancien divorce par consentement mutuel que les voies de nullité n'avaient lieu qu'entre les jugements par rapport aux anciennes homologations de conventions de divorce par consentement mutuel, et désormais l'on voit apparaître, en tous cas en première instance, des actions pauliennes<sup>333</sup>, des actions en nullité.

Je pense à un jugement du tribunal judiciaire de Versailles<sup>334</sup> qui a donné lieu à de nombreux échos et commentaires, y compris au-delà des cénacles de juristes. Dans cette affaire, le tribunal a annulé la convention de divorce par consentement mutuel parce que l'avocate de Madame n'avait pas été en mesure de prouver sa présence au moment de la signature de ladite convention et que, par conséquent, le consentement de Madame était altéré et donc nul. Ce qui a également eu comme conséquence d'ordonner la modification des actes d'état civil des époux ! Notons que les juges du tribunal de Versailles ont écarté l'exécution provisoire. L'on verra ce qu'il en est par la suite, mais ce qui est très intéressant est de constater que c'est véritablement la logique de droit des contrats pur et simple qui se retrouve ici en matière familiale, ce qui pour un spécialiste du droit des contrats est tout à fait ordinaire, mais qui l'est beaucoup moins pour nous, car l'on voit que la répercussion secondaire concerne l'état des personnes.

#### Les nouveaux défis pour le droit des contrats

Dans ce contexte, apparaissent de nouveaux défis pour le droit des contrats, puisqu'après les premières évolutions que j'ai évoquées (PACS, autorité parentale) qui concernaient les relations familiales, nous avons désormais, avec le divorce sans juge, les structures familiales, l'état des personnes et toutes les incidences qui en découlent

---

<sup>333</sup> Procédure judiciaire engagée par un créancier à l'encontre de son débiteur qui tente de se soustraire à ses obligations de paiement de manière frauduleuse.

<sup>334</sup> Tribunal judiciaire de Versailles, 30 avril 2024, n° 20/00907.

en termes de prohibition ou d'empêchements à mariage, de vocation successorales, de port du nom, etc., un grand nombre d'aspects qui sont concernés ; au point que l'on peut se demander si l'on ne va pas assister à une extension de ce champ contractuel vers des perspectives nouvelles.

Je songe, notamment, aux jurisprudences récentes de la première chambre civile de la Cour de cassation qui ont posé les conditions de l'*exequatur* de décisions étrangères qui, elles-mêmes, donnent plein effet à des accords avant la naissance (en anglais, « *pre-birth agreements* ») en matière de gestation pour autrui où l'on voit bien dans la motivation de la Cour de cassation apparaître la notion de projet parental<sup>335</sup>.

Elle est également très présente dans la dernière révision de la loi bioéthique<sup>336</sup>. Là où précédemment le code de la santé publique permettait l'accès aux procréations médicalement assistées pour répondre à l'infertilité d'un couple ou à la transmission d'une maladie contagieuse, désormais l'accès à ces techniques de procréation médicalement assistées vise à répondre à un *projet parental*, notion qui existait déjà sur le plan de la parentalité mais qui prend ici un essor tout à fait important : c'est une manifestation de volonté qui produit des effets de droit et qui engendre le même type de qualification que celle que vous évoquiez précédemment qui est véritablement une qualification nouvelle qui pose de nouvelles questions.

### **Conclusion**

Au-delà du contenu contractuel, ce basculement vers le modèle du contrat amène à s'interroger aussi à termes sur les cocontractants et sur le nombre de cocontractants, notamment dans le cadre d'un projet parental. La question n'est pas aussi farfelue qu'on peut le penser, puisque des droits, tels que ceux de la province de l'Ontario, de la Colombie britannique au Canada, ou encore le droit cubain, ont consacré pleinement des pluri-parentés, c'est-à-dire des parentés à plus de deux personnes, autour de notions voisines comme, par exemple, celle de projet parental.

**Christine Maugué**

*Présidente de la section de l'administration du Conseil d'État,  
modératrice de la table ronde*

Merci beaucoup pour cette intervention très intéressante. Je donne la parole au Premier avocat général Desportes.

**Frédéric Desportes**

*Premier avocat général de la chambre criminelle de la Cour de cassation*

Merci Madame la présidente. En matière pénale, il s'agit moins d'explorer de nouveaux champs du contrat que d'explorer de nouvelles formes de contractualisation qui se situent, à mon sens, largement hors du champ du contrat au sens propre.

---

<sup>335</sup> Ccass., ch. civ., 2 octobre 2024, pourvois n°s 22-20.883 et 23-50.002, publiés.

<sup>336</sup> Loi n° 2021-1017 du 2 août 2021 relative à la bioéthique.

## 1. Les différentes formes de la contractualisation en matière pénale

### 1.1. Un mouvement récent

L'idée qu'un accord de volontés puisse influencer sur le cours du procès pénal a été longtemps étrangère à notre culture judiciaire forgée dans un système inquisitoire. Dans un tel système, parfois qualifié de « vertical », la direction du procès est entièrement placée entre les mains du juge dont les décisions s'imposent à la personne poursuivie avec laquelle il n'y a ni à négocier, ni à composer.

Si on laisse l'application des peines hors du champ de la réflexion, ce n'est qu'au cours de ces trente dernières années que l'accord de volontés s'est développé comme un instrument du procès pénal, voire comme une modalité même de celui-ci, ou un moyen de l'éviter. Les dispositions organisant la correctionnalisation judiciaire<sup>337</sup> et la collaboration des repentis<sup>338</sup> sont des illustrations de ce mouvement.

Cependant, il va de soi que les accords les plus importants sont ceux, inspirés du modèle anglo-saxon du « plaider coupable » (en anglais, « *guilty plea* » ou « *plea bargaining* »), qui permettent de faire l'économie d'un débat sur la culpabilité et sur la peine.

C'est à cette forme de contractualisation de la justice pénale que je consacrerai cette intervention.

Le développement de la contractualisation a été encouragé par une recommandation du comité des ministres du Conseil de l'Europe du 17 septembre 1987<sup>339</sup>. Comme aux États-Unis, où elle a fait son apparition dès le XIX<sup>e</sup> siècle, ce sont avant tout des préoccupations de gestion qui ont déterminé cette orientation. L'objectif est de désengorger les juridictions et d'accélérer les procédures. Ce ne sont donc pas les vertus intrinsèques du système au regard des exigences du procès équitable qui sont à l'origine de son développement, mais son efficacité ; même si à l'usage il a pu révéler ses vertus.

### 1.2. La contractualisation comme substitut au procès pénal

#### 1.2.1. Les premiers modèles

La transaction d'initiative judiciaire est l'une des formes chronologiquement premières de cette contractualisation<sup>340</sup>. L'accord est alors passé en amont du procès. Le mécanisme est connu : le procureur de la République, ou un agent placé sous son autorité, informe l'auteur de l'infraction que les poursuites ne seront pas exercées s'il exécute volontairement telle ou telle mesure qui lui est proposée.

<sup>337</sup> Article 186-3, al. 1<sup>er</sup> et 469, al. 3, CPP dans leur rédaction issue de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004.

<sup>338</sup> Le cadre est fixé par l'article 132-78 du code pénal, également issu de la loi du 9 mars 2004. Le dispositif est applicable chaque fois que le législateur le prévoit pour l'infraction considérée.

<sup>339</sup> Recommandation n° R (87) 18 du comité des ministres aux États membres concernant la simplification de la justice pénale (adoptée par le comité des ministres le 17 septembre 1987, lors de la 410<sup>e</sup> réunion des délégués des ministres).

<sup>340</sup> Se sont par ailleurs multipliés, essentiellement en dehors du code de procédure pénale, des dispositions spéciales autorisant des transactions d'initiatives administratives dans des secteurs très variés (article L. 249, LPF, 350 C. douanes ; L. 173-12 C. envir. ; L. 216-11 C. consom. ; LO n° 2011-333 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits, article 28, etc.)

Les premières alternatives aux poursuites ont été créées par la loi du 23 juin 1999<sup>341</sup> dans la filiation lointaine de l'amende forfaitaire. Certaines ne sont pas de véritables transactions au sens donné à ce terme par l'article 6 du code de procédure pénale qui fait de la transaction une cause d'extinction de l'action publique. Elles s'apparentent davantage à des alternatives au classement<sup>342</sup>.

En revanche, la composition pénale a tous les traits d'une transaction pénale. Selon le dispositif prévu par la loi, la mesure de composition proposée par le procureur, par exemple une amende, doit être validée par le président du tribunal. Son exécution emporte l'extinction de l'action publique<sup>343</sup>. La composition pénale a été la matrice des procédures de justice négociées qui lui ont succédé.

### 1.2.2. La convention judiciaire d'intérêt public (CJIP)

La création de la convention judiciaire d'intérêt public (CJIP)<sup>344</sup> par la loi du 9 décembre 2016, dite loi « Sapin 2 »<sup>345</sup> a quelque peu bouleversé le paysage des alternatives dans lesquelles on voyait jusqu'alors le moyen d'assurer le traitement de masse d'infractions simples.

La CJIP a été inspirée de l'« accord de suspension des poursuites » (en anglais, « *Deferred Prosecution Agreement* ») en vigueur aux États-Unis. Comme pour la composition pénale, la validation de la convention par le juge suivie de son exécution volontaire éteint l'action publique. La CJIP présente cependant de fortes particularités : elle est applicable exclusivement aux personnes morales et son champ est limité à un nombre réduit d'infractions.

Originellement cantonnée à certaines atteintes à la probité, elle a été étendue à la fraude fiscale, puis aux infractions au code de l'environnement<sup>346</sup>.

En outre, la CJIP peut prévoir l'application d'une amende d'un montant très élevé pouvant atteindre 30 % du chiffre d'affaires moyen annuel, ainsi que l'application d'un programme de mise en conformité. Selon les dispositions qui la régissent, l'ordonnance de validation n'emporte pas déclaration de culpabilité et n'a ni la nature, ni les effets d'un jugement de condamnation. L'objectif affiché est de préserver ainsi l'accès des entreprises aux marchés internationaux.

Quelque 70 CJIP ont été conclues, dont près de la moitié dites « environnementales ». Le montant cumulé des amendes appliquées s'élève à quelques milliards d'euros. Largement mise en œuvre par le parquet national financier, la procédure a donc connu un succès et révélé une certaine efficacité.

Il suffit de se reporter aux documents diffusés par le parquet national financier consacrés aux lignes directrices sur sa mise en œuvre pour constater que la

<sup>341</sup> Loi n° 99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale.

<sup>342</sup> Voir article 41-1 du code de procédure pénale.

<sup>343</sup> Articles 41-2 et 41-3 du code de procédure pénale.

<sup>344</sup> Article 41-1-2 du code de procédure pénale.

<sup>345</sup> Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

<sup>346</sup> Loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude fiscale, article 25 ; loi n° 2020-1672 du 24 décembre 2020 relative au parquet européen, à la justice environnementale et à la justice spécialisée, article 15.

négociation engagée entre le parquet et les avocats de la personne morale dans le cadre de la CJIP, y compris dans la rédaction même de la convention, suit un processus très proche de celui d'une négociation civile<sup>347</sup>.

### 1.2.3. Traits communs fondamentaux

Comme le juge le Conseil constitutionnel, les mesures transactionnelles ne revêtent pas le caractère de sanctions ayant le caractère d'une punition, puisqu'elles ne sont pas exécutoires. La transaction n'est pas un procès et n'entraîne aucune privation ou restrictions des droits de l'intéressé<sup>348</sup>. Pour autant, la transaction n'est pas étrangère au domaine répressif, puisqu'elle a pour objet l'extinction de l'action publique<sup>349</sup>. C'est ainsi que dans une formule réalisant une sorte de symbiose entre le droit des contrats et les principes du procès équitable, le Conseil constitutionnel a énoncé que « la procédure de transaction doit reposer sur l'accord libre et non équivoque, avec l'assistance éventuelle de son avocat, de la personne à laquelle la transaction est proposée »<sup>350</sup>. La transaction pénale, dans ses différents avatars, peut donc être définie comme une *procédure contractuelle à caractère pénal* dont la loi fixe le champ et les conditions d'application.

### 1.3. *La contractualisation comme modalité du procès pénal*

#### 1.3.1. La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC)

À la différence de la transaction pénale, la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC), créée par la loi du 9 mars 2004<sup>351</sup>, est, selon la formule du Conseil constitutionnel, « une procédure particulière de jugement ». Selon cette procédure<sup>352</sup>, lorsqu'une personne assistée de son avocat reconnaît les faits qui lui sont reprochés, le procureur peut lui proposer d'exécuter une ou plusieurs peines, étant précisé que la peine d'emprisonnement encourue est alors réduite de moitié sans pouvoir excéder trois ans. En cas d'acceptation, le procureur soumet l'accord à l'homologation du président du tribunal judiciaire ou de son délégué. L'homologation vaut condamnation, c'est là toute la différence avec les alternatives aux poursuites.

Les nombreuses réformes intervenues depuis 2004 ont toutes eu pour objet d'étendre le champ de la CRPC et d'en favoriser la mise en œuvre à tous les stades du procès<sup>353</sup>. Elle est aujourd'hui applicable à la quasi-totalité des délits.

<sup>347</sup> Lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public, 16 janvier 2023, not. § 2.

<sup>348</sup> CC, 30 mars 2006, décision n° 2006-535 DC, cons. 43.

<sup>349</sup> Voir : commentaire aux *Cahiers de la décision du Conseil constitutionnel* sur n° 2016-569 QPC, 23 septembre 2016.

<sup>350</sup> CC, 23 septembre 2016, décision n° 2016-569 QPC, § 8 (à propos de l'éphémère transaction par OPJ, alors prévue à l'article 41-1-1 du code de procédure pénale); et voir déjà : CC, 26 septembre 2014, décision n° 2014-416 QPC du 26 septembre 2014, § 8 (à propos de la transaction administrative environnementale).

<sup>351</sup> Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

<sup>352</sup> Article 495-7 et suivants du code de procédure pénale.

<sup>353</sup> Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification, de clarification et d'allègement ; loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, article 27 ; loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, article 59 ; loi n° 2023-1059 du 20 novembre 2023 d'orientation et de programmation du ministère de la justice 2023-2027, article 6.

Les juridictions se sont emparées de cette procédure qui a connu en vingt ans une expansion considérable. En 2023, environ 22 % des poursuites exercées en matière correctionnelle l'avaient été selon la procédure de CRPC. Celle-ci est désormais suivie pour des infractions de plus en plus graves déterminant l'application de peines de plus en plus sévères. En 2024, 22 822 peines d'emprisonnement ferme ont été appliquées en CRPC, dont 21 % avec mandat de dépôt, pour une durée moyenne de six mois.

### 1.3.2. Comparaison avec la CJIP

Malgré les différences qui les séparent, l'existence d'un accord entre l'autorité de poursuite et la personne mise en cause est le point commun de la CRPC et de la CJIP. Dans ces deux cadres procéduraux, l'intérêt de l'accord pour l'autorité de poursuite est à peu près le même : célérité, simplicité et efficacité.

En revanche, l'intérêt de la personne mise en cause diffère d'une procédure à l'autre. En acceptant une CRPC, l'intéressé peut être guidé à la fois par le souci de préserver sa réputation et d'éviter les longueurs ou les aléas d'un procès, et par l'espoir de subir une peine moins sévère. La motivation principale, sinon exclusive, de la personne morale qui négocie une CJIP est d'éviter des poursuites pénales avec les conséquences qui s'y attachent pour sa réputation et ses droits.

### 1.3.3. CRPC et droits fondamentaux

La CRPC comme la CJIP ont donné lieu, encore aujourd'hui, à d'intenses débats et à des critiques parfois très vives ; cependant, en cinq décisions, le Conseil constitutionnel a écarté la plupart de celles d'ordre constitutionnel adressées à la CRPC<sup>354</sup>. Dans l'ordre conventionnel, la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) a jugé que le recours au plaider coupable ne heurtait pas en soi l'article 6 de la Convention EDH. Elle a même admis les vertus de ce procédé pour la résolution rapide des affaires pénales grâce à l'allègement de la charge de la justice, l'efficacité de la lutte contre la criminalité et le cantonnement des peines privatives de liberté<sup>355</sup>.

Ce rappel est évidemment loin d'épuiser le sujet, mais pour rester dans le thème de ce colloque je m'en tiendrai à quelques observations sur la place et le rôle du juge dans une justice pénale que l'on qualifiera de « contractualisée », de « négociée » ou de « collaborative ». Ces observations porteront essentiellement sur la CRPC.

## **2. La place et le rôle du juge dans une justice pénale contractualisée**

### *2.1. Observation communément partagée d'un effacement du juge*

Il est souvent relevé qu'un tel mode de règlement des litiges tend à un effacement du juge qui se trouverait réduit au rôle de chambre d'enregistrement de l'accord passé entre le procureur de la République et la personne poursuivie.

<sup>354</sup> CC, 2 mars 2004, décision n° 2004-492 DC ; CC, 22 juillet 2005, décision n° 2005-520 DC ; CC, 10 décembre 2010, décision n° 2010-77 QPC ; CC, 8 décembre 2011, décision n° 2011-641 DC ; CC, 18 juin 2021, décision n° 2021-918 QPC. L'unique censure, prononcée par la décision du 2 mars 2004, a porté sur l'absence de publicité de l'audience d'homologation dans le dispositif originel (cons. 117).

<sup>355</sup> CEDH, 29 avril 2014, *Natsvlshvili et Togonidze c. Géorgie*, n° 9043/05, § 90.

À la veille de la promulgation de la loi de 2004, Robert Badinter<sup>356</sup> a eu cette formule demeurée célèbre : « *le plaider coupable à la française, c'est un procureur tout puissant, un avocat suppliant et un juge contrôleur* ». Autant dire qu'à ses yeux se jouait l'affrontement du pot de terre contre le pot de fer !

On peut ne pas partager cette sombre vision en soulignant notamment le rôle crucial de l'avocat qui, dans un tel processus, apparaît davantage comme un garant que comme un suppliant.

Cela étant, il est difficile de ne pas rejoindre l'opinion largement partagée selon laquelle la procédure de CRPC confère au procureur un rôle de quasi juge dès lors que c'est lui qui, après avoir recueilli la reconnaissance de culpabilité, propose la peine susceptible d'être appliquée à l'intéressé. Ce constat est devenu commun.

Cette vision d'un juge en retrait réduit au rôle de chambre d'enregistrement semble être corroborée par les statistiques : au cours des trois dernières années, seulement 2 % des peines proposées par le procureur ont donné lieu à une ordonnance de refus d'homologation.

## 2.2. Place centrale du juge de l'homologation dans la CRPC

En réalité, si la CRPC conduit à une indiscutable redistribution des rôles, cette présentation ne rend pas compte de la place et du rôle du juge. Sans trop manier le paradoxe, il paraît tout aussi juste de relever que celui-ci est au cœur du dispositif institué par le législateur.

### 2.2.1. La validation par le juge, un impératif constitutionnel

Il faut d'abord souligner que, dès lors que l'action publique a été mise en mouvement et qu'il s'agit d'infliger une peine, la validation par le juge est une nécessité constitutionnelle commandée par le principe de séparation des autorités de poursuite et de jugement. Le Conseil constitutionnel et le Conseil d'État, d'ailleurs, en ont jugé ainsi<sup>357</sup>, et la Cour EDH regarde également le contrôle du juge comme une garantie fondamentale<sup>358</sup>.

### 2.2.2. La plénitude des pouvoirs du juge de l'homologation

En outre, le même principe commande que le juge dispose des pouvoirs d'appréciation les plus étendus ; ce que le Conseil constitutionnel a affirmé dans une réserve d'interprétation inscrite désormais dans la loi<sup>359</sup>. Il lui revient, bien sûr, de s'assurer du caractère libre et non équivoque de l'accord du prévenu, ainsi que de la qualification juridique des faits ; mais, au-delà, selon la réserve du Conseil, *le juge peut refuser l'homologation s'il estime que la nature des faits, la personnalité de l'intéressé, la situation de la victime, ou les intérêts de la société justifient une audience correctionnelle ordinaire, ou encore si les déclarations de la victime apportent un*

<sup>356</sup> Robert Badinter (1928-2024), homme politique, juriste et essayiste français, ancien garde des Sceaux et ancien président du Conseil constitutionnel.

<sup>357</sup> CE, ass., 7 juillet 2006, *France Nature Environnement*, n° 283178, Rec. ; CC, 15 février 2007, décision n° 2007-547 DC, cons. 51.

<sup>358</sup> CEDH, 29 avril 2014, *Natsvlshvili et Togonidze c. Géorgie*, n° 9043/05, § 90.

<sup>359</sup> Décisions précitées du Conseil des 2 mars 2004 et 8 décembre 2011 ; article 495-11-1 CPP issu de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 (article 59).

*éclairage nouveau sur les conditions dans lesquelles l'infraction a été commise, ou sur la personnalité de son auteur.*

La chambre criminelle a déduit des raisons ayant inspiré la décision du Conseil que cette énumération n'était pas limitative et que le juge devait exercer son plein office de juge du fond<sup>360</sup>. La Cour EDH estime de la même façon que le juge doit avoir tout pouvoir pour rejeter l'accord selon sa propre appréciation du bien-fondé de l'accusation et de la peine<sup>361</sup>.

Sans doute s'agit-il moins pour le juge d'examiner s'il y a des raisons d'approuver l'accord, que de rechercher s'il y a des raisons de le rejeter ; mais c'est dans la plénitude de ses pouvoirs qu'il apprécie ces raisons.

Le faible taux des refus d'homologation que j'évoquais précédemment ne doit pas être faussement interprété, car il faut tenir compte du fait que le magistrat du parquet s'attache à proposer des peines dont il sait qu'elles pourront être homologuées. Dans le cas contraire, il s'abstient de s'engager dans une procédure de CRPC ou y renonce<sup>362</sup>. La jurisprudence du tribunal est donc, en réalité, l'aiguillon invisible de la procédure de CRPC.

### 2.2.3. L'absence d'autonomie de l'accord soumis à homologation

En définitive, bien qu'il soit au cœur de la procédure de CRPC, l'accord passé entre le parquet et la personne poursuivie n'a, par lui-même, contrairement à un contrat, aucune autonomie. Tant qu'il n'est pas soumis au juge de l'homologation, il ne revêt aucun caractère impératif. Pour paraphraser les dispositions bien connues du code civil, il ne tient donc pas lieu de loi à ceux qui l'ont conclu, le parquet comme le prévenu pouvant, à tout moment, y mettre fin unilatéralement<sup>363</sup>.

Si le juge refuse l'homologation, l'accord est bien sûr réputé ne jamais avoir existé. Ce refus est insusceptible d'appel. Seul est ouvert, en vertu d'un principe général de procédure, la possibilité de former un pourvoi en cassation pour faire sanctionner un éventuel excès de pouvoir. Comme l'a jugé la chambre criminelle<sup>364</sup>. Il n'en résulte aucune atteinte au droit à un recours effectif dès lors que la seule conséquence du refus est de replacer le prévenu sur la voie de la procédure ordinaire, que le procureur a alors l'obligation de suivre<sup>365</sup>.

Enfin, en cas d'homologation, l'ordonnance du juge efface l'accord auquel elle se substitue. Selon les textes, elle a les effets d'un jugement de condamnation. Comme un jugement, elle est susceptible d'appel par le condamné, et la force qui s'y attache est celle de la chose jugée. L'on voit ainsi que l'accord passé avec l'autorité judiciaire, dont l'objet est d'éviter la procédure ordinaire, s'exerce dans un cadre qui demeure

<sup>360</sup> Ccass., crim., 30 mars 2021, pourvoi n° 20-86.358, P.

<sup>361</sup> CEDH, 29 avril 2014, *Natsvlshvili et Togonidze c. Géorgie*, n° 9043/05, § 97.

<sup>362</sup> Voir : Laurence Leturmy, Jérôme Bossa, *La CRPC*, rapport de recherche de la mission droit et justice, 2019.

<sup>363</sup> Ccass., crim., 29 octobre 2008, pourvoi n° 08-84.857, P ; Ccass., crim. 4 février 2009, pourvoi n° 08-84.853.

<sup>364</sup> Ccass., crim. 1<sup>er</sup> septembre 2020, pourvoi n° 19-83.658 ; Ccass., crim., 30 mars 2021, pourvoi n° 20-86.358 ; Ccass., crim., 6 juin 2023, pourvoi n° 22-86.165, P.

<sup>365</sup> CC, décision du 18 juin 2021, préc. ; Ccass., crim., 17 mai 2022, pourvoi n° 21-86.131, P ; Ccass., crim., 21 novembre 2023, pourvoi n° 23-80.111.

celui de la justice imposée. Homologation ou non, le jugement est l'horizon de la CRPC, la condamnation, en réalité, n'est pas dans la négociation.

### **3. Interférences entre procédure contractuelle et procédure ordinaire**

#### *3.1. Dispositif législatif*

Après avoir rendu au juge ce qui appartient au juge, je souhaiterais, pour terminer, évoquer les quelques difficultés ou interrogations que peuvent soulever les interférences entre les procédures dites « contractuelle » et « ordinaire ». Je n'évoquerai pas certains cas de figure qui ne soulèvent pas de réelles difficultés.

La question la plus délicate se pose en cas d'échec de la CRPC et d'engagement consécutif de la procédure ordinaire contre le prévenu. Il importe alors que la reconnaissance de culpabilité consentie dans un processus collaboratif dominé par la confiance et la transparence ne puisse pas être utilisée contre l'intéressé. Pour préserver la présomption d'innocence, l'article 495-14 du code de procédure pénale dispose, d'une part, que le procès-verbal des formalités accomplies au cours de la procédure de CRPC ne peut pas être transmis à la juridiction d'instruction ou de jugement et que, d'autre part, ni le ministère public, ni les parties ne peuvent faire état devant cette juridiction des déclarations faites ou des documents remis au cours de ladite procédure.

#### *3.2. Jurisprudence de la chambre criminelle*

Toutefois, il est des cas où ces dispositions peuvent se révéler insuffisantes. Dans un dossier soumis à la chambre criminelle où une personne morale et des personnes physiques étaient poursuivies, le juge d'instruction avait mis en œuvre à la fois une CJIP à l'égard de la première, et des CRPC à l'égard des secondes.

La CJIP avait été validée, mais les CRPC s'étaient soldées par un refus d'homologation. Figuraient ainsi, dans la procédure d'information reprise à l'égard des personnes physiques, plusieurs pièces pouvant faire apparaître leur reconnaissance de culpabilité. La chambre de l'instruction avait refusé d'annuler ces pièces sous le motif qu'elles n'étaient pas comprises dans l'énumération de l'article 495-14 du code de procédure pénale. Cette solution a été censurée par la chambre criminelle par trois arrêts du 29 novembre 2023 rendus en termes identiques. Se fondant sur une analyse téléologique<sup>366</sup> des textes. La chambre a jugé que l'objectif de protection de la présomption d'innocence, et du droit qui en découle de ne pas contribuer à sa propre incrimination, imposait de retirer toutes les pièces faisant apparaître que le prévenu avait reconnu les faits qui lui étaient reprochés et accepté la qualification retenue<sup>367</sup>.

Cela étant, ces quelques frictions entre procédure ordinaire et CRPC ne semblent pas de nature à entraver le développement de celle-ci.

### **4. Observations conclusives**

Dans son récent rapport, la mission d'urgence relative à l'audiencement criminel et correctionnel a préconisé de relever les peines d'emprisonnement susceptibles d'être

---

<sup>366</sup> Qui admet l'existence d'une finalité.

<sup>367</sup> Ccass., crim., 29 novembre 2023, pourvois n<sup>os</sup> 23-81.825, P., 23-81.827 et 23-81.829, P.

appliquées en CRPC et, surtout, de créer une procédure d'audience criminelle sur faits reconnus<sup>368</sup>.

Le garde des Sceaux a récemment annoncé qu'il était favorable à cette évolution. L'objectif est bien sûr de résorber les stocks considérables d'affaires en attente d'audience devant les juridictions criminelles, mais à nouveau il apparaît que les difficultés de gestion sont la principale raison d'être de l'expansion de cette justice dite « négociée ».

Si l'on regarde outre-Atlantique, rien ne semble borner les perspectives. Aux États-Unis, le « *plea bargaining* » mis en œuvre dans plus de 90 % des procédures pénales est devenu depuis longtemps la procédure commune et une nécessité vitale pour le système judiciaire.

Tout l'objectif est de faire en sorte qu'une mesure commandée, ou inspirée par des contraintes ou des préoccupations gestionnaires, s'applique de manière vertueuse dans l'intérêt à la fois de la personne poursuivie et de la société.

**Christine Maugüé**

*Présidente de la section de l'administration du Conseil d'État,*  
**modératrice de la table ronde**

Merci beaucoup pour cette intervention très instructive. Nous sommes arrivés au terme de notre table ronde, et je donne la parole à la présidente Zientara-Logeay pour nous proposer une synthèse de nos échanges.

---

<sup>368</sup> Mission d'urgence sur l'audience criminelle et correctionnelle, *Rapport de la mission d'urgence relative à l'audience criminelle et correctionnelle*, ministère de la justice, mars 2025.



## Synthèse de la table ronde 3

**Sandrine Zientara-Logeay**

*Présidente de chambre, directrice du service de documentation,  
des études et du rapport de la Cour de cassation,  
rapporteure*

Pour résumer cette très riche table ronde, je vais donner quatre coups de projecteur sur des constats qui me paraissent avoir été partagés par nos trois intervenants dans leurs champs respectifs.

### **1. Un mouvement de contractualisation**

Le premier constat, abordé par la présidente Maugüé dès l'introduction, est celui d'un mouvement de contractualisation qui a gagné des territoires régaliens, ou régis par des règles d'ordre public, *a priori* peu compatibles avec la logique contractuelle fondée sur l'autonomie de la volonté des parties, la liberté, la négociation et le compromis.

Le *droit de la famille* constitue ainsi, pour reprendre l'expression du professeur Egéa, un bastion, une citadelle d'indisponibilités.

En *droit public*, comme l'a rappelé la présidente Dumortier, le contrat se heurte notamment aux contraintes de l'administration qui n'a pas la libre disposition de son pouvoir.

Le modèle de la justice pénale, quant à lui, souvent qualifié de « vertical », est traditionnellement celui d'une justice imposée et non négociée.

Dans ce contexte pourtant, le contrat a gagné le champ de l'action gouvernementale à partir des années 1970 et continue à s'y développer, comme la présidente Dumortier l'a exposé.

Le contrat est aussi en marche dans le droit de la famille : la déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel en constituant peut-être la forme la plus aboutie.

En *droit pénal*, les mécanismes fondés sur l'accord des volontés comme instruments du procès pénal, pour reprendre les termes du Premier avocat général Desportes, se sont multipliés ; et cela nous a été dit : la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC) représente désormais plus de 20 % des poursuites correctionnelles.

D'autres domaines, que nous n'avons pas pu aborder ici sont aussi gagnés par ce mouvement de contractualisation.

Il en est ainsi, par exemple, de l'application des peines que Frédéric Desportes n'a pu que citer. Dès le XIX<sup>e</sup> siècle, des dispositifs permettent aux condamnés d'échapper à la prison moyennant le respect de certaines obligations.

En droit, le consentement peut désormais devenir une condition du prononcé et de l'exécution de la peine : consentement à réaliser un travail d'intérêt général, consentement aux soins, à l'aménagement d'une peine privative de liberté, à la pose d'un bracelet électronique.

En pratique, cette contractualisation irrigue l'ensemble des modes de prise en charge en milieu ouvert comme en milieu fermé. Et les dispositions, introduites par la loi du 15 août 2014<sup>369</sup> dans le code de procédure pénale sur la justice restaurative sont encore plus emblématiques de ce mouvement, puisqu'elles prévoient qu'à tous les stades de la procédure, et y compris si les faits sont prescrits, dès lors qu'ils sont reconnus, il peut être proposé à la victime et à l'auteur d'une infraction une mesure de justice restaurative à laquelle ils doivent consentir expressément.

Dans un tout autre domaine, que le temps imparti ne me permet pas de développer ici, celui du droit du travail, on notera que la place des conventions et des accords collectifs est de plus en plus prépondérante dans la production normative.

## **2. Quelle est la nature de ces « contrats pas comme les autres » ?**

De même que nous partageons un constat similaire sur les mouvements de contractualisation, nous partageons des interrogations identiques sur la nature même de ces nouveaux actes juridiques, ces « contrats pas comme les autres » comme cela a été dit, et, subséquemment, sur l'office du juge.

Le consentement, défini en droit des contrats comme la rencontre de deux volontés exprimant leur intention de s'engager dans un contrat, est-il ici véritablement « libre et éclairé » ? Peut-on parler de contrat, quand l'accord conclu entre les parties ne tient pas lieu de loi entre elles ? S'agit-il d'une forme dégradée du contrat ? La notion de contractualisation fait-elle référence au contrat comme norme juridique découlant d'un accord de volontés autonomes, ou simplement fait-elle référence au mécanisme procédural mettant l'accent sur la concertation et la négociation ?

Dans tous les cas, la question de l'étendue de l'office du juge est cruciale. Pour le juge administratif, restituer à l'acte sa juste nature juridique constitue un préalable indispensable à la détermination de l'étendue de l'office du juge, comme l'a exposé la présidente Dumortier.

En droit privé, la question de l'office du juge se noue un peu différemment, car le mouvement de contractualisation doit souvent s'articuler avec un mouvement de déjudiciarisation, voire de déjuridictionnalisation.

En droit de la famille, avec le développement des modes amiables et la déjudiciarisation du divorce par consentement mutuel, le juge a été évincé puisqu'il n'homologue plus la convention, mais comme l'a fait valoir le professeur Egéa l'on pourrait basculer, ce faisant, vers une logique purement contractuelle qui justifierait un retour du juge sur le terrain du contrôle de l'intégrité du consentement.

En matière pénale, le mouvement de contractualisation de l'application des peines a été, au contraire du droit de la famille, concomitant de sa juridictionnalisation au début des années 2000. Mais la question de l'office du juge demeure entière pour la CRPC ou la convention judiciaire d'intérêt public (CJIP) qui vise clairement à éviter l'audience pénale.

---

<sup>369</sup> Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales.

Pour autant, Frédéric Desportes a très bien montré qu'il n'y avait pas effacement du juge et, qu'à cet égard, il ne fallait pas s'arrêter au nombre très faible des refus d'homologation. Le maintien de l'intervention du juge constitue une exigence constitutionnelle, et celui-ci, au terme de la jurisprudence de la Cour de cassation, conserve la plénitude de ses pouvoirs dans l'appréciation du bien-fondé de la mesure.

En tout état de cause, une réflexion mériterait certainement d'être engagée, dans la justice judiciaire en particulier, sur l'office du juge de l'homologation ou de la validation.

Pour asseoir une telle réflexion commune, il conviendrait de rechercher le sens de ces mouvements de contractualisation des nouveaux champs du contrat.

### **3. La recherche du sens rejoint celle des causes**

En la matière, les points de divergences sont réels, mais leur portée paraît s'effacer devant des fondements largement convergents.

Du côté des divergences, il faut certainement relever que dans l'ordre judiciaire le mouvement de contractualisation répond au souci de désengorger les juridictions sur fond de crise des moyens. Les mesures de transaction et de CRPC ont été commandées ou inspirées par des contraintes ou des préoccupations gestionnaires. De même qu'à l'évidence le divorce sans juge vise à soulager les juges d'un contentieux de masse.

Mais cet impératif gestionnaire intègre aussi la recherche d'un gain de qualité ou d'efficacité, recherche qui, cette fois, est partagée entre les domaines administratif et judiciaire. Il est soutenu que les solutions négociées permettent une meilleure adhésion à la solution, qui de ce fait sera mieux appliquée. Elles garantissent le maintien d'une relation à l'avenir apaisée entre les parties, une mise en conformité durable pour l'entreprise, ou encore une absence de réitération des faits délictueux par un délinquant désormais responsabilisé.

Ce mouvement de contractualisation apparaît alors, dans ses fondements, révélateur d'une évolution sociale, économique ou sociétale profonde de nos démocraties libérales. L'on peut y voir une influence anglo-saxonne, le modèle contractuel étant dominant dans l'ordre juridique de *Common Law*.

L'on peut aussi rattacher cette évolution à la remise en cause des formes traditionnelles d'autorité verticale, et à l'horizontalité des rapports sociaux.

Cette évolution peut encore s'inscrire dans le mouvement de contractualisation de la société analysée par Alain Supiot<sup>370</sup>. La célèbre maxime d'Alfred Fouillée<sup>371</sup> : « *Qui dit contractuel, dit juste* » trouverait sa consécration dans ce néo-libéralisme.

Dans une recherche de maximisation des intérêts, la contractualisation viendrait satisfaire l'intérêt du législateur, de l'institution judiciaire, des professionnels, des parties, des administrés et des justiciables.

---

<sup>370</sup> Alain Supiot (né en 1949), universitaire et juriste français, spécialiste du droit du travail, de la sécurité sociale et de philosophie du droit.

<sup>371</sup> Alfred Fouillée (1838-1912), philosophe français à l'origine de la notion métaphysique d'« idée-force ».

D'un autre point de vue, comme le relevait le rapport du Conseil d'État de 2008, l'on pourrait y voir un retour aux sources du contrat, une approche littérale du *contrat social* de Rousseau<sup>372</sup>.

À cet égard, il n'est pas inintéressant de rappeler que Beccaria<sup>373</sup> plaçait le contrat social au fondement du droit de punir et de ses limites, indiquant que pour sortir de l'état de nature et assurer sa sécurité, l'homme entre dans l'état social en concluant avec les autres un pacte aux termes duquel il sacrifie au souverain la plus petite partie de sa liberté. Autrement dit, il consent à être puni, mais pas au-delà de ce qui est strictement nécessaire.

Au-delà de ces fondements et de ses manifestations concrètes, le mouvement de contractualisation, qui telle une lame de fond traverse la société, doit conduire les juridictions, en particulier les cours suprêmes, à une vigilance partagée.

#### 4. Une vigilance partagée

Cette évolution comporte, en effet, un certain nombre de risques liés notamment à l'asymétrie entre les parties et au fait que l'intérêt général ne saurait se réduire à la somme des intérêts individuels. Certains de ces risques étaient déjà pointés par le rapport du Conseil d'État de 2008 qui invitait à *un usage du contrat raisonné et à une limitation de son usage dans les matières régaliennes*. À l'heure où le garde des Sceaux annonce une CRPC criminelle, ces préconisations paraissent bien lointaines.

Le rapport du Conseil d'État de 2008 pointait aussi le risque de la contractualisation en matière de lutte contre l'exclusion des plus fragiles, *le risque de la généralisation d'une logique de contrepartie là où la solidarité collective l'excluait*.

En matière pénale, Michel Foucault<sup>374</sup> contestait l'injonction faite au condamné de devenir *le gestionnaire de sa propre punition*. Et l'on sait que ses analyses irriguent la sociologie contemporaine de la critique du contrôle social en milieu ouvert.

S'agissant des critiques formulées à l'encontre des modes négociés de poursuites, la jurisprudence du Conseil constitutionnel et celle de la Cour de cassation préservent des risques d'atteinte aux droits fondamentaux.

De même que le mouvement de contractualisation paraît devoir perdurer, voire s'accroître, la réflexion commune du Conseil d'État et de la Cour de cassation mérite certainement sur ces sujets aussi de se poursuivre.

L'enjeu paraît être ici celui du maintien de l'office du juge, qui doit concilier les principes de liberté contractuelle et d'autonomie de la volonté avec la recherche de l'équilibre entre les parties, les exigences de l'intérêt général et le respect des droits fondamentaux, et déboucher, peut-être, sur la définition d'un nouvel ordre public contractuel.

<sup>372</sup> Jean-Jacques Rousseau (1712-1778), écrivain et philosophe genevois.

<sup>373</sup> Cesare Beccaria, marquis de Gualdrasco et Villareggio (1738-1794), juriste, criminaliste, philosophe, économiste et homme de lettres italien.

<sup>374</sup> Michel Foucault (1926-1984), philosophe français.

**Christine Maugué**

*Présidente de la section de l'administration du Conseil d'État,*  
**modératrice de la table ronde**

Merci beaucoup Mme la présidente. Je remercie également nos trois intervenants et laisse la place aux professeurs Christophe Jamin et Fabrice Melleray pour conclure cette journée d'entretiens entre le Conseil d'État et la Cour de cassation.



## Propos conclusifs

### **Christophe Jamin**

*Professeur des universités à l'École de droit de Sciences Po Paris*

Christophe Jamin est docteur en droit de l'université Paris Panthéon-Sorbonne (1990) et agrégé de droit privé et sciences criminelles (1993). Il est l'auteur de nombreux articles, ouvrages, chroniques et éditoriaux portant essentiellement sur le droit des contrats, l'histoire de la pensée juridique, et les professions juridiques et judiciaires.

### **Fabrice Melleray**

*Professeur de droit public à l'École de droit de Sciences Po Paris*

Fabrice Melleray, agrégé de droit public (2002), a été successivement professeur aux universités de Poitiers (2002-2004), Bordeaux (2004-2012) et Paris I (2012-2017). Il est depuis 2018 professeur à l'école de droit de Sciences Po. Il a enseigné ou enseigne les différentes branches du droit administratif : droit administratif général, contentieux administratif, droit administratif comparé, droit de la fonction publique, droit administratif des biens, droit des services publics et droit des contrats administratifs. Il a été membre junior de l'Institut universitaire de France (2011-2016) et président de la section de droit public du Conseil national des universités (2015-2019). Il est actuellement membre du collège de la Haute Autorité pour la transparence de la vie publique et vice-président du collège de déontologie du ministère de la culture. Il assure, depuis 2013, la direction scientifique de *l'Actualité juridique du droit administratif* (AJDA, éd. Dalloz). Ses travaux portent sur les différentes branches du droit administratif ainsi que sur l'histoire doctrinale. Il a notamment publié *Droit civil et droit administratif - Dialogue(s) sur un modèle doctrinal* (éd. Dalloz, 2018, spécialités : droit des contrat, histoire de la pensée juridique, institutions judiciaires et justice et presse, en collaboration avec Ch. Jamin).

---

**Christophe Jamin**

*Professeur des universités à l'École de droit de Sciences Po Paris*

Mesdames et Messieurs,

Nous allons essayer de nous livrer à une conclusion à deux voix et, pour reprendre l'expression du Premier président Soulard, de continuer à « *dialoguer sur un dialogue* ».

Au cours du colloque, la tâche ne nous a pas été facilitée tant nous sommes passés du très général au très technique dans des domaines extrêmement variés. Par ailleurs, je ne suis pas certain qu'il y ait eu un véritable dialogue entre les intervenants. J'ai plutôt eu l'impression d'une juxtaposition d'interventions qui ont parfois donné lieu à des dialogues entre privatistes à propos du renouveau de l'office du juge. Avec cette impression supplémentaire que l'on se situait dans deux univers distincts, matérialisés par la façon dont les tables rondes étaient organisées, qui comprenaient d'un côté la juridiction administrative, et de l'autre la Cour de cassation.

D'où le retour à notre question première : comment dialoguer sur un dialogue qui ne semble pas avoir réellement eu lieu ? À moins que, comme me l'a suggéré mon collègue et ami Fabrice Melleray, publiciste de son état, un tel dialogue soit impossible.

**Fabrice Melleray**

*Professeur de droit public à l'École de droit de Sciences Po Paris*

Pour ma défense, j'ai un argument en soutien de cette affirmation de dialogue impossible.

Dans une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) posée par la Cour de cassation à propos du régime contentieux des contrats de droit privé de la commande publique, il était question de savoir s'il était admissible qu'il y ait des recours, ouverts devant le juge administratif de manière prétorienne, différents de ceux portés devant le juge judiciaire.

Le Conseil constitutionnel, avec le laconisme qu'on lui connaît, a répondu que les contrats administratifs et les contrats de droit privé répondent à des finalités et à des régimes différents, et qu'en conséquence il n'y a pas rupture du principe d'égalité puisque ces situations sont distinctes (décision n° 2020-857 QPC du 2 octobre 2020). De sorte que l'on pourrait se dire qu'ont été traités ici, en parallèle, des sujets qui n'ont à peu près rien à voir les uns avec les autres.

Mais laissons le Conseil constitutionnel et tournons-nous vers le Conseil d'État. Là, en tant qu'administrativiste, je me réfère à l'étude annuelle de 2008 évoquée par la présidente Dumortier qui rappelle que comparativement au contrat de droit privé, le contrat administratif possède quelques spécificités. Conclu dans l'intérêt général, ce fameux intérêt général qui fonde effectivement la matière, le contrat administratif doit assurer le bon fonctionnement du service public et permettre de mettre en œuvre l'action administrative. Je ne crois pas qu'un spécialiste de droit privé pourrait reprendre la même définition à propos du contrat de droit privé.

**Christophe Jamin***Professeur des universités à l'École de droit de Sciences Po Paris*

Certes, mais dans cette étude annuelle, il est également précisé que « *spécifique par son objet, le contrat administratif conserve néanmoins de nombreuses similitudes avec le contrat civil. Le contrat doit avoir été conclu par un agent compétent ou ayant la capacité juridique de s'engager, le consentement des contractants doit avoir été valablement donné. L'objet du contrat doit avoir été déterminé ; sa durée ne peut être perpétuelle, sa cause doit être licite. De même, la théorie des vices du consentement qui recouvrent le dol, l'erreur et la violence s'applique en droit administratif comme en droit privé. Contrat civil et contrat administratif s'inscrivent de fait dans un droit général des contrats* »<sup>375</sup>. Dans un tel contexte, le dialogue entre nos disciplines semble possible.

**Fabrice Melleray***Professeur de droit public à l'École de droit de Sciences Po Paris*

Beaucoup d'auteurs ont traité du thème du contrat. Parmi eux, il y a, par exemple, Georges Péquignot<sup>376</sup> et sa théorie générale du contrat administratif (titre de sa fameuse thèse de doctorat publiée en 1945), qui nous explique que le contrat administratif est un acte unilatéral qui s'ignore et propose d'ouvrir le recours pour excès de pouvoir contre le contrat ; thèse qui aurait pu aboutir à la fin des années 1990 sous la présidence de Daniel Labetoulle, ancien président de la section du contentieux, comme cela avait été envisagé. Par ailleurs, notons l'arrêt *Ville de Lisieux*<sup>377</sup> aux conclusions du président Stahl qui est extrêmement intéressant sur ce point.

Je suis également allé lire les propos plus récents du professeur Yves Gaudemet<sup>378</sup>, qui sont au cœur de notre sujet, qui nous dit que le contrat administratif n'est pas un véritable contrat<sup>379</sup>. En effet, celui-ci n'est pas né contrat : c'est une opération administrative.

Puis, je suis allé lire un de mes auteurs préférés : Maurice Hauriou, lequel précise dans les différentes éditions de son *Précis de droit administratif* qu'il existe deux types de contrats administratifs : ceux qui concernent l'achat de services, de biens et de travaux qui peuvent ressembler à un contrat de droit privé, et les contrats par lesquels l'on confie une mission de service public ; dès lors, l'on retombe sur un des totems du droit administratif. M. Hauriou utilise une métaphore qui fait écho à des problématiques civilistes : il compare le concédant et le concessionnaire à deux conjoints astreints à une vie commune, et nous dit que cette situation est « *dominée par la préoccupation du service public à gérer ensemble comme les deux époux sont dominés par la préoccupation d'une famille à fonder et à élever* ». On est assez loin de la théorie

---

<sup>375</sup> Conseil d'État, *Étude annuelle 2008*, préc., p. 96.

<sup>376</sup> Georges Péquignot (1914-2003), juriste, ancien professeur à la faculté de droit et des sciences économiques de Montpellier.

<sup>377</sup> CE, sect., 30 octobre 1998, n° 149663, Rec.

<sup>378</sup> Yves Gaudemet (né en 1946), professeur émérite de l'université Panthéon-Assas.

<sup>379</sup> Yves Gaudemet, « Pour une nouvelle théorie générale du droit des contrats administratifs : mesurer les difficultés d'une entreprise nécessaire », in *Revue du droit public*, mars 2010, p. 313 et suiv.

générale des obligations telle que je l'ai apprise il y a bien longtemps avec Jean Hauser<sup>380</sup> à Bordeaux.

**Christophe Jamin**

*Professeur des universités à l'École de droit de Sciences Po Paris*

Pour nous expliquer que le dialogue est impossible, M. Melleray mentionne un certain nombre d'écrits doctrinaux. Sont-ils pour autant pertinents ? Nous interdisent-ils vraiment de dialoguer ?

Après tout, ce ne sont que des opinions doctrinales divergentes. Je me souviens quand j'ai rejoint en 1993 la *Revue trimestrielle de droit civil* en qualité de secrétaire général, nous avons publié un article sur la notion de contrat administratif où il était précisé que nous pouvions tout à fait dialoguer. Ce qui prouve que nous parlions des mêmes choses.

D'autre part, parce qu'en droit administratif, la doctrine n'existe pas. D'ailleurs, ce n'est pas un hasard si dans l'ouvrage intitulé *Les 100 mots du droit administratif*<sup>381</sup> il n'y a aucune entrée au mot « doctrine ».

Aussi, m'opposer la doctrine pour dire, à l'issue de cette journée, que le dialogue est possible ou impossible ne me convient pas.

**Fabrice Melleray**

*Professeur de droit public à l'École de droit de Sciences Po Paris*

Je suis dans une situation d'autant plus difficile que je me suis engagé à poursuivre ce dialogue public/privé avec M. Jamin à travers une grille de lecture et des lunettes de publiciste, parce que j'ai eu le sentiment en lisant le programme de ce colloque que la structuration intellectuelle traitait des problématiques qui portaient du droit privé. Ce qui ne veut pas dire qu'elles ne soient pas intéressantes aussi vu du droit public, comme l'illustrent par ailleurs les différentes interventions.

Ce faisant, je me suis également demandé si l'on pouvait replacer tout cela dans un questionnement publiciste ; et il me semble que, de ce point de vue, on a ces dernières décennies deux grandes problématiques que l'on retrouve en droit privé : la *liberté contractuelle* consacrée très tardivement par la jurisprudence, mais pas encore par les textes de droit public ; et la *sécurité juridique* évoquée à plusieurs reprises dans ce colloque. C'est pourquoi je me suis demandé si l'on pouvait organiser une analyse autour de ces deux thématiques.

**Christophe Jamin**

*Professeur des universités à l'École de droit de Sciences Po Paris*

L'on peut en effet réfléchir et dialoguer à partir des deux notions que sont la liberté contractuelle et la sécurité juridique. Cela a d'autant plus de sens que ce sont deux notions qui reviennent en permanence chez les privatistes.

---

<sup>380</sup> Jean Hauser (1942-2017), professeur agrégé des facultés, spécialisé en droit privé.

<sup>381</sup> B. Blaquièrre, *Les 100 mots du droit administratif*, éd. PUF, coll. Que sais-je ?, Paris, 2024.

Je me souviens du rapport de synthèse consacré au contrat présenté au cours du congrès des notaires de 1998 par le professeur Mazeaud<sup>382</sup> intitulé : *Le contrat, liberté contractuelle, sécurité juridique*. Nous avons entendu parler aujourd'hui de cette opposition à plusieurs reprises, notamment dans les propos de M. le procureur général, et aussi de Mme Fauvarque-Cosson quand celle-ci a évoqué des projets européens.

C'est la raison pour laquelle je pense qu'il est possible de dialoguer autour de ces deux notions. Aussi, je vous propose de commencer par celle de liberté.

**Fabrice Melleray**

*Professeur de droit public à l'École de droit de Sciences Po Paris*

### **1. La liberté contractuelle**

La liberté contractuelle est un élément fondamental dans nos deux branches du droit et transcende clairement la frontière de la dualité de juridictions. Cela étant, si l'on s'interroge sur sa consécration au sommet de la hiérarchie des normes, il faut attendre la fin des années 1990 pour que le Conseil constitutionnel, après moultes atermoiements, consacre cette liberté en la déduisant de l'article 4 de la déclaration de 1789 (décision n° 98-401 DC du 10 juin 1998) ; et il faut attendre 2006 pour qu'il affirme que cette liberté contractuelle, qui valait pour les personnes privées, vaut aussi pour les personnes publiques (décision n° 2006-543 DC du 30 novembre 2006). Il me semble néanmoins qu'on extrapole un peu cette décision de 2006 en disant que cela vaut pour toutes les personnes publiques, alors qu'à la lire à la lettre elle ne vaudrait que pour les collectivités territoriales.

L'on considère cela pour acquis avec tout de même, et l'on retrouve les différences de cultures entre les deux branches du droit, l'article 1102 du code civil qui m'impressionne toujours un peu en tant que publiciste puisque l'on y retrouve la plupart des facettes de la liberté contractuelle, sans équivalent dans le code de la commande publique qui est pourtant plus récent que l'ordonnance de 2016 puisqu'il date de 2018. C'est donc un choix volontaire des codificateurs que de ne pas avoir défini, caractérisé, la liberté contractuelle dans le code de la commande publique.

Cela ne signifie pas, évidemment, qu'il n'y ait pas application de ce principe, mais cela montre bien que, même aujourd'hui largement codifiés, les principes structurants du droit administratif demeurent jurisprudentiels. Ce qui est tout le sens du propos classique du doyen Vedel<sup>383</sup> lorsqu'il parlait d'un droit fondamentalement jurisprudentiel et de ses cadres structurants, et non de la masse des normes applicables<sup>384</sup>.

---

<sup>382</sup> Rapport de synthèse présenté au 94<sup>e</sup> congrès des notaires par Denis Mazeaud, professeur à l'université Panthéon-Assas, *Le contrat, liberté contractuelle et sécurité juridique*, 1998.

<sup>383</sup> Georges Vedel (1910-2002), professeur français de droit public.

<sup>384</sup> G. Vedel, « Le droit administratif peut-il être indéfiniment jurisprudentiel ? », *EDCE*, 1979-1980, n° 31, p. 31 et suiv.

**Christophe Jamin**

*Professeur des universités à l'École de droit de Sciences Po Paris*

Vu sous cet angle, on peut dire qu'il n'existe pas plus de principes dans le code civil avec la réforme de 2016-2018, puisque le texte parle de « dispositions liminaires ». C'est sous cette rubrique que figure l'article 1102 qui consacre la liberté contractuelle tant au stade de la formation que de l'exécution du contrat. À propos de cette liberté, deux choses doivent néanmoins être relevées :

- la liberté n'est pas absolue. Plusieurs intervenants l'ont relevé : la liberté se heurte d'abord à l'ordre public, un concept particulièrement flou et fluctuant. On l'a vu en particulier lors de la dernière table ronde sur les champs du contrat. Cette liberté est encore bornée par les droits fondamentaux. Le président Barlow a parlé du texte originaire de l'article 1102 et de son alinéa 2 qui faisait référence aux droits fondamentaux. Cet alinéa a été biffé du texte final parce que certains privatistes, ou certains politiques, n'apprécient guère les droits fondamentaux. Mais il n'en demeure pas moins que la chose est là : les droits fondamentaux peuvent venir en soutien de la liberté, mais ils peuvent aussi revenir sur cette liberté ;

- le code civil ne s'en tient pas à la liberté contractuelle. Les dispositions liminaires visent aussi la *force obligatoire du contrat* à l'article 1103, et la *bonne foi* à l'article 1104.

Notons que depuis le début du XX<sup>e</sup> siècle l'on comprend la bonne foi différemment. Pour un juriste du XIX<sup>e</sup> siècle, la bonne foi consistait notamment à exécuter le contrat le plus respectueusement possible au regard de ses stipulations, ce qu'avaient voulu les parties. À partir du début du XX<sup>e</sup> siècle, parce que l'on prend conscience de l'inégalité de fait entre les cocontractants, certains juristes commencent à dire qu'il faut que la volonté des uns et des autres soit bornée par la bonne foi. La bonne foi n'est plus au service de la volonté, elle en devient en quelque sorte le frein. Jusqu'à un certain stade, la bonne foi consiste à prendre en considération l'intérêt de l'autre cocontractant.

René Demogue<sup>385</sup> écrit, dès 1907, que dans certains contrats en droit privé, les contrats qui mettent aux prises des parties de force très inégales (louage d'ouvrage, contrat de transport, contrat d'assurance), il existe en quelque sorte un législateur du contrat qui doit à certains égards prendre en considération les intérêts de l'autre.

Même analyse chez Raymond Saleilles<sup>386</sup> quand il emprunte, en 1901, à la doctrine allemande la notion de « contrat d'adhésion ». À cette époque, Saleilles refuse de faire du contrat d'adhésion un contrat, car un tel contrat constitue pour lui un acte juridique unilatéral. Il ne sera pas suivi sur ce point, mais se dessine toutefois avec son analyse une autre manière de voir les choses : le concept de bonne foi entre en quelque sorte en conflit avec la liberté contractuelle et la force obligatoire pour en amoindrir la portée. Et dans la mesure où seul le juge peut être le gardien du respect de la bonne foi tant au stade de la formation que de l'exécution du contrat, son analyse constitue le moyen pour le juge d'intervenir de manière nettement plus active en matière

<sup>385</sup> René Demogue (1872-1938), professeur à la faculté de droit de Paris, ancien directeur de la *Revue Trimestrielle de droit civil*, fondée en 1902.

<sup>386</sup> Raymond Saleilles (1855-1912), juriste français.

contractuelle. Ce qui était impensable auparavant, le juge étant considéré avant tout comme le garant du respect de la volonté des parties, dès l'instant que celle-ci n'était pas viciée. Or l'un des enjeux majeurs en termes de politique juridique d'une réforme, qui introduit très officiellement le concept de bonne foi aux côtés de la liberté contractuelle et de la force obligatoire du contrat, est de savoir où l'on place exactement le curseur dans les rapports qui peuvent exister entre ces trois « dispositions liminaires ».

D'autre part, j'ai écouté les uns et les autres évoquer un certain nombre d'articles du code civil qui sont des produits de la réforme :

- l'article 1171 sur le contrôle des clauses abusives, qui me semble avoir été plus ou moins vidé, non pas de sa substance mais de son intérêt, par la Cour de cassation en en faisant un article subsidiaire par rapport aux dispositions réputées équivalentes dans le code de commerce et le code de la consommation ;

- en ce qui concerne l'imprévision de l'article 1195, M. Thomas Genicon a observé à juste titre qu'il ne se passe rien sur ce registre ;

- quant à la violence économique de l'article 1143, très débattue, celle-ci n'était jamais caractérisée avant la réforme. Elle ne l'est pas beaucoup plus après.

- ajoutons à la liste un arrêt récent du 14 mai 2025<sup>387</sup>, dont nous n'avons pas parlé mais qui pourrait faire couler beaucoup d'encre, sur l'obligation d'information précontractuelle affichée à l'article 1112-1 du code civil dont la portée avait déjà été réduite. Dans cet arrêt, la chambre commerciale de la Cour de cassation interprète les conditions de l'obligation d'information précontractuelle pour dissocier le caractère déterminant de ladite information de son « *lien direct et nécessaire avec le contenu du contrat ou la qualité des parties* »<sup>388</sup>. Mais à travers cela, je ne suis pas certain que votre Cour n'ait pas encore ajouté à la réduction et que les choses aient beaucoup changé<sup>389</sup>.

L'introduction de la bonne foi n'a donc pas changé grand-chose...

Mais revenons à la liberté. Si l'on regarde les choses de loin en utilisant la phraséologie de Georges Rouhette<sup>390</sup>, si l'on regarde la liberté procédurale, le « contracter » dont il parle, il me semble que celle-ci n'augmente pas vraiment. Elle se heurte à un ordre public, certes fluctuant, ainsi qu'aux droits fondamentaux auxquels elle ne se heurtait pas il y a encore quelques années.

Il m'arrive de relire le doyen Ripert<sup>391</sup> qui disait en substance, au début du siècle dernier, que l'on peut tout à fait, au nom de la conception qu'il se faisait de la liberté, refuser de contracter avec quelqu'un qui n'est ni de sa religion, ni de sa race. Or il est évident qu'un tel discours ne passerait plus du tout aujourd'hui.

---

<sup>387</sup> Ccass., ch. com., 14 mai 2025, pourvoi n° 23-17.948, publié au Bulletin.

<sup>388</sup> *Ibid.*, point n° 6.

<sup>389</sup> Voir également : C. Héline, « Une interprétation nouvelle de l'article 1112-1 du code civil », in *Dalloz Actualité*, 20 mai 2025.

<sup>390</sup> Georges Rouhette (1933-2010), juriste de réputation internationale.

<sup>391</sup> Louis Marie Adolphe Georges Ripert (1880-1958), professeur de droit et homme politique français.

La liberté procédurale varie donc, mais globalement elle demeure.

Quant à la liberté substantielle, le « contracté » de Rouhette, il est possible qu'elle soit en légère expansion, comme on l'a vu précédemment, notamment avec le droit de la famille et le droit pénal.

On a parlé d'homologation qui persiste en droit pénal, mais disparaît en droit de la famille avec le contreseing de l'avocat. Dans ce contexte, il est possible que, substantiellement, l'homologation augmente un peu dans certains domaines. Et les intervenants ont essayé d'en rechercher la signification.

Pourquoi cela bouge-t-il ? Peut-on mettre en parallèle droit pénal et droit de la famille ? L'expression qui est revenue à ce sujet est celle de la préoccupation gestionnaire, mais la présidente Zientara-Logeay l'a dit, on espère en tirer quelques gains de qualité, d'efficacité, une meilleure adhésion à la solution. Pourquoi cela s'étend-t-il ? Est-ce de l'américanisation, du néolibéralisme, de l'horizontalité, voire de l'individualisme ?

Côté droit privé, j'ai l'impression que cela ne change pas beaucoup, qu'il y a une forme de continuité de la matière avec une possible expansion de la liberté substantielle, du « contracté » au sens de Georges Rouhette. Cela parle-t-il à l'administrativiste que vous êtes ?

**Fabrice Melleray**

*Professeur de droit public à l'École de droit de Sciences Po Paris*

J'ai découvert cette distinction intéressante entre le « contracter » et le « contracté », qui me semble permettre d'éclairer un certain nombre d'aspects. Et j'ai compris que pour les privatistes la liberté est le moyen d'organiser la relation de deux parties présumées égales, et de lutter plus ou moins efficacement contre des inégalités de fait *via* la bonne foi et les droits fondamentaux.

Pour les publicistes, j'ai été assez frappé de l'intervention du vice-président Tabuteau jusqu'aux propos de Mme Dumortier. L'on y retrouve toujours la même grille d'analyse. Mais je m'y retrouve aussi en tant que publiciste, avec l'idée que le contrat administratif sert l'intérêt général.

On a cité des pouvoirs comme l'article L. 6 du code de la commande publique, mais on a aussi parlé de résiliation unilatérale pour motif d'intérêt général, de modification unilatérale du contrat, ainsi que de toute une série de choses importantes. Mais pour nous, il y a autre chose : le contrat est un mode d'action publique, et le cœur de cette théorie a bien été construit sur la base de l'extrapolation de règles qui étaient applicables à quelque chose qui n'est pas un contrat, qui est la concession. La concession est un acte mixte qui comprend très largement des clauses réglementaires et pas uniquement, loin s'en faut, des clauses contractuelles

Si l'on reprend un instant cette dichotomie, le contracter « er » et le contracté « é », l'on peut y voir à la fois une différence et un élément de proximité.

### ***Le « contracter » (l'opération)***

Nous sommes là dans des mondes différents. En effet, ce que l'on étudie d'abord quand on fait du droit des contrats administratifs ce sont des procédures de passation de contrats, et des règles de publicité et de mise en concurrence.

Le président Japiot a parlé de la protection des deniers publics pour essayer d'assurer l'efficacité, l'égalité, la non-discrimination au nom de la transparence. Les exigences européennes combinées avec les exigences nationales se rejoignent, et l'on passe donc beaucoup de temps en droit administratif sur des sujets qui n'ont quasiment pas lieu d'être, ou beaucoup moins lieu d'être en droit privé. Et cela ne s'est pas arrêté.

En 1992, lorsque l'on passait une concession, qui ne s'appelait pas encore « délégation de service public », pour des centaines de millions de francs, voire des milliards, on faisait des contrats *intuitu personae*<sup>392</sup> sans publicité, ni mise en concurrence. Dans ce contexte, la loi « Sapin 1 »<sup>393</sup> a été une révolution.

En 2017, sous l'influence et l'insistance de la Cour de justice de l'Union européenne, face à la surdité du Palais-Royal, l'occupation du domaine public est soumise à publicité et mise en concurrence. Cela a donné lieu à une ordonnance d'avril 2017. On peut aussi citer l'arrêt *Paris tennis*<sup>394</sup> qui a irrité les gestionnaires du Sénat qui ont dû faire de la publicité et de la mise en concurrence pour la gestion des six terrains de tennis du Jardin du Luxembourg. Pour le contracter « er », nous sommes donc dans des mondes différents, et je crois que la différence s'est encore accentuée.

### ***Le « contracté » (le contenu du contrat)***

La présidente Dumortier a montré qu'il existe une diversification des champs de ce qui peut relever aujourd'hui du contrat. À titre d'exemple, je ne pensais pas, il y a encore quelques années, qu'il y aurait des conventions collectives en matière de fonction publique pour les fonctionnaires. Désormais, on verra ce qu'il en adviendra. C'est le droit positif.

Je n'imaginai pas non plus que l'on développerait autant le contrat en matière de police, en matière d'urbanisme, ainsi qu'en matière sociale. Le « pavillon contractuel » est très accueillant. C'est un contrat à effet réglementaire. Il y a donc des contrats à effets réglementaires et des contrats attributifs de situations réglementaires, et des contrats actes mixtes et de « véritables contrats » avec le véritable effet relatif.

En droit administratif, sous le pavillon formel de « contrat », l'on range beaucoup choses, mais pour de nombreuses raisons (déclin de la transcendance de l'État, décentralisation, nouveau management public) on a la conviction que faire passer une réforme par le contrat est par nature plus efficace, ou plus efficient (les deux mots ont été utilisés) que passer par l'acte unilatéral.

Au final, il me semble que l'on a sur ce volet « contracté » des éléments de convergence qui sont nets.

<sup>392</sup> En considération du type ou de la qualité des relations existant entre les personnes.

<sup>393</sup> Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

<sup>394</sup> CE, chr, 10 juillet 2020, n° 434582, Rec.

**Christophe Jamin**

*Professeur des universités à l'École de droit de Sciences Po Paris*

S'agissant de la liberté, il existe des points de contact. Les privatistes sont toujours très attachés à la liberté. Précédemment, on évoquait l'autonomie de la volonté, ce qui nous renvoie à un passé assez lointain, et la liberté contractuelle, avec des points de jonction et de comparaison possibles entre droit public et droit privé, même si l'on est dans des mondes assez différents.

## **2. La sécurité juridique**

Peut-on parler en termes identiques s'agissant de la sécurité juridique ? J'ai personnellement beaucoup de mal à définir ce qu'est vraiment la sécurité juridique. L'on a cité Carbonnier. Je le cite à mon tour : « *c'est un besoin juridique élémentaire et, si l'on ose dire, animal* ». Très bien. Mais l'on peut aussi analyser la sécurité juridique sous des angles très différents.

L'on peut relire Demogue qui, en 1911, distinguait la sécurité *statique* de la sécurité *dynamique*, précisant que la sécurité statique est là pour protéger les situations juridiques établies et garantir la stabilité des droits acquis. Autrement dit, la sécurité statique garantit la stabilité des relations juridiques. Elle se rapproche d'une certaine conception de la force obligatoire du contrat : la stabilité. L'on a conclu le contrat, cela ne bougera plus et personne ne viendra vous ennuyer.

Ensuite, Demogue retient que la stabilité dynamique est là pour faciliter la circulation des richesses et des droits, permettre d'adapter le droit aux évolutions externes économiques et sociales, favoriser la fluidité des échanges.

Où l'on voit que l'on peut tout classer sous la rubrique « sécurité » selon que l'on parle de sécurité statique ou de sécurité dynamique. Aussi, pourriez-vous nous préciser de quelle sécurité parle-t-on ou a-t-on parlé durant ce colloque du côté des administrativistes ?

**Fabrice Melleray**

*Professeur de droit public à l'École de droit de Sciences Po Paris*

Je pense qu'en droit administratif la sécurité juridique est le volet « sécurité statique » au sens de Demogue. C'est la stabilité du contrat. Tout le débat tourne, depuis les années 1990, autour de la dialectique légalité-sécurité. Cela va au-delà du champ contractuel avec un débat ; certains disant que la légalité est l'une des conditions de la sécurité, l'on essaie de recentrer cela sur la stabilité par opposition au principe de légalité. Vous savez à quel point le juge administratif est attaché au respect, à la promotion du principe de légalité.

### **La trilogie « Béziers »**

Il faut noter qu'en une dizaine d'années nous avons eu un ensemble d'évolutions jurisprudentielles assez impressionnant, notamment avec les arrêts dits « Béziers 1 »<sup>395</sup>, « Béziers 2 »<sup>396</sup> et « Béziers 3 »<sup>397</sup>.

« Béziers 1 » consacre le principe de loyauté des relations contractuelles. L'idée est d'éviter qu'une des parties, bien souvent la partie publique, ne dise qu'elle avait oublié de transmettre au préfet le contrat pour, au besoin, se délier dudit contrat. L'on est ici dans l'idée de sécurité statique.

« Béziers 2 » invente l'action en reprise des relations contractuelles ; moyen d'offrir un peu d'air au courant doctrinal mené notamment par le spécialiste des contrats Philippe Terneyre<sup>398</sup> demandant l'ouverture d'un recours en annulation des mesures d'exécution du contrat. Le Conseil d'État s'y refusant sans doute pour des raisons pratiques (éviter d'être enseveli sous les requêtes contre les ordres de service, garantir la stabilité contractuelle) a donc ouvert cette action en reprise des relations contractuelles, mais il a tellement posé de conditions à la mise en œuvre de ces pouvoirs que j'espère, avant la fin de ma carrière, voir un bel arrêt de section illustrant cela.

« Béziers 3 » : le Conseil d'État saisi une nouvelle fois en cassation et contraint de régler l'affaire au fond en profite pour poser un nouveau principe : « *considérant qu'une convention conclue entre deux personnes publiques relative à l'organisation du service public ou aux modalités de réalisation en commun d'un projet d'intérêt général ne peut faire l'objet d'une résiliation unilatérale que si un motif d'intérêt général le justifie, notamment en cas de bouleversement de l'équilibre de la convention ou de disparition de sa cause ; qu'en revanche, la seule apparition, au cours de l'exécution de la convention, d'un déséquilibre dans les relations entre les parties n'est pas de nature à justifier une telle résiliation* ». Ainsi, bouleversement de l'économie du contrat et disparition de la cause sont les deux motifs qui permettent de justifier la résiliation d'une convention passée entre deux personnes publiques pour l'organisation en commun d'un service public ou d'une activité d'intérêt général.

### **Le référé précontractuel**

Si le référé précontractuel constitue la voie de droit la plus efficace pour un candidat évincé souhaitant contester son éviction et faire annuler la procédure de passation d'un contrat de la commande publique, en 2008, le Conseil d'État, par son arrêt *SMIRGEOMES*<sup>399</sup>, a entendu limiter l'effectivité de ce recours pour préserver la sécurité juridique des procédures de passation des contrats de la commande publique.

<sup>395</sup> CE, Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers*, n° 304802, dit « Béziers 1 » : pouvoir du juge de résilier le contrat si le contrat est illicite ou entaché d'un vice d'une particulière gravité.

<sup>396</sup> CE, sect., 21 mars 2011, *Commune de Béziers*, n° 304806, dit « Béziers 2 » : pouvoir du juge de faire revivre un contrat résilié.

<sup>397</sup> CE, ssr, 27 février 2015, *Commune de Béziers*, n° 357028, dit « Béziers 3 » : le seul déséquilibre dans les relations contractuelles ne permet pas de justifier la résiliation unilatérale d'un contrat conclu entre deux personnes publiques. Il faut un motif d'intérêt général.

<sup>398</sup> Philippe Terneyre (né en 1955), professeur agrégé de droit public à l'université de Montpellier.

<sup>399</sup> CE, sect., 3 octobre 2008, n° 305420, *SMIRGEOMES (Syndicat mixte intercommunal de réalisation et de gestion pour l'élimination des ordures ménagères du secteur est de la Sarthe)*. Dans le cadre d'un référé

Avec cette jurisprudence, le juge administratif énonçait que le requérant, pour justifier d'un intérêt à agir, devait certes être susceptible d'être lésé par les manquements du pouvoir adjudicateur à ses obligations de publicité et de mise en concurrence, mais qu'en outre n'étaient opérants que les manquements ayant été susceptibles de l'avoir lésé ou risquant de le léser.

Cependant, depuis quelques années, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) tend à assouplir cette condition d'intérêt lésé posée par l'arrêt *SMIRGEOMES*, au point que le maintien de celle-ci peut être sérieusement questionné<sup>400</sup>.

Notons que nous avons, en matière administrative, des jurisprudences locales ce qui n'est pas si fréquent.

Notons également que si les juges judiciaires ont une conception de leurs indépendances respectives, qui me fait beaucoup penser à l'Université ; au Conseil d'État en revanche l'on a une discipline jurisprudentielle, ce qui du point de vue de la sécurité juridique n'est pas une mauvaise chose...

Mais il y a surtout – et pour moi c'est le tour de passe-passe magnifique – la jurisprudence *Département de Tarn-et-Garonne*<sup>401</sup> où le juge administratif énonce que l'on va ouvrir aux tiers lésés un recours de plein contentieux (RPC) contre le contrat administratif, développant ainsi la possibilité ouverte par l'arrêt *Société Tropic Travaux Signalisation* (CE, 16 juillet 2007) aux seuls concurrents évincés.

En réalité, le Conseil d'État a complètement fermé l'accès au juge, puisqu'auparavant on avait la possibilité, *via* la contestation des actes détachables, d'attaquer les contrats. Autrement dit, l'arrêt de 2014 revient à ouvrir une nouvelle voie de droit pour fermer l'accès au juge.

Notons à cet égard que le Conseil d'État est très – et probablement trop – exigeant quant aux moyens opérant dans ce contentieux du Tarn-et-Garonne. Il y a là une politique jurisprudentielle revendiquée avec un certain nombre d'écrits de membres du Conseil d'État, mais derrière se profile cette sécurité juridique statique. Je pense que le verrou est peut-être allé trop loin. Il faut attendre pour voir ce qu'il adviendra de la suite de la jurisprudence.

En tout état de cause, on peut clairement dire que la sécurité juridique, du point de vue publiciste, est avant tout une sécurité statique.

**Christophe Jamin**

*Professeur des universités à l'École de droit de Sciences Po Paris*

À la réflexion, je pense que la sécurité statique l'emporte aussi chez les privatistes, du moins du côté de la Cour de cassation. En matière d'exécution, nous maintenons une

---

précontractuel, les candidats évincés ne peuvent invoquer un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence que s'ils démontrent qu'ils sont directement lésés par ce manquement.

<sup>400</sup> Voir notamment : CJUE, 4 juillet 2013, *Fastweb SpA c. Azienda Sanitaria Locale di Alessandria*, aff. C-100/12 ; CJUE, 24 mars 2021, *NAMA Symvouloi*, aff. C-771/19.

<sup>401</sup> CE, Ass., 4 avril 2014, n° 358994, Rec.

trilogie très classique : la force obligatoire, l'intangibilité et l'exécution forcée en nature.

La Cour de cassation reconnaît certes des standards, tels que la bonne foi, le raisonnable, la proportionnalité. Mais ces standards, qui font pencher la balance du côté de la sécurité dynamique, ne sont pas très appréciés des juristes français, même si on les trouve en assez grand nombre dans la réforme de 2016-2018.

Personnellement, je les apprécie quand les contrats s'exécutent sur une longue durée parce que les situations varient et que l'avenir n'est pas un long fleuve tranquille. Les standards ont donc quelque chose d'utile. Est-ce que néanmoins le législateur est allé trop loin dans le recours aux standards ?

Un texte sur l'exécution forcée en nature et ses limites a fait couler beaucoup d'encre ; en l'occurrence l'article 1221 du code civil qui dispose que « *le créancier d'une obligation peut (...) en poursuivre l'exécution en nature sauf (...) s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur de bonne foi et son intérêt pour le créancier* ». De premiers arrêts sur l'usage fait de cet article ont fait réagir. Il faut néanmoins encore attendre le développement de la jurisprudence en la matière.

Tout cela rend-t-il le droit français attractif, ou lui fait-il perdre de l'attractivité ? C'est la dernière question que je me poserai, et pour y répondre je citerai volontiers François Ancel pour qui « *la sécurité juridique* – et je pense qu'il faisait référence à la sécurité juridique statique – *rend le système attractif* ».

En y réfléchissant, je me dis que certains éléments me paraissent importants s'agissant de l'attractivité de la France. Selon moi, ce n'est pas la qualité de nos règles qui fait l'attractivité, mais la puissance ou l'habitude.

À ce titre, la puissance des cabinets anglo-américains sur la place de Paris fait que, dans un certain nombre de cas, pour des contrats d'une particulière importance qui construisent le droit à l'échelon global, ce sont eux qui dominent et donc appliquent un droit qu'ils connaissent.

Dans ce contexte, un des moyens de nous rendre attractifs serait possiblement de renforcer la puissance des cabinets d'affaires français. Mais l'on part avec beaucoup de retard : nous n'avons pas ces grandes firmes qui structurent le droit contractuel à l'échelon mondial, puisque c'est pour l'essentiel une structuration anglo-américaine.

**Fabrice Melleray**

*Professeur de droit public à l'École de droit de Sciences Po Paris*

À un moment donné, nous avons eu une inquiétude commune quand l'un des orateurs a fait référence à l'arrêt *Inkreal*<sup>402</sup>. En l'écoutant, je me disais que j'avais un autre « bréviaire » que le rapport public 2008 sur *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*. Il s'agit d'une étude de l'an 2000 réalisée à la demande du Premier ministre sur l'influence du droit français<sup>403</sup> censée refléter la puissance de la France.

<sup>402</sup> CJUE, 8 février 2024, *Inkreal*, aff. C-566/22.

<sup>403</sup> Conseil d'État, *L'influence internationale du droit français*, éd. La Documentation française, Paris, 2001.

Mais l'on aura beau avoir le droit le mieux construit, si l'on n'a pas la capacité de l'imposer comme certains savent le faire, on n'arrivera à rien.

Au milieu des années 2000, j'ai trouvé intéressant de constater que le rapport *Doing Business* a créé la panique concernant l'attractivité du droit français. Cela ne concernait pas le droit administratif, mais n'a pas empêché le Conseil d'État et la doctrine publiciste d'avoir peur. Ce débat a été ravivé avec un psychodrame au début des années 2010 sur le statut de l'arbitrage international avec le rapport *Prada*<sup>404</sup> et l'arrêt *INSERM*<sup>405</sup>.

Désormais, la question est réglée. On a trouvé un compromis finalement très favorable à la juridiction administrative. Le juge judiciaire, juge naturel des questions de droit international privé, a la compétence de principe, puis, dès lors qu'il y a des exceptions (largement entendues), des questions sérieuses (qui sont celles que le président Japiot évoquait), ou que sont en cause des principes structurants du droit administratif en matière domaniale et de libéralité, le juge administratif est compétent.

Le dialogue des juges sur les questions contractuelles semble ainsi apaisé.

---

<sup>404</sup> M. Prada, *Rapport sur certains facteurs de renforcement de la compétitivité juridique de la place de Paris*, mars 2011.

<sup>405</sup> Ccass., ch. civ., 26 janvier 2011, pourvoi n° 09-10198.



**Comité de rédaction**

*Responsable de la publication :*

Rémy Schwartz, président de la section des études, de la prospective et de la coopération.

*Conception et réalisation :*

Fabien Raynaud, président adjoint et rapporteur général de la section des études, de la prospective et de la coopération.

Laurène François, secrétaire de la section des études, de la prospective et de la coopération.

**Secrétaire de rédaction**

Frédéric Navas Alonso de Castaneda, chargé de mission à la section des études, de la prospective et de la coopération.

Avec l'appui de Marie-Christine Gallicher, assistante éditoriale à la section des études, de la prospective et de la coopération.

**Coordination du colloque**

Olivier Monteau, chargé de mission à la section des études, de la prospective et de la coopération.

**Crédits photos, conseil graphique**

Direction de la communication.

*Retrouvez la vidéo du colloque à partir de [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr), rubrique « colloques ».*



## Publications du Conseil d'État chez le même éditeur

### Collection « Les rapports du Conseil d'État »

- Le droit souple – étude annuelle 2013, n° 64.
- Le numérique et les droits fondamentaux – étude annuelle 2014, n° 65.
- L'action économique des personnes publiques – étude annuelle 2015, n° 66.
- Simplification et qualité du droit – étude annuelle 2016, n° 67.
- Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'« ubérisation » – étude annuelle 2017, n° 68.
- La citoyenneté - Être (un) citoyen aujourd'hui – étude annuelle 2018, n° 69.
- Le sport : quelle politique publique ? – étude annuelle 2019, n° 70.
- Conduire et partager l'évaluation des politiques publiques – étude annuelle 2020, n° 71.
- Les états d'urgence : la démocratie sous contraintes – étude annuelle 2021, n° 72.
- Les réseaux sociaux : enjeux et opportunités pour la puissance publique – étude annuelle 2022, n° 73.
- L'utilisateur du premier au dernier kilomètre de l'action publique - Un enjeu d'efficacité et une exigence démocratique – étude annuelle 2023, n° 74.
- La souveraineté – étude annuelle 2024, n° 75.
- Inscrire l'action publique dans le temps long – étude annuelle 2025.
- La mer et les politiques publiques – étude annuelle 2026.

### Collection « Les études du Conseil d'État »

- Le rescrit : sécuriser les initiatives et les projets, 2014.
- Les commissaires du Gouvernement dans les entreprises, 2015.
- Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger, 2016.
- La prise en compte du risque dans la décision publique : pour une action publique plus audacieuse, 2018.
- Les règles applicables aux professionnels de santé en matière d'information et de publicité, 2018.
- Révision de la loi de bioéthique : quelles options pour demain ?, 2018.
- Les expérimentations : comment innover dans la conduite des politiques publiques ?, 2019.

### *Ouvrages uniquement sous forme numérique (site Internet : [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr))*

- 20 propositions pour simplifier le contentieux des étrangers dans l'intérêt de tous, 2020.
- Les pouvoirs d'enquête de l'administration, 2021.
- Les conditions de ressources dans les politiques sociales : plus de simplicité, plus de cohérence, 2021.
- Intelligence artificielle et action publique : construire la confiance, servir la performance, 2022.
- Les mesures de simplification prises pendant la crise sanitaire : bilan des mesures de pérennisation, 2024.

### Collection « Droits et Débats »

- La sanction : regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation, n° 13, 2015.
- Où va l'État ? – tome 1, n° 14, 2015.
- Impôt et cotisation : quel financement pour la protection sociale ?, n° 15, 2015.

- La France dans la transformation numérique : quelle protection des droits fondamentaux ?, n° 16, 2016.
- La fiscalité sectorielle, n° 17, 2016.
- L'ordre juridique national en prise avec le droit européen et international : questions de souveraineté ? Le regard croisé du Conseil d'État et de la Cour de cassation, n° 18, 2016.
- Où va l'État ? – tome 2, n° 19, 2016.
- L'accord : mode de régulation du social, n° 20, 2016.
- Entretiens sur l'Europe – tome 1, n° 21, 2017.
- Droit comparé et territorialité du droit – tome 1, n° 22, 2017.
- Droit comparé et territorialité du droit – tome 2, n° 23, 2017.
- Les entreprises publiques, n° 24, 2017.
- Le droit social et la norme internationale, n° 25, 2018.
- Entretiens sur l'Europe – tome 2, n° 26, 2018.
- L'ordre public. Regard croisé du Conseil d'État et de la Cour de cassation, n° 27, 2018.
- Les grands investissements publics, n° 28, 2019.
- Santé et protection des données, n° 29, 2019.
- La fiscalité internationale à réinventer ?, n° 30, 2020.
- La régulation économique de la santé, n° 31, 2020.
- Vers un nouveau droit du travail ? Regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation, n° 32, 2021.
- Concessions et privatisations : quelle articulation ?, n° 33, 2021.
- Les professions de santé de demain, n° 34, 2021.
- Gouvernance et financement de la protection sociale, n° 35, 2022.
- L'environnement : les citoyens, le droit, les juges, Regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation, n° 36, 2022.
- Quel financement pour une économie durable ?, n° 37, 2022.
- Le vieillissement, un défi social, n° 38, 2023.
- La simplification normative, n° 39, 2023.
- La transition énergétique ?, n° 40, 2024.
- Pour un usager acteur dans le domaine sanitaire et social, n° 41, 2024.
- De la régulation à la compliance : quel rôle pour le juge ? Regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation, n° 42, 2024.
- 60 ans d'exécution des décisions du juge administratif, n° 43, 2024.
- La norme, frein ou moteur pour le logement ?, n° 44, 2024.
- État et partenaires sociaux : organisation et régulation du monde du travail, n° 45, 2025.
- Quelle ingénierie normative au service de l'État de droit ?, n° 46, 2025.
- La politique publique de l'eau : son financement et sa gouvernance sont-ils adaptés aux enjeux actuels ?, n° 47, 2025.
- La régulation des réseaux sociaux à l'heure européenne (*livre numérique*), 2025.
- Le défenseur des droits et le juge, n° 48, 2026.
- Le juge et le contrat. Regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation (*livre numérique*), 2026.
- Les 80 ans de la sécurité sociale, n° 49, 2026.
- Électricité et droit, n° 50 (à paraître).

- Les 20 ans du statut général des militaires - Le militaire, un « fonctionnaire » comme les autres ?, n° 51 (à paraître).

**Collection « Histoire et Mémoire »**

- Conférences « Vincent Wright », volume 1, 2012.
- Conférences « Vincent Wright », volume 2, 2015.
- Le Conseil d'État et la Grande Guerre, 2017.
- Conférences « Vincent Wright », volume 3, 2019.
- Guide de recherche dans les archives du Conseil d'État, 2019.
- Qu'est-ce qu'un grand commis de l'État ?, 2022.
- Conférences « Vincent Wright » et table ronde « la loi du 24 mai 1872, 150 ans après », 2022.
- Petite histoire de la galerie historique du Palais-Royal *vers 1830-1848*, 2023.
- Conférence « Vincent Wright » et colloque « Léon Blum, homme d'État et de lettres, juriste et socialiste réformateur », 2024.
- Colloque « 70<sup>e</sup> anniversaire des tribunaux administratifs » - Histoire d'une juridictionnalisation, 2025.