

## La notion d'obligation : droit public et droit privé

Roland DRAGO

*Membre de l'Institut*

RÉSUMÉ. — La notion d'obligation occupe une situation centrale en droit privé. En est-il de même en droit public ? Dans cette dernière discipline, la place de la jurisprudence est trop importante pour que la notion civiliste d'obligation puisse s'imposer. Elle l'emporte néanmoins parce que la nature des choses est plus forte en matière contractuelle ou quasi contractuelle. Mais les principes du droit public en empêchent pratiquement l'usage dans d'autres domaines, même celui de la responsabilité.

Il n'y a peut-être pas de plus beau mot dans le langage juridique que celui d'*obligation*, c'est-à-dire un mot qui implique l'existence d'un *lien* entre deux ou plusieurs personnes.

Ce lien peut résulter d'un acte mystique, pris dans des formes religieuses, comme c'était le cas dans la Rome primitive. Et c'est le signe d'un prodigieux progrès de la société quand, vers le V<sup>e</sup> siècle de Rome, on est passé, pour reprendre la belle expression de Pierre Noailles, « du *fas* au *ius* ».

À cette époque en effet, et sous l'influence de la philosophie aristotélicienne, on a compris que l'obligation ne naissait pas d'un quelconque cérémonial mais de la *volonté* des hommes. C'est la question que traitera dans ce volume Marie-Anne Frison-Roche (« Obligation et volonté ») et comme nous l'avons bien compris en organisant ce colloque, là réside le cœur de la matière.

La volonté, elle apparaît d'abord dans le contrat tel que le définit l'article 1101 du code civil après Pothier : « Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes *s'obligent* envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose. »

Il est peut-être plus difficile de découvrir la place de la volonté dans les délits ou les quasi-délits. Mais, toujours en remontant au droit romain, c'est-à-dire à la *Loi Aquilia*, avec la notion de « *damnum iniuria datum* », on retrouve l'obligation de sécurité voulue par le droit qui rejoint d'ailleurs la notion d'acte *illicite* qui fait nécessairement intervenir la volonté. C'est l'explication qui figure dans l'article 1382 du code civil à propos [p. 43-49]

du fait fautif qui cause un dommage et « oblige » celui qui l'a causé à le réparer. Ainsi la victime devient *créancier* de l'obligation. À partir des titres III et IV du livre III du code civil (titre III « Des contrats ou des *obligations* conventionnelles en général », art. 1101 et s.), la théorie civiliste distingue, comme on sait, entre catégories d'obligations : contractuelle et quasi-contractuelle ; délictuelle et quasi délictuelle ; légale.

Comment la transposer en droit public ? La notion d'obligation occupe une telle place dans le tréfonds de la théorie juridique qu'on voit mal comment elle n'aurait pu pénétrer le droit public. Il faudrait alors que l'on considère que le droit public est fondé sur des concepts *totalemment* étrangers au droit privé. Mais le fait qu'on ait déjà parlé de contrats ou de responsabilité montre que puisque ces notions existent en droit public – et notamment en droit administratif – elles n'ont pu **que** se fonder sur des bases identiques et avoir les mêmes sources philosophiques. Il ne s'agirait pas seulement d'un phénomène de « *réception* » au sens où l'on parle de l'influence d'un système sur un autre mais de *fondements du droit*.

Pourtant, on n'a jamais élaboré une théorie des obligations en droit public. Il y a un tiers de siècle, un auteur avait pu s'étonner de cette « étrange lacune ». Il s'agit de Marcel Waline qui, en 1964, dans le volume de *Mélanges* dédiés au doyen Jolliot de la Morandière publia une étude intitulée « La théorie civile des obligations et la jurisprudence du Conseil d'État »<sup>1</sup>. Dans son article, Marcel Waline devait surtout rechercher les cas dans lesquels le Conseil d'État appliquait directement les articles du code civil tirés des titres III et IV du livre, par exemple les dispositions relatives aux intérêts moratoires ou compensatoires, ainsi qu'à la prescription.

Ces aspects sont importants et ont fait l'objet de travaux de recherche, spécialement ceux qui ont concerné l'application du droit privé par le juge administratif<sup>2</sup>. Mais il faut que la recherche concerne la notion d'obligation elle-même, c'est-à-dire les règles de fond.

De ce point de vue, on peut choisir les orientations suivantes qui sont plus des axes de recherche que des affirmations définitives :

1. – Dans le domaine des contrats et des quasi-contrats, la notion d'obligation remet en cause la définition droit public-droit privé.
2. – Dans le domaine de la responsabilité et des obligations légales, le particularisme du droit public demeure.

#### I. — DANS LE DOMAINE DES CONTRATS ET DES QUASI-CONTRATS, LA NOTION D'OBLIGATION REMET EN CAUSE LA DÉFINITION DROIT PUBLIC-DROIT PRIVÉ

La question essentielle est la suivante : l'État peut-il faire naître une obligation à son encontre à partir d'un contrat conclu par un particulier ? En tant que souverain (et

<sup>1</sup> Marcel Waline, « La théorie civile des obligations et la jurisprudence du Conseil d'État », *Mélanges Jolliot de la Morandière*, 1964, p. 631 et s.

<sup>2</sup> V. Jean Waline, *Recherches sur l'application du droit privé par le juge administratif*, thèse Paris, 1962.

sauf à l'égard d'autres États souverains), il serait voué à l'action unilatérale et tout contrat ne pourrait que le conduire à abandonner une partie de sa souveraineté.

J'ai étudié en partie cette question en 1990<sup>3</sup> et n'ai pas à y revenir sauf pour rappeler que Jean Bodin, dans le livre I<sup>er</sup> de *La République*, avait admis que le prince pouvait « se lier par contrat avec un de ses sujets ou un étranger. »

Je signalais également qu'il y avait toujours eu deux visions du contrat administratif comme il y a deux visions du droit administratif. L'une qui fait prévaloir l'aspect administratif, l'autre qui fait prévaloir l'aspect contractuel. C'est alors qu'on retrouve la notion d'obligation.

Dans les pays de *common law* et spécialement le Royaume Uni, les contrats de l'administration sont traités comme des contrats ordinaires devant les *Courts*. Il en est différemment des États-Unis où les contrats de l'administration relèvent, depuis le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, des *Courts of Claims*, juridictions judiciaires relevant aujourd'hui d'une subdivision spéciale de la Cour suprême. Il faut ajouter que dans les pays pratiquant le « système mixte » (Pays germaniques, Belgique), les contrats de l'administration comme d'ailleurs la responsabilité sont de la compétence du juge ordinaire tandis que le contentieux objectif de contrôle de la légalité revient seul aux juges administratifs.

Bien entendu, dans tous les cas, les contrats de l'administration peuvent faire l'objet de règles spéciales, mais ils relèvent par ailleurs de la théorie contractuelle. N'est-ce pas le cas en France pour ce qu'on appelle les « contrats spéciaux » ? L'article 1107 du code civil est ainsi rédigé :

« Les contrats, soit qu'ils aient une dénomination propre, soit qu'ils n'en aient pas sont soumis à des règles générales, qui sont l'objet du présent titre.

Les règles particulières à certains contrats sont établies sous les titres relatifs à chacun d'eux... »

On peut dire qu'aujourd'hui les contrats spéciaux organisés par la loi sont si nombreux et comportent tant de règles spéciales (notamment à propos du paiement) qu'ils finissent par étouffer la théorie générale donc la notion d'obligation. À ce titre, les contrats administratifs ne seraient que des contrats spéciaux. Pour les contrats administratifs, la thèse du droit commun contractuel a été soutenue avec force au début de ce siècle par Romieu, commissaire du gouvernement dans l'affaire *Deplanque*<sup>4</sup>. Le passage suivant mérite d'être cité :

« Le cahier des charges de la concession fixe les obligations des parties, ces obligations doivent avoir une sanction ; lorsqu'il n'a pas été prévu de sanction directement applicable au fait d'inexécution relevé à la charge du concédant ou du concessionnaire, il appartient au juge, sur la demande de la partie lésée, d'édicter une sanction dans les termes du droit commun, c'est-à-dire, selon les circonstances, de prononcer la résiliation du contrat ou de condamner la partie défaillante au paiement de dommages-intérêts. »

<sup>3</sup> R. Drago, « Le contrat administratif aujourd'hui », *Droits* n° 120, 1990, p. 117 et s.

<sup>4</sup> C. E., 31 mai 1907, *Deplanque*, S.1907.III.113, concl. Romieu, note Hauriou. [p. 43-49]

On notera la place qu'il accorde à la notion d'obligation, surtout en ce que l'administration ne devait pas utiliser son pouvoir d'action unilatérale (comme devait le faire plus tard Léon Blum dans l'affaire *Cie générale française des tramways*, C. E., 21 mars 1910) mais avoir recours au juge afin d'assurer l'égalité entre les parties au contrat.

L'arrêt lui-même a recours à la notion d'obligation :

« [...] que, si aucune sanction de ces faits n'a été expressément prévue au cahier des charges, ils n'en constituent pas moins, de la part de l'entrepreneur, l'*inexécution de ses obligations*, et sont de nature à motiver l'allocation d'une indemnité à la ville de Nouzon en raison du préjudice qui en est résulté pour elle [...] »

On peut se demander si aujourd'hui cette vision est toujours exacte. On a l'impression que la jurisprudence actuelle a plutôt tendance à soutenir le particularisme total du droit administratif contractuel. Pourtant, les directives communautaires concernant les marchés publics iraient plutôt dans le sens de la thèse de Romieu, d'autant plus que le droit communautaire est un droit *unitaire*.

En tout cas, il est un domaine où la notion d'obligation civile est presque entièrement transposée en droit administratif. C'est celui des intérêts moratoires et compensatoires. La remarque avait été faite par Marcel Waline<sup>5</sup>. Le juge administratif applique depuis toujours les articles 1153 et 1154 du code civil (relatif à la capitalisation des intérêts) de façon quasi-systématique, en cas de condamnation pécuniaire. Il faut y ajouter aujourd'hui l'article 1153-1. Les adaptations tenant à la nature des choses sont minimes et les textes sont presque toujours cités<sup>6</sup>.

Aucune conclusion catégorique n'est donc possible. On le constatera à propos de la théorie des vices du consentement. Ainsi que le montre Yves Weber<sup>7</sup>, le juge administratif applique certes la théorie civiliste des vices du consentement mais il lui donne, selon l'auteur, « une place peu importante et presque marginale ».

Cette vision est d'autant plus étonnante qu'on rappellera, à l'inverse, que Hauriou avait eu tendance à donner au contrat, dans le système public, une place plus importante que celle qui lui est habituellement conférée. Ainsi, il prétend<sup>8</sup> que « l'opération électorale est consensuelle ». « On y retrouve, ajoute-t-il, tous les éléments des pactes consensuels, la capacité des parties, le consentement, les formes ». Et il étudie de près les « vices de consentement » en matière électorale.

Il faut pour terminer cette partie en venir aux quasi-contrats. Dans le code civil, les quasi-contrats figurent dans le titre IV du Livre III. Ce titre comprend deux chapitres dont l'un concerne les quasi-contrats (art. 1371-1381) et l'autre la responsabilité (art.

<sup>5</sup> Marcel Waline, *loc. cit.*, p. 636.

<sup>6</sup> J. M. Auby et R. Drago, *Traité des recours en matière administrative*, 1992, n° 468 ; R. Chapus, *Droit administratif général* 1, 12e éd., 1998, n° 449.

<sup>7</sup> Yves Weber, « La théorie des vices du consentement dans les contrats administratifs », *Mélanges Roland Drago*, 1996, p. 315 et s.

<sup>8</sup> Maurice Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, 12e éd., 1933, p. 110. [p. 43-49]

1382 et suivants). Mais il commence par un article d'introduction qui est l'article 1370 :

« Certains engagements se forment sans qu'il intervienne aucune convention, ni de la part de celui qui *s'oblige*, ni de la part de celui envers lequel il est *obligé*.

Les uns résultent de l'autorité seule de la loi, les autres naissent d'un *fait* personnel à celui qui se trouve *obligé* [...] ».

Le juge administratif reconnaît certes les situations quasi-contractuelles, mais il leur donne le plus souvent un « habillage » administratif. Ainsi, il fonde la gestion d'affaires sur les règles de la responsabilité de l'administration et refuse d'appliquer l'article 1372 du code civil (C. E. 12 avril 1957, *Sté du Sankaran*, p. 263). Pour ce qui est de l'enrichissement sans cause qui n'a, on le sait, en matière civile, qu'une existence jurisprudentielle, il invoque un « principe général applicable même sans texte... » (C. E. 14 avril 1961, *MRL c. Sté Sud Aviation*, RDP 1961, p. 655, concl. Heumann). Ce n'est qu'à propos de la répétition de l'indu – sans doute parce qu'elle correspond à une règle de comptabilité publique – qu'il invoque l'article 1376 du code civil (C. E., 5 avril 1993, *Commune de Jouques*, p. 950) en indiquant même qu'il s'agit d'une action spécifique qui serait distincte du recours de plein contentieux<sup>9</sup>.

Ainsi, en matière contractuelle ou quasi-contractuelle, la notion d'obligation venant du droit civil trouve son application en droit public et manifeste une certaine tendance vers l'unité. Peut-être prend-on, dans ce cas, ses désirs pour des réalités... Au contraire, à propos de la responsabilité et des obligations légales, le particularisme du droit public demeure à l'état pur.

## II. — DANS LE DOMAINE DE LA RESPONSABILITÉ ET DES OBLIGATIONS LÉGALES, LE PARTICULARISME DU DROIT PUBLIC DEMEURE

### A. — *Les actions concernant la responsabilité de la puissance publique*

Depuis la reconnaissance générale par le juge de la responsabilité de la puissance publique – c'est-à-dire depuis 1873 – le terme obligation n'a jamais été prononcé. Cette attitude est logique puisque, selon l'arrêt *Blanco*, cette responsabilité « ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le code civil pour les rapports de particulier à particulier ». On peut dire d'ailleurs que la matière est telle que la Cour de cassation n'a pas hésité elle aussi à aller au-delà des textes.

Ceci dit, il faut cependant introduire certaines nuances :

<sup>9</sup> On notera que la Cour de justice des Communautés européennes accueille les actions en répétition de l'indu. J. H. Chavrier, H. Legal et G. de Bergues, « Actualité du droit communautaire », *ADJA*, 1999, p. 311 et s.

1° – Laferrière, même après l'arrêt *Blanco* (la première édition du *Traité* est de 1888) n'a pas hésité à faire souvent référence à l'article 1382 du code civil <sup>10</sup>.

2° – L'action en responsabilité ayant nécessairement des effets pécuniaires, le régime des intérêts est identique à celui qui a été exposé précédemment, c'est-à-dire qu'il utilise les textes du code civil.

3° – La responsabilité étant pour partie fondée sur la faute, le juge administratif s'est souvent inspiré, quand il ne l'a pas précédée, de la jurisprudence de la Cour de cassation. C'est ce qu'il a fait dans la jurisprudence très abondante rendue jusqu'en 1957 à propos des accidents de véhicules. Le fait que les litiges soient, depuis la loi du 31 décembre 1957, attribués au juge judiciaire est d'ailleurs un signe. On pourrait faire une remarque du même ordre pour la responsabilité du personnel enseignant régie depuis toujours par le code civil (art. 1384, al. 6, 7 et 8).

À l'inverse, on peut dire évidemment que tous les cas de responsabilité sans faute, qu'ils soient fondés sur le risque ou sur le principe d'égalité devant les charges publiques, principe constitutionnel, échappent à toute référence à la notion d'obligation.

Quant à la responsabilité fondée sur la faute, à l'exception des exemples qui ont été donnés plus haut, elle dérive également de principes de droit public, qu'il s'agisse de la distinction faute personnelle-faute de service ou de l'action récursoire depuis 1951 (C. E., 28 juillet 1951, *Larielle et Delville*).

Sur ce dernier point, il n'a jamais pu être envisagé de remédier à la quasi-inapplicabilité de la jurisprudence *Larielle*. En effet, on devrait alors avoir recours à la notion d'obligation *in solidum*. Or le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires interdit évidemment d'y avoir recours alors que c'est au contraire possible dans les pays où les litiges en matière de responsabilité publique ressortissent à la compétence du juge judiciaire.

#### B. — Les obligations légales

Selon l'article 1370, al. 3 du code civil, les engagements « résultant de l'autorité seule de la loi » sont « les engagements formés involontairement, tels que ceux entre propriétaires voisins, ou ceux des tuteurs et autres administrateurs qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est déferée ».

Telle qu'elle est rédigée, cette formule ne peut évidemment s'appliquer en droit public. Quant à définir les obligations légales de l'État à l'égard des particuliers ou celles des particuliers à l'égard de l'État... On entrerait dans le domaine de la science politique ou de la théorie générale de l'État...

En cherchant bien, on ne rencontrerait que la prescription extinctive, et Marcel Waline y avait d'ailleurs songé <sup>11</sup>. En ce qui concerne les dettes de l'État à l'égard des particuliers, la prescription quadriennale, même après l'amélioration de son régime par la loi du 31 décembre 1968, montre qu'on est dans un système de pur droit public dominé par les prérogatives étatiques et les règles de la comptabilité publique.

<sup>10</sup> E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, 1e éd., 1888, réimp. 1989, présentation de R. Drago, p. 149 et s.

<sup>11</sup> Marcel Waline, *loc. cit.*, p. 641.

Si l'État est avantagé pour ses dettes, il l'est aussi pour ses créances car il bénéficie de la prescription trentenaire prévue à l'article 2262 du code civil. Bien que la question n'ait jamais été vraiment tranchée, les fonctionnaires pour leur traitement et leurs retraites, ne sont pas susceptibles de bénéficier de la prescription quinquennale de l'article 2277<sup>12</sup>.

\*  
\*   \*

Il n'est donc pas très facile de faire pénétrer la notion d'obligation dans le droit public. Il faut dire que le juge administratif, sauf peut-être à certaines époques, n'a pas beaucoup facilité cette entrée. Peut-être d'ailleurs n'en ressentait-il pas l'intérêt intellectuel ni l'avantage pratique. À peine peut-on dire que, à propos des contrats, une évolution se manifeste sous l'influence du droit communautaire et des principes de la concurrence. Mais le recours aux textes du code civil qu'opère le juge l'est seulement dans des buts utilitaires.

On doit regretter cette attitude car le principe majeur qui commande la notion d'obligation est le *principe d'égalité*, égalité entre ceux qui s'obligent par leurs actes et ceux qui bénéficient de l'obligation. C'est aussi le *principe de liberté*, même si la liberté contractuelle (pour ne penser qu'à elle) n'est pas directement reconnue comme ayant valeur constitutionnelle<sup>13</sup>.

Il est dommage de se priver d'une notion d'une telle richesse. Mais rien n'est prêt encore pour l'élaboration d'une théorie générale des obligations en droit public.

Institut de France  
23 quai de Conti  
75006 Paris

<sup>12</sup> V. J. Y. Plouvin, « De la prescription trentenaire des créances publiques. Le cas des rémunérations des agents publics », *Mélanges René Chapus*, 1992, p. 531 et s.

<sup>13</sup> Cons. const., décision 96-327DC, 21 janv. 1997, *Prestation spécifique dépendance*, *ADJA*, 1997-165, note Schrameck.