

Notamment dans ce numéro :

CHRONIQUES

DROIT COMMUN DES CONTRATS

Responsabilité → Contentieux de la Dépakine : point de départ de la prescription, appréciation du défaut d'information et causes d'exonération – par Jean-Sébastien Borghetti (P. 10) → Sanction de la violation d'une promesse unilatérale de contrat : l'épilogue ? – par Sophie Pellet (P. 20) **Régime des obligations contractuelles** → La mesure du recours du codébiteur solidaire contre ses coobligés en cas de paiement partiel – par Mathias Latina (P. 23) → Tradition et renouvellements dans la répétition de l'indu – par Rémy Libchaber (P. 28)

CONTRATS SPÉCIAUX

Contrats et nouvelles technologies → Prestation de services informatiques et avant-contrats – par Anne Danis-Fatôme (P. 33) **Contrats de garantie** → Bénéfice de subrogation : l'ouverture du redressement équivaut-elle à la défaillance du débiteur principal ? – par Dimitri Houtcieff (P. 37) **Contrats de distribution** → Conflit de lois dans le temps et promesse unilatérale de contrat – par Cyril Grimaldi (P. 43) **Contrats et droit des sociétés** → L'appréciation de la qualité de non-professionnel : une solution en clair-obscur – par Garance Cattalano et Julia Heinich (P. 44) → Transmission universelle du patrimoine d'une société et date d'opposabilité aux tiers – par Laura Sautonie-Laguionie (P. 47)

CONTRAT ET AUTRES DROITS

Droit pénal → Un simple particulier ne peut se rendre coupable du délit de pratiques commerciales trompeuses – par Romain Ollard (P. 57) **Droit de la consommation** → Le droit de la consommation au secours du voyageur sans titre – par Jean-Denis Pellier (P. 65) **Droit de la concurrence** → Confirmation des solutions sur les interdictions déguisées des ventes en ligne – par Laurence Idot (P. 69) **Propriétés intellectuelles** → Aspects contractuels de la réforme du droit des marques – par Jérôme Passa (P. 73) **Droit des biens** → Vente d'un bien indivis par les indivisaires ayant les deux tiers des droits indivis : mode d'emploi – par Antoine Tadros (P. 77)

SOURCES DU DROIT DES CONTRATS

Droit européen des contrats → Articulation du contrat et des droits fondamentaux (clause de confidentialité vs liberté d'expression) – par Fabien Marchadier (P. 80)

RECHERCHES

Un auteur, une idée → Albert Tissier – par Pierre-Yves Gautier (P. 88)

COLLOQUE

→ L'ordre public dans les contrats administratifs – colloque organisé le 9 mai 2019 par le Lab-Lex (UR 7480) sous la responsabilité scientifique de Robert Carin et Raphaël Reneau (P. 91)

REVUE DES CONTRATS

Conseil scientifique

Jean-Sébastien BORGHETTI <i>Professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris 2)</i>	Jacques MESTRE <i>Professeur à Aix-Marseille université</i>
François COLLART DUTILLEUL <i>Professeur à l'université de Nantes</i>	Pascal PUIG <i>Professeur à l'université de La Réunion</i>
Yves GAUDEMET <i>Professeur émérite de l'université Panthéon-Assas (Paris 2)</i> <i>Membre de l'académie des sciences morales et politiques</i> <i>Institut de France</i>	Thierry REVET <i>Professeur à l'école de droit de la Sorbonne (Paris 1)</i>
Jean-François GUILLEMIN <i>Secrétaire général du groupe Bouygues</i>	Bernard REYNIS <i>Conseiller à la Cour de cassation en service extraordinaire</i> <i>Notaire honoraire</i>
Denis MAZEAUD <i>Professeur à l'université Panthéon-Assas (Paris 2)</i>	Jean-Baptiste SEUBE <i>Professeur à l'université de la Réunion</i>
	Yves WEHRLI <i>Paris Managing Partner and Regional Managing Partner for Continental Europe</i> <i>Clifford Chance Europe LLP</i>

Direction scientifique

Alain BÉNABENT <i>Agrégé des facultés de droit, avocat aux Conseils</i>	Laurent AYNÈS <i>Professeur émérite de l'université Panthéon-Sorbonne (Paris 1)</i>
---	---

Direction éditoriale

Philippe STOFFEL-MUNCK
Professeur à l'école de droit de la Sorbonne (Paris 1)

Revue éditée par Lextenso
1, Parvis de La Défense
92044 Paris – La Défense (CEDEX)

P-DG, Directeur de la publication : Bruno Vergé
Directrice générale déléguée : Emmanuelle Filiberti
Rédactrice en chef : Bérangère Heuzé-Rohfritsch

Rédaction :
Tél. : 01 40 93 40 00
e-mail : redaction.rdc@lextenso.fr

Abonnements :
Relation clients : Tél. : 01 40 93 40 40
Fax : 01 41 09 92 10
e-mail : abonnements@lextenso.fr

TARIFS 2020 (TTC)	FRANCE	EXPORT
Prix au N° :	96,00 €	108 €
Abonnement :		
Journal (4 n°)	311,41 €	351 €

(chèques et virements à l'ordre de Lextenso)

Commission paritaire 1020 T 83748

ISSN 1763-5594

ISBN 978-2-275-07458-0

Dépôt légal : à parution

Imprimé par Dupliprint Mayenne - 733, rue Saint Léonard,
53101 Mayenne CEDEX sur des papiers produits aux Pays-Bas
et en Espagne, issus de forêts gérées durablement ;

0% de fibres recyclées ; impact gaz à effet de serre pour un exemplaire : 398 g éq. CO₂

Reproduction, même partielle, interdite, sauf exceptions prévues par la loi.



Sommaire

SOMMAIRE DE LA REVUE DE MARS 2020



Le numéro du type 1c456 suivant le pictogramme ci-contre permet aux abonnés en ligne de retrouver directement l'article concerné sur le site www.lextenso.fr

Chroniques

Droit commun des contrats

Responsabilité

P. 10 Contentieux de la Dépakine : point de départ de la prescription, appréciation du défaut d'information et causes d'exonération

Cass. 1^{re} civ., 27 nov. 2019, n° 18-16537

Le délai de prescription de l'action en responsabilité du fait des produits défectueux court à compter de la date à laquelle le demandeur a su ou aurait dû savoir qu'il n'avait pas bénéficié de l'information selon laquelle le médicament prescrit pouvait produire des effets tératogènes ; une cour d'appel décide à bon droit que le demandeur n'avait pu connaître avant le dépôt du rapport d'expertise l'origine des pathologies de la victime et qu'il n'avait pas ou n'aurait pas dû avoir connaissance avant cette date du défaut du médicament constitué par un défaut d'information sur l'existence de risques tératogènes attribués à la Dépakine.

La présentation de la Dépakine, dans la notice destinée aux patients, indiquait simplement la nécessité de prévenir le médecin en cas de grossesse ou de désir de grossesse et elle ne contenait pas l'information selon laquelle, parmi les effets indésirables possibles du médicament, il existait un risque tératogène d'une particulière gravité ; une cour d'appel a pu en déduire que la Dépakine n'offrait pas la sécurité à laquelle on pouvait légitimement s'attendre et a décidé, à bon droit, que le médicament litigieux était défectueux.

par Jean-Sébastien Borghetti

P. 16 Rupture brutale d'une relation commerciale et principe du « non-cumul » : précisions utiles sur l'office du juge

Cass. com., 25 sept. 2019, n° 18-11112, F-D

Un arrêt d'appel ayant déclaré irrecevable, au nom du principe de « non-cumul » des responsabilités délictuelle et contractuelle, une demande de dommages-intérêts fondée à la fois sur la rupture brutale d'une relation commerciale et l'inexécution contractuelle doit être cassé au motif qu'il appartenait aux juges du fond, saisis de conclusions qui invoquaient une inexécution déloyale du préavis, de déterminer le régime de responsabilité applicable à la demande et de statuer en conséquence.

par Jonas Knetsch

P. 20 Sanction de la violation d'une promesse unilatérale de contrat : l'épilogue ?

Cass. 3^e civ., 17 oct. 2019, n° 19-40028, FS-PBI

En concluant une promesse unilatérale de contrat, le promettant consent tout à la fois au contrat de promesse et au contrat projeté. Partant, l'alinéa 2 de l'article 1124 du Code civil, qui prévoit que la révocation de la promesse pendant le délai d'option du bénéficiaire n'empêche pas la conclusion du contrat définitif, ne porte atteinte ni à la liberté contractuelle, ni au droit de propriété. Si elle est justifiée sur le plan technique, cette décision donne pourtant l'occasion de s'interroger sur l'opportunité du texte. En supprimant l'une des seules hypothèses où n'était pas admise l'exécution forcée en nature, il s'inscrit sans aucun doute dans la tradition française du droit des contrats. Mais, précisément, c'est cette tradition de quasi absolue primauté de l'exécution forcée en nature que l'on aurait peut-être pu (dû ?) interroger...

par Sophie Pellet

Régime des obligations contractuelles

P. 23 La mesure du recours du codébiteur solidaire contre ses coobligés en cas de paiement partiel

Cass. 1^{re} civ., 10 oct. 2019, n° 18-20429

Le codébiteur solidaire qui effectue un paiement partiel ne peut pas se retourner contre ses coobligés pour obtenir d'eux qu'ils contribuent à ce paiement partiel à proportion de leurs quotes-parts respectives dans la dette totale. Il ne dispose d'un recours contre eux que si, et seulement si, ce paiement partiel excède sa part dans la dette totale et uniquement pour obtenir le remboursement de cet excès.

par [Mathias Latina](#)

P. 25 Le régime juridique des sous-loyers

Cass. 3^e civ., 12 sept. 2019, n° 18-20727, FS-PBRI

Pour lutter contre les effets de la plateforme Airbnb, la Cour de cassation a choisi de justifier une sorte de confiscation des loyers, du moins lorsqu'ils sont perçus par un sous-locataire non autorisé à faire jouir un tiers de l'immeuble. Peu importe l'efficacité de cette entreprise de combat judiciaire ; l'essentiel pour cette chronique est qu'elle conduit la Cour à une analyse juridique des sous-loyers à laquelle il est impossible de souscrire. Cela nous rappelle qu'en droit, la fin ne justifie pas les moyens : des textes et des principes juridiques existent, auxquels on ne peut pas faire dire ce que l'on souhaite.

par [Rémy Libchaber](#)

P. 28 Tradition et renouvellements dans la répétition de l'indu

Cass. 1^{re} civ., 24 oct. 2019, n° 18-22549, FS-PBI

Dans les procédures organisées de paiement, mais en dehors des procédures collectives *stricto sensu*, la Cour de cassation maintient une position curieuse : elle corrige par la répétition de l'indu le paiement préférentiel effectué en faveur d'un créancier chirographaire, tout en refusant de recourir à une même restitution quand c'est l'ordre des causes légitimes de préférence qui a été interverti. Ne serait-il pas temps de réunir ces hypothèses en étendant la répétition de l'indu à ce que l'on propose de nommer « l'indu *relatif* », qui viserait toutes les hypothèses de paiement irrégulier d'une dette certaine ?

par [Rémy Libchaber](#)

Contrats spéciaux

Contrats et nouvelles technologies

P. 31 Le règlement européen du 20 juin 2019 sur les plateformes d'intermédiation tend à garantir aux professionnels plus de transparence et à faciliter le règlement des différends

PE et Cons. UE, règl. n° 2019/1150, 20 juin 2019

Le règlement poursuit des objectifs de transparence contractuelle et de résolution des litiges, mais ne règle pas le problème des clauses dites de « parité tarifaire ».

par [Jérôme Huet](#)

P. 33 Prestation de services informatiques et avant-contrats

CA Paris, 5-11, 22 nov. 2019, n° 17/20350

Le litige opposant un prestataire de services informatiques et son client ayant orchestré la phase préparatoire d'un projet d'amélioration du service e-commerce par des avant-contrats aboutit à une décision peu satisfaisante pour les deux parties. Le premier se voit débouter de son action en payement de factures impayées et le second de son action en responsabilité civile.

par [Anne Danis-Fatôme](#)

Contrats de garantie

P. 37 Bénéfice de subrogation : l'ouverture du redressement équivaut-elle à la défaillance du débiteur principal ?

Cass. com., 9 oct. 2019, n° 18-12813

L'impossibilité d'être subrogé aux droits et privilèges du créancier s'apprécie à la date du redressement judiciaire du débiteur principal, dès lors qu'il résulte des circonstances que cette date caractérise la défaillance du débiteur.

par [Dimitri Houtcieff](#)

Contrats de distribution

P. 39 Soumettre ou ne pas soumettre, telle est la question

Cass. com., 20 nov. 2019, n° 18-12823

La Cour de cassation confirme que les fournisseurs qui ne sont pas des PME ou des TPE, et qui négocient effectivement les clauses des contrats avec la grande distribution, ne sont pas soumis à un déséquilibre significatif.

par [Martine Behar-Touchais](#)

SUITE DU SOMMAIRE EN PAGE SUIVANTE >>

P. 43 Conflit de lois dans le temps et promesse unilatérale de contrat*T. com. Paris, 27 nov. 2019, n° 2018029510*

Le contrat de franchise formé en raison de la levée de l'option par le bénéficiaire d'une promesse unilatérale est soumis au droit en vigueur au jour de la promesse unilatérale.

par Cyril Grimaldi

Contrats et droit des sociétés**P. 44** L'appréciation de la qualité de non-professionnel : une solution en clair-obscur*Cass. 3^e civ., 17 oct. 2019, n° 18-18469, FS-PBI*

Une personne morale est un professionnel, au sens de l'ancien article L. 132-1 du Code de la consommation, lorsqu'elle conclut un contrat n'ayant pas de rapport direct avec son activité professionnelle. La qualité de non-professionnel d'une personne morale s'apprécie au regard de son activité et non de celle de son représentant légal.

par Garance Cattalano et Julia Heinich

P. 47 Transmission universelle du patrimoine d'une société et date d'opposabilité aux tiers*Cass. 2^e civ., 27 juin 2019, n° 18-18449, D**Cass. com., 23 oct. 2019, n° 18-15475, D*

Le droit des sociétés offre une illustration de la délicate articulation des questions d'effet relatif et d'opposabilité dès lors qu'un acte juridique est soumis à publicité. Tel est effectivement le cas d'une fusion-absorption ou d'une dissolution pour réunion de toutes les parts en une seule main, qui emportent disparition de la personne morale absorbée ou dissoute par transmission universelle de son patrimoine à la société absorbante ou à l'associé unique. Il importe de déterminer la date d'opposabilité aux tiers de cette transmission, afin d'apprécier la validité des actes pouvant être accomplis avant la publicité au RCS. Deux arrêts rendus récemment confirment que le droit positif – dans la jurisprudence comme dans les textes – manque de clarté, voire de cohérence, et qu'il serait utile d'y remédier.

par Laura Sautonie-Laguionie

Contrat et autres droits**Droit processuel****P. 52** Qualité de partie au contrat, capacité et compétence : spécificité de notions fondamentales appliquées à l'arbitrage international*Cass. 1^{re} civ., 11 juill. 2019, n° 17-20423, PB*

La capacité pour agir dans l'instance arbitrale est une question de recevabilité de l'action devant le tribunal arbitral et non de compétence de celui-ci. Dès lors, la cour d'appel a exactement retenu que la contestation par Dipco de la capacité de la « joint-venture » à déposer une demande d'arbitrage ne constituait pas un des cas d'ouverture du recours en annulation de la sentence, limitativement énumérés à l'article 1520 du Code de procédure civile.

par Xavier Boucobza et Yves-Marie Serinet

Droit pénal**P. 57** Un simple particulier ne peut se rendre coupable du délit de pratiques commerciales trompeuses*Cass. crim., 19 mars 2019, n° 17-83543*

Le délit de pratiques commerciales trompeuses ne peut être commis que par un professionnel, non par un simple particulier ayant publié une annonce relative à la vente d'un bien sur internet.

par Romain Ollard

P. 59 Clair-obscur autour des pratiques commerciales agressives*CJUE, 5^e ch., 12 juin 2019, n° C-628/17*

Constitue une pratique commerciale agressive, par l'exercice d'une influence injustifiée, les comportements déloyaux qui incommode un consommateur ou troublent sa réflexion concernant la décision commerciale à prendre, de telle sorte que sa liberté de choix est altérée de manière significative.

par Romain Ollard

Droit de la consommation

P. 62 Le caractère abusif d'une clause fixant le montant de la commission d'un mandataire peut être apprécié si la stipulation n'est pas rédigée de manière claire et compréhensible

Cass. 1^{re} civ., 27 nov. 2019, n° 18-14575

Un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation, du 27 novembre 2019, illustre le pouvoir du juge de déclarer abusive une clause portant sur le prix. Si le Code de la consommation interdit en principe ce contrôle (tout comme sur la clause définissant l'objet du contrat), ce n'est toutefois qu'à la condition que la clause soit rédigée de manière claire et compréhensible. Cette hypothèse soulève depuis quelques années un contentieux non négligeable, mais révèle cependant l'ambiguïté du mécanisme.

par Jérôme Julien

P. 65 Le droit de la consommation au secours du voyageur sans titre

CJUE, 7 nov. 2019, n° C-349/18 à C-351/18

La CJUE considère qu'une situation dans laquelle un voyageur monte à bord d'un train librement accessible en vue d'effectuer un trajet sans s'être procuré de billet relève de la notion de contrat de transport. En conséquence, le droit des clauses abusives a vocation à s'appliquer. Cette analyse mérite d'être éprouvée tant au regard du droit de l'Union européenne qu'à la lumière du droit interne.

par Jean-Denis Pellier

Droit de la concurrence

P. 69 Confirmation des solutions sur les interdictions déguisées des ventes en ligne

CA Paris, 17 oct. 2019, n° 18/24456

Des restrictions à la revente en ligne sur internet de produits dangereux constituent des restrictions de concurrence par objet si elles sont disproportionnées par rapport aux objectifs poursuivis. Le fait que d'autres autorités de concurrence européennes aient procédé à des classements du dossier n'empêche nullement l'Autorité française d'interdire et de condamner les pratiques.

par Laurence Idot

Propriétés intellectuelles

P. 73 Aspects contractuels de la réforme du droit des marques

Ord. n° 2019-1169, 13 nov. 2019

L'ample réforme du droit des marques, réalisée par l'ordonnance du 13 novembre 2019, apporte des modifications, largement dictées par la directive transposée, aux quelques mécanismes d'ordre contractuel prévus en la matière. D'une part, elle assouplit sensiblement les conditions dans lesquelles un licencié peut exercer l'action en contrefaçon ; d'autre part, et plus accessoirement, elle aménage la disposition relative aux contrats de cession et de licence de marque.

par Jérôme Passa

P. 75 Droits voisins des artistes-interprètes : la présomption d'accord au profit de l'INA et le droit de l'Union européenne

CJUE, 14 nov. 2019, n° C-484/18

Cass. 1^{re} civ., 22 janv. 2020, n° 17-18177, PBRI

Saisie par la Cour de cassation, la Cour de justice décide que le dispositif de l'article 49 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, qui a pour objet de dispenser l'INA d'obtenir des autorisations des artistes-interprètes en vue de l'exploitation des archives audiovisuelles des chaînes nationales incluant leurs prestations, n'instaure pas une exception aux droits exclusifs, qui aurait été incompatible avec la directive 2001/29 qui ne la prévoit pas, mais une présomption d'autorisation, compatible avec le principe du caractère exclusif du droit affirmé par cette directive. L'analyse n'est pas parfaitement à l'abri de la discussion. Sur renvoi, la Cour de cassation a rendu son arrêt le 22 janvier 2020.

par Jérôme Passa

Droit des biens

P. 77 Vente d'un bien indivis par les indivisaires ayant les deux tiers des droits indivis : mode d'emploi

Cass. 1^{re} civ., 20 nov. 2019, n° 18-23762

Depuis la loi n° 2009-526 du 12 mai 2009, un ou plusieurs indivisaires ayant les deux tiers des droits indivis peuvent, sans l'accord des indivisaires minoritaires, céder le bien indivis. L'article 815-5-1 du Code civil autorise cette cession sous réserve de respecter une procédure particulière qu'il édicte et à la condition que la cession ne porte pas une atteinte excessive aux droits des indivisaires non consentants.

par Antoine Tadros

SUITE DU SOMMAIRE EN PAGE SUIVANTE >>

Sources du droit des contrats

Droit européen des contrats

P. 80 Articulation du contrat et des droits fondamentaux (clause de confidentialité vs liberté d'expression)

CEDH, 4^e sect., 5 nov. 2019, n° 11608/15

Dans leur rapport au contrat, les droits fondamentaux dessinent un ordre public singulier. Ils ne s'opposent pas au développement des clauses ayant pour objet ou pour effet d'en préciser le contenu et d'en limiter l'exercice (en l'espèce, une clause de confidentialité et de discrétion). Si bien que le comportement de l'une des parties se rattachant à l'usage d'un droit fondamental (en l'espèce, la liberté d'expression) pourra être légitimement sanctionné alors qu'il n'aurait pas pu l'être dans un autre contexte. Cependant, le contrôle du respect des droits fondamentaux ne se réduit pas aux mécanismes contractuels. La violation d'une clause affectant un droit fondamental et la sanction qui en découle s'apprécient selon un jugement de proportionnalité mettant en balance les intérêts de l'auteur de l'atteinte (ici les intérêts économiques de l'employeur qui procède au licenciement) et ceux de la victime de l'atteinte (ici l'exercice par le salarié de sa liberté d'expression en dehors de l'entreprise). Dans la mesure où les tribunaux hongrois n'ont pas procédé à un contrôle de ce type pour déclarer le licenciement justifié, ils ont, du point de vue de la Cour européenne des droits de l'homme, méconnu l'article 10 de la Conv. EDH.

par Fabien Marchadier

P. 83 Les consommateurs et les opérations bancaires et financières : notion de consommateur, protection relative aux moyens de paiement et sanctions attachées aux clauses abusives

CJUE, 3 oct. 2019, n° C-208/18

CJUE, 5 sept. 2019, n° C-28/18

CJUE, 3 oct. 2019, n° C-260/18

Le droit européen s'emploie à créer un marché intérieur dans lequel les consommateurs n'hésiteraient plus à se tourner vers des États membres autres que ceux de leur résidence, y compris pour des opérations bancaires et financières. Un tel objectif repose sur une harmonisation plus ou moins poussée des droits nationaux en matière de protection des consommateurs, que ce soit sur le plan des règles de conflit de juridictions ou matérielles. Des arrêts récents de la Cour de justice de l'Union européenne illustrent les difficultés à mettre en œuvre cette méthode, outil fondamental de l'ouverture des marchés des États membres : l'interprétation régulatrice se révèle nécessaire aussi bien pour la notion même de consommateur que pour les divers moyens de protection de ce dernier.

par Aline Tenenbaum

Recherches

Un auteur, une idée

P. 88 Albert Tissier

Albert Tissier, civiliste et processualiste, ami de Saleilles et Gény, coauteur de *Traités* qui méritent d'être toujours compulsés, Internet et contrôle de proportionnalité ou pas, a livré une série de réflexions sur des thèmes éternels du droit : la prescription, dans ses caractéristiques fondamentales, les transactions, les renonciations, etc. À ce titre, il doit être à nouveau présenté à la communauté des juristes.

par Pierre-Yves Gautier

Colloque

P. 91 L'ordre public dans les contrats administratifs

Sans être un « impensé » du droit des contrats administratifs, l'ordre public n'a pas suscité une littérature très abondante parmi la doctrine administrativiste. La période récente rendait pourtant une telle étude nécessaire du fait des mouvements qui l'animent : essor de la liberté contractuelle des personnes publiques, accroissement des règles jurisprudentielles supplétives, hiérarchisation des illégalités en contentieux contractuel, naissance d'un ordre public international proprement administratif... C'est pourquoi le *Lab-LEX* (UR 7480) y a consacré un colloque en mai 2019 dont les actes sont reproduits dans le présent dossier. Après de très riches contributions comparatives, les auteurs ont tenté de faire émerger une notion d'ordre public en droit des contrats administratifs tout en mettant en évidence ses utilisations pratiques en droit positif.

P. 92 L'ordre public dans les contrats administratifs – Présentation

par Robert Carin et Raphaël Reneau

L'étude de l'ordre public dans le droit des contrats administratifs présente un intérêt théorique certain, en ce qu'elle tend à douter de la pertinence de l'idée selon laquelle toutes les règles de droit administratif sont d'ordre public. Plus encore, une telle étude est susceptible de libérer la technique contractuelle administrative, ce qui conduit à repenser l'efficacité de cette dernière.

P. 94 Regard historique sur l'ordre public et le contrat

par Élodie Créteau

Le thème retenu pour le colloque « l'ordre public dans les contrats administratifs » invite à revenir sur la consistance de cette notion à l'époque contemporaine et plus particulièrement au moment où est entrepris le travail de codification du droit civil. Il importe de suivre l'ordre public des projets *Cambacérés* jusqu'à l'aboutissement du Code civil afin d'essayer de saisir ses pourtours. Que nous révèle la genèse de l'article 6 du Code civil ? Existe-t-il une correspondance entre l'ordre public et le droit public ? L'ordre public déborde-t-il le droit public ?

P. 100 Regard publiciste sur l'ordre public et le contrat

par Stéphanie Renard

En droit public comme en droit privé, il est de coutume de présenter les rapports entre l'ordre public et le contrat comme étant antithétiques, le premier s'opposant ou s'imposant au second puisque faisant prévaloir des exigences d'intérêt général sur les volontés particulières. Le substrat libéral de l'ordre public permet toutefois de considérer que le contrat relève aussi d'un instrument du maintien de l'ordre public, soit qu'il contribue à la réalisation de ses impératifs, soit qu'il intervienne pour leur formulation.

P. 108 Regard européeniste sur l'ordre public dans les contrats administratifs

par Anne-Sophie Lamblin-Gourdin

Dans le contexte européen, le maintien de l'ordre public fait partie du domaine réservé des États et justifie des dérogations à l'application des droits et libertés fondamentaux promus tant par le Conseil de l'Europe que par l'Union européenne. Pour autant, l'ordre public n'échappe pas à l'emprise du droit européen, lequel formate sa fonction traditionnelle d'éviction tout en enrichissant sa substance. En conséquence, tout en reposant principalement sur des dispositions nationales et sans qu'il puisse être affirmé que le droit européen est un moyen d'ordre public, le droit des contrats administratifs ne peut ignorer cette dimension européenne.

P. 116 La notion d'ordre public dans les contrats administratifs

par Julien Martin

La notion d'ordre public en droit des contrats administratifs s'aborde nécessairement à partir du droit privé. Sa définition et ses fonctions sont, toute chose égale par ailleurs, les mêmes. C'est la raison pour laquelle les risques de confusion, avec l'intérêt général, l'impérativité des normes ou les moyens d'ordre public, se rencontrent également en droit privé, quand la difficulté ne provient pas, en réalité, de ce dernier champ. Seule son identification peut différer et passe par la recherche de l'expression même dans les textes et la jurisprudence. Il apparaît ainsi possible d'en regrouper les différentes hypothèses dans quatre catégories : un certain ordre public économique, la nécessité d'assurer le fonctionnement du service public, le respect des droits financiers issus du contrat, voire la compétence des autorités administratives, mais pas les formalités de publicité et de mise en concurrence.

SUITE DU SOMMAIRE EN PAGE SUIVANTE >>

P. 129 L'ordre public contractuel en droit administratif, un instrument traditionnel de police

par Jacques Petit

La question de savoir si l'ordre public contractuel, en droit administratif, peut être considéré comme un instrument de la police administrative conduit à s'interroger sur les rapports qu'il entretient avec l'ordre public que ladite police vise à protéger. Ces rapports apparaissent nuancés. Pour une part (mais une part seulement), les deux ordres publics envisagés (contractuel et policier) protègent les mêmes intérêts publics. Néanmoins, ils assurent cette protection en usant de techniques juridiques différentes parce qu'ils ont pour objet de discipliner des actes de nature différente : actes matériels pour la police administrative, actes juridiques pour l'ordre public contractuel. Ces différences n'interdisent pas d'identifier une unité profonde de fonction, qui est de limiter la portée de la règle normalement applicable (liberté en général pour la police administrative, liberté contractuelle pour le droit des contrats administratifs) à chaque fois qu'un intérêt social suffisamment puissant, aux yeux du législateur ou du juge, commande de le faire.

P. 136 L'ordre public contractuel en droit administratif, un instrument latent de gouvernance

par Raphaël Reneau

L'ordre public contractuel en droit administratif revêt indéniablement une fonction de protection de valeurs, de règles ou de principes jugés supérieurs par l'État. Il pourrait néanmoins endosser également, surtout à l'avenir, une fonction de direction en vertu de laquelle il pourrait dès lors être présenté comme un instrument latent de gouvernance. En tant que tel, l'ordre public contractuel permettrait à l'État d'orienter le comportement des contractants dans un sens conforme aux exigences de l'intérêt général.

P. 144 Le contenu législatif de l'ordre public contractuel

par Stéphanie Douteaud

Le sujet de cette intervention invite à porter un autre regard sur la notion bien connue d'ordre public contractuel. L'approche formelle retenue par les organisateurs ne manque pas d'originalité. En matière de contrats administratifs, l'ordre public est intimement lié à la figure du juge. L'étude entend clarifier les rôles respectifs du « législateur » et du juge à propos de la définition de l'ordre public contractuel et de la garantie accordée à ces règles particulières.

P. 155 Le contenu doctrinal de l'ordre public contractuel en droit administratif

par Philippe Terneyre

Vues du côté d'un professeur de droit administratif, les règles d'ordre public applicables aux contrats administratifs sont complexes, protéiformes et évolutives, peuvent être identifiées grâce à certains indices et répondent, comme en droit privé, à certaines fonctions.

P. 159 L'office du juge face aux règles d'ordre public contractuel

par Bertrand Dacosta

Le moyen d'ordre public dans le contentieux contractuel a un double visage. Il est, en premier lieu, l'instrument qui permet au juge de faire disparaître de l'ordonnement juridique le contrat dont l'existence même lui paraît se heurter à des considérations juridiques suffisamment éminentes pour la remettre en cause. C'est le moyen d'ordre public contre le contrat. Il est, en second lieu, un outil de régulation conçu pour que le litige contractuel soit tranché par application des règles pertinentes, ou du moins pour que le juge ne soit pas l'otage des parties et de leurs éventuelles erreurs d'aiguillage dans la présentation de leurs prétentions. Le moyen d'ordre public n'est plus dirigé contre le contrat : il tend au contraire à faire produire tous ses effets au choix, par les parties, de s'être liées par un contrat. En d'autres termes, il s'agit tantôt de mettre en cause le contrat, tantôt de le mettre en œuvre.

P. 164 L'interprétation du contrat administratif par le juge administratif face aux règles d'ordre public contractuel

par Robert Carin

Lorsqu'il interprète un contrat administratif, le juge administratif n'est pas indifférent au fait que le résultat de son interprétation est susceptible de méconnaître une règle d'ordre public contractuel. Il préfère, en effet et parfois, retenir une interprétation qui, bien que s'éloignant apparemment de la volonté des parties, se conforme à une telle règle. Il est possible d'identifier les justifications et les paramètres qui guident un tel choix mais il apparaît plus difficile d'en soutenir la pertinence. Cela n'est possible qu'à la condition de retenir une conception différente de l'interprétation juridictionnelle que celle majoritairement retenue par la doctrine contractualiste. Mais cela a pour conséquence de forcer à interroger, plus largement, les rapports qu'entretient cette interprétation avec tout type de règle, qu'elle soit, ou non, d'ordre public.

P. 172 L'ordre public dans les contrats administratifs – Observations conclusives

par Michel Séjean

La conclusion du colloque sur « l'ordre public dans les contrats administratifs » s'ouvre sur une comparaison avec d'autres systèmes juridiques. En la matière, le droit et la doctrine belges peuvent enrichir nos réflexions.

Table chronologique des sources commentées

2016			
FÉVRIER			
C. civ., art. 1102	p. 100	116q9	
2019			
MARS			
Cass. crim., 19 mars 2019, n° 17-83543	p. 57	116r2	
JUIN			
CJUE, 5 ^e ch., 12 juin 2019, n° C-628/17	p. 59	116r1	
PE et Cons. UE, règl. n° 2019/1150, 20 juin 2019	p. 31	116r0	
Cass. 2 ^e civ., 27 juin 2019, n° 18-18449, D	p. 47	116t4	
JUILLET			
Cass. 1 ^{re} civ., 11 juill. 2019, n° 17-20423, PB	p. 52	116s6	
SEPTEMBRE			
CJUE, 5 sept. 2019, n° C-28/18	p. 83	116q7	
Cass. 3 ^e civ., 12 sept. 2019, n° 18-20727, FS-PBRI	p. 25	116r8	
Cass. com., 25 sept. 2019, n° 18-11112, F-D	p. 16	116t7	
OCTOBRE			
CJUE, 3 oct. 2019, n° C-208/18	p. 83	116q7	
CJUE, 3 oct. 2019, n° C-260/18	p. 83	116q7	
			Cass. com., 9 oct. 2019, n° 18-12813
			Cass. 1 ^{re} civ., 10 oct. 2019, n° 18-20429
			Cass. 3 ^e civ., 17 oct. 2019, n° 19-40028, FS-PBI
			Cass. 3 ^e civ., 17 oct. 2019, n° 18-18469, FS-PBI
			CA Paris, 17 oct. 2019, n° 18/24456
			Cass. com., 23 oct. 2019, n° 18-15475, D
			Cass. 1 ^{re} civ., 24 oct. 2019, n° 18-22549, FS-PBI
			NOVEMBRE
			CEDH, 4 ^e sect., 5 nov. 2019, n° 11608/15
			CJUE, 7 nov. 2019, n° C-349/18 à C-351/18
			Ord. n° 2019-1169, 13 nov. 2019
			CJUE, 14 nov. 2019, n° C-484/18
			Cass. com., 20 nov. 2019, n° 18-12823
			Cass. 1 ^{re} civ., 20 nov. 2019, n° 18-23762
			CA Paris, 5-11, 22 nov. 2019, n° 17/20350
			Cass. 1 ^{re} civ., 27 nov. 2019, n° 18-16537
			T. com. Paris, 27 nov. 2019, n° 2018029510
			Cass. 1 ^{re} civ., 27 nov. 2019, n° 18-14575
			2020
			JANVIER
			Cass. 1 ^{re} civ., 22 janv. 2020, n° 17-18177, PBRI

Un encart « Actu-Juridique » est joint au présent numéro.