



## Solidarité et solidarisme en droit des contrats administratifs

---

Réalisé sous la direction de Monsieur Stéphane de la ROSA,  
Professeur des Universités, agrégé des facultés de droit,  
Université de Valenciennes

Hicham RASSAFI  
Master II  
Droit des contrats publics

*« La faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans le présent rapport. Ces opinions devront être considérées comme propres à leur auteur »*

# SOMMAIRE

<b><u>TABLE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS</u></b>	<b>5</b>
<b><u>INTRODUCTION</u></b>	<b>7</b>
<b>CHAPITRE I:</b>	<b>8</b>
<b>LA SOLIDARITE, NOTION FONCTIONNELLE DU SOLIDARISME</b>	<b>8</b>
<b>CHAPITRE II:</b>	<b>16</b>
<b>L'INTEGRATION EN DROIT DU SOLIDARISME POLITIQUE</b>	<b>16</b>
<b><u>PARTIE I :</u></b>	<b><u>22</u></b>
<b><u>LES POSSIBILITES DU SOLIDARISME EN DROIT PUBLIC CONTRACTUEL</u></b>	<b><u>22</u></b>
<b>CHAPITRE I : LA CONCEPTION DU CONTRAT COMME INSTRUMENT DE SOLIDARITE</b>	<b>23</b>
<b>CHAPITRE II : SOLIDARITE, INTERET GENERAL ET CONTRATS ADMINISTRATIFS : UN TRIPTYQUE COHERENT</b>	<b>39</b>
<b><u>PARTIE II : LES INDICES DU SOLIDARISME CONTRACTUEL EN DROIT PUBLIC</u></b>	<b><u>54</u></b>
<b>CHAPITRE I : DU DIALOGUE DU DROIT CONSIDERE COMME SYSTEME SOCIAL AVEC LE SOLIDARISME CONTRACTUEL</b>	<b>55</b>
<b>CHAPITRE II : DES SOLUTIONS DE DROIT POSITIF A EXPLOITER</b>	<b>70</b>
<b><u>CONCLUSION</u></b>	<b><u>78</u></b>
<b><u>BIBLIOGRAPHIE</u></b>	<b><u>80</u></b>
<b>OUVRAGES GENERAUX, TRAITES, MANUELS ET RAPPORTS</b>	<b>80</b>
<b>OUVRAGES SPECIAUX ET THESES</b>	<b>82</b>
<b>ARTICLES</b>	<b>84</b>
<b><u>TABLE DE JURISPRUDENCES</u></b>	<b><u>89</u></b>
<b>CONSEIL D'ETAT</b>	<b>89</b>
<b>TRIBUNAL DES CONFLITS</b>	<b>91</b>
<b><u>TABLE DES MATIERES</u></b>	<b><u>92</u></b>



## TABLE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

AJDA : Actualité juridique du droit administratif

Art. cit. : article cité

BJCP : Bulletin juridique des contrats public

CJEG : Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz

CMP : revue Contrats et marchés publics

Concl. : conclusions du Rapporteur public

D. : Recueil Dalloz

Op. cit : opus cité

Réed. : réédition

RDI : Revue de droit immobilier

RDP : Revue de droit public

Rec. : Recueil Lebon des jurisprudences du Conseil d'Etat

Req. : requête

RFDA : Revue française de droit administratif

RJEP : Revue juridique de l'économie publique

S. : Recueil Sirey



## **INTRODUCTION**

## CHAPITRE I:

### La solidarité, notion fonctionnelle du solidarisme

A la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle et au début du XX<sup>ème</sup> siècle, à la suite de la révolution positiviste en sciences sociales et à l'étude des phénomènes de dépendances économiques, le discours politique est traversé par un courant intitulé « solidarisme » (B) dont la cohérence repose sur l'idée de solidarité (A)

#### **I. Brève histoire de la « solidarité »**

La « solidarité » recouvre une réalité double que nous dirons classique (1) et moderne (2) .

##### *A. Aux origines de la « solidarité »*

Le terme « *solidarisme* » provient de « *solidarité* », notion introduite en langue française par le discours juridique. Dérivé du latin « *solidus* », adjectif signifiant l'idée d'unité, d'entièreté, de plénitude, la solidarité désigne donc, étymologiquement, le lien qui unit deux entités distinctes et qui les fond en une seule. Avant le XVIII<sup>ème</sup> siècle, la langue française ne semble pas reconnaître le substantif « solidarité » mais uniquement l'adjectif « solidaire » qui se définit comme « *un terme de pratique ou de palais qui se dit des obligations que passent plusieurs personnes ensemble, lorsque chacune promet de payer la somme totale* »<sup>1</sup>. Cette définition issue du *Dictionnaire de la langue française ancienne et moderne* de Pierre RICHELET<sup>2</sup> est reprise par l'*Encyclopédie* de 1751-1780 qui lui préfère toutefois le terme de « solidité » plus proche de sa racine latine. François BOUCHER d'ARGIS mentionne cependant que : « *Dans quelques provinces on dit solidarité, expression qui paroît plus juste & moins équivoque que le terme de solidité* »<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> A-S. COURDIER – CUISINIER, *Le solidarisme contractuel*, thèse, Lexis Nexis, Paris, 2006, p. 1

<sup>2</sup> mot Solidaire, T.2 p. 1728, Widerhold, Genève, 1679, cité par M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français : le passé le présent et l'avenir de la solidarité*, thèse, Bibliothèque de droit public, L.G.D.J., Paris, 1993, p. 7

<sup>3</sup> D. DIDEROT et J. le ROND D'ALEMBERT, *Encyclopédie, ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers, etc.,* . University of Chicago: ARTFL Encyclopédie Project (Spring 2011 Edition), Robert



Il semble bien qu'il faille attendre la sixième édition du dictionnaire de l'Académie française, datant de 1835 pour que le terme de solidarité acquiert une définition dite de « *langage courant* », c'est à dire au delà du discours juridique, en prenant le sens de « *responsabilité mutuelle qui s'établit entre deux ou plusieurs personnes* ». Michel BORGETTO estime que c'est en 1865, dans le *Grand Larousse de la langue française*, que le terme « solidarité » revêt un deuxième sens centré sur la notion de dépendance, donnant naissance à deux définitions nouvelles : d'une part, il désigne « *le rapport de dépendance réciproque existant (...) en particulier entre les membres d'un même groupe social* » et d'autre part « *le devoir de solidarité, ou simplement solidarité, devoir moral fondé sur l'interdépendance d'un groupe social* »<sup>4</sup>. Cependant, Léon BOURGEOIS, dans son manifeste fondateur *Solidarité*<sup>5</sup>, prévient que : « *Le mot de solidarité n'est entré que depuis peu d'années dans le vocabulaire politique. Au milieu du siècle, BASTIAT et PROUDHON ont bien signalé les phénomènes de solidarité « qui se croisent » dans toutes les associations humaines. Mais aucune théorie d'ensemble ne s'est dégagée de ces observations ; le mot, en tout cas, ne fit pas fortune, et LITTRE, en 1877, ne donne encore de ce terme, en dehors des acceptions juridique et physiologique, qu'une définition « de langage courant », c'est-à-dire sans précision et sans portée : « c'est, dit-il seulement, la responsabilité mutuelle qui s'établit entre deux ou plusieurs personnes »* ».

Il appert donc qu'une période de flottement sémantique ait accompagné l'intégration du terme en langue française. Et pourtant, s'il est clair que l'apparition du contenant et le rattachement du mot à l'idée soit tardive, le contenu, lui, est ancien et décrit le sentiment plus ou moins objectivé de nécessité de collaboration, découlant de l'appartenance commune à ce tout social ou sociétal. Ainsi, le Professeur Marcel DAVID<sup>6</sup> rappelle qu'au Vème siècle avant J.C,

---

Morrissey (ed), <http://artflx.uchicago.edu/cgi-bin/philologic/getobject.pl?c.14:1016:2.encyclopedie0311.3282299>

<sup>4</sup> M. BORGETTO, op. cit. p.8.

<sup>5</sup> Nous nous fondons sur le texte édité par les Presses Universitaires du Septentrion, selon le travail que Jacques ELOY a réalisé en 1998 sur la 5<sup>ème</sup> édition datant de 1906. La première édition de cet ouvrage fondateur est de 1896.

<sup>6</sup> *Solidarité et fraternité en droit public français*, in J-C. BEGUIN, P. CHARLOT et Y. LAIDIE (dir.), *La solidarité en droit public*, Actes du colloque éponyme de Besançon des 21 et 22 Avril 1999, Logique juridique, L'Harmattan, Paris, 2005, p. 13

Menenius AGRIPPA, dans son *Apologue des membres et de l'estomac*, use de cette notion pour exhorter à la conservation de la cohésion du corps social. Au Moyen-âge, et particulièrement à la fin du X<sup>ème</sup> siècle, la conviction de l'appartenance de l'homme à un à tout transcendantal et la justification de la division sociale (*oratores, bellatores, laboratores*) empruntent à ce registre de pensée. Jean ALTHUSIUS, au XVI<sup>ème</sup> perpétue le discours de la nécessité d'union et d'interaction entre les individus et les corps sociaux, par recours à la « *consociatio symbiotica* ». Charles GIDE, quant à lui, voit déjà chez Saint Paul apôtre exprimée la substance de la solidarité : « *ainsi nous qui sommes plusieurs, nous ne faisons qu'un seul corps dans le Christ, et chacun en particulier nous sommes membres les uns des autres* »<sup>7</sup>.

### B. Une mot au contenu renouvelé

L'enrichissement sémantique du terme de « solidarité » est le fait des nouvelles théories sociales du XIX<sup>ème</sup>. Ainsi, Joseph PROUDHON fait use de ce nouveau sens, de même que Karl MARX, Victor CONSIDERANT<sup>8</sup> ou encore Auguste COMTE et Emile DURKHEIM. Il est d'ailleurs notable que la première trace du terme de « solidarité », entendu au sens « moderne » ou non juridique et bien évidemment antérieur à son intégration dans le dictionnaire, semble être le fait de Pierre LEROUX, également créateur du néologisme « socialisme »<sup>9</sup>.

Il ressort donc une certaine proximité de l'idée sociale et du terme solidarité, qui aboutirait, *in fine*, à la réduction mécanique de la première au second. A ce titre, il est constant que la question sociale (ce que le Professeur Christophe JAMIN nomme « *l'invention du social* »<sup>10</sup>) fut un moteur du développement du terme de solidarité. Cette appréhension pré-sociologique démontre une recherche active d'un liant, un ciment à la cohésion des sociétés occidentales

---

<sup>7</sup> Romains, 12 :5, cité in P.DEVILLIERS (dir.), *Charles GIDE, Solidarité*, Comité pour l'édition des œuvres de Charles GIDE, L'Harmattan, Paris, 2010

<sup>8</sup> Cf. COURVOISIER, *Introduction*, in J-C. BEGUIN, P. CHARLOT et Y. LAIDIE (dir.), op.cit, p. 9

<sup>9</sup> A. LE BRAS-CHOPARD, *Métamorphose d'une notion : la solidarité chez Pierre LEROUX*, in J. CHEVALLIER, D. COCHART (dir.), *La solidarité : un sentiment républicain ?*, actes du colloque éponyme du CURAPP d'Amiens du 25 octobre 1991, Presses Universitaires de France, Paris, 1992, p. 56

<sup>10</sup> C. JAMIN, *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, in Etudes GHESTIN, L.G.D.J., Paris 2001, p.443

presque orphelines de tout mythe fondateur. L'ordre du monde a chu de l'autel sur lequel il reposait en l'église et la recherche d'un nouvel arc-boutant et la fonction à laquelle on le destine est tant descriptive que normative. Descriptive dans la phase d'appréhension et de compréhension d'une réalité sociale, politique et économique en mouvement, prescriptive et normative dans la recherche d'un but et d'un sens à cette réalité, dans sa phase de gouvernement fondée en grande partie sur l'idée de morale a-religieuse. Il nous faut ici rappeler que cette notion, bien que proche de celle de « fraternité » ne s'y confond toutefois pas. Contrairement à la seconde, la première est totalement dénuée de charge affective ou sentimentale. La solidarité se conçoit objectivement alors que la fraternité est une notion subjective, opérant par un détour psychologique<sup>11</sup>

C'est ainsi que l'aboutissement conceptuel de la notion « moderne » de solidarité sociale chez Emile DURKHEIM nécessitait le recours à la méthode positiviste d'Auguste COMTE. Il n'est plus à rappeler le souci constant d'Emile DURKHEIM à vouloir ériger la sociologie en science autonome<sup>12</sup> ni l'apport de cette armature méthodologique du positivisme d'Auguste COMTE au père de la sociologie, du fait, notamment, à sa proximité avec les sciences de la nature : « Avec (Auguste COMTE) la solidarité sociale commence à prendre forme dans le cadre « organiciste » qui assimile l'organisation sociale à un organisme vivant et les individus à ses organes et cellules »<sup>13</sup>. C'est de cette base qu'Auguste COMTE déduira que : « notre interdépendance dans l'histoire et nos liens dans le temps ont pour complément notre interdépendance simultanée à travers les agencements de l'ensemble de l'organisation sociale »<sup>14</sup>

Emile DURKHEIM identifie alors deux formes de solidarités : une qu'il appelle mécanique, fondée sur des éléments de reconnaissance et d'appartenance commune, de similitude, et l'autre, organique par complémentarité des fonction résultant de la division du travail social<sup>15</sup>. Cette étape dans le développement social de la notion de solidarité a permis le passage du

---

<sup>11</sup> M. BORGETTO, op. cit. p.8.

<sup>12</sup> Voir notamment E. DURKHEIM, *Les Règles de la méthode sociologique*, Quadrige 2, Presses Universitaires de France, Paris, réed. 1987

<sup>13</sup> A-S. COURDIER – CUISINIER, op.cit. p.3

<sup>14</sup> P. CINGOLANI, *L'idée d'humanité chez Auguste COMTE : solidarité et continuité*, in J. CHEVALLIER, D. COCHART (dir.), *La solidarité : un sentiment républicain ?*, op.cit., p. 45

<sup>15</sup> E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, Thèse, 1893.

discours sociologique scientifique au discours politique, notamment par la voie de Léon BOURGEOIS.

## II. Le solidarisme : une doctrine politique de la troisième voie

C'est sur cette base d'apparence scientifique que naît la doctrine politique du solidarisme. Elle prend ainsi appui sur une vision organiciste de la société, qui elle-même découle d'un « renversement de perspective quant au rapport des parties au tout : ce n'est plus de celui-ci que dépend l'existence de celles-là. Le tout procède par démultiplication de sa partie la plus infime »<sup>16</sup>. Au delà du renversement méthodologique issu des sciences exactes, le solidarisme est bâti surtout sur un renversement de posture métaphysique : la société n'est plus une transcendance à l'homme, mais bel et bien une immanence.

Cette conclusion partielle amène alors à concevoir la recherche d'une doctrine politique de gouvernement. Or le principe de fonctionnement, la substance de cette solidarité entre les membres d'une société immanente ne saurait émaner de la morale chrétienne. Pierre LEROUX réfute tout intérêt à la charité chrétienne comme vecteur de solidarité. En effet, dans son ouvrage *De l'Humanité*<sup>17</sup>, LEROUX expose une triple critique de la charité chrétienne. De première part, la charité tue l'égoïsme nécessaire de l'homme. Selon LEROUX, le christianisme a failli à répandre l'amour de soi, préalable à l'amour de l'autre dans une relation de solidarité. De deuxième part, la charité exige l'appel à Dieu, et ne caractérise pas une relation de dépendance réciproque entre les hommes, mais une soumission à un principe transcendant : Dieu (« *L'être fini aspirant directement à n'aimer que l'Être infini* »<sup>18</sup>). La charité chrétienne est une relation à trois qui ne satisfait pas à l'exigence conceptuelle d'immanence du corps social. De troisième part, enfin, le moteur de la charité n'est pas l'amour de l'homme pour l'homme, mais la pitié du chrétien envers ses semblables. De là, la charité chrétienne fut si bien expurgée du discours solidariste et plus généralement

---

<sup>16</sup> M. DAVID, *La solidarité comme contrat et comme éthique*, Institut international d'études sociales, Berger-Levrault, Paris, 1982, p. 21 cité in A-S. COURDIER – CUISINIER, op.cit. p.3

<sup>17</sup> P. LEROUX, *De l'Humanité, de son principe et de son avenir ; où se trouve exposée la vraie définition de la religion et où l'on explique le sens, la suite et l'enchaînement du mosaïsme et du christianisme*, Perrotin, Paris, 1840, consultable [www.ecole-alsacienne.org/CDI/pdf/1400-0107/14090\\_LERO.pdf](http://www.ecole-alsacienne.org/CDI/pdf/1400-0107/14090_LERO.pdf)

<sup>18</sup> P. LEROUX, op.cit. p. 204 (43)

politique que Charles GIDE put affirmer plus tard : « Il (le mot solidarité) a éliminé en effet le mot de charité auquel LEROUX voulait le substituer. Sa victoire a été complète, et à un tel degré qu'aujourd'hui dans une réunion publique, on ne peut plus prononcer le mot de « charité » sans s'exposer à un mouvement de protestation de l'auditoire »<sup>19</sup>.

Le solidarisme rejette les dogmes de l'Eglise et fonde son discours sur la science. La proximité des hommes de savoir et des hommes politiques est un trait caractéristique du solidarisme politique. Léon BOURGEOIS rappelle-t-il ainsi que : « La méthode scientifique pénètre aujourd'hui tous les ordres de connaissance. Les esprits les plus réfractaires viennent, tout en protestant, s'y soumettre peu à peu. La vérité, dans le domaine sociologique, comme dans tous les autres, apparaît comme ne pouvant être obtenu que de la constatation impartiale des faits »<sup>20</sup>. En réalité, la connaissance de ces lois physiques et naturelles doit offrir aux hommes la connaissance des lois morales, lois de gouvernement substituées aux lois religieuses : « La raison, guidée par la science détermine les lois inévitables de l'action ; la volonté, entraînée par le sentiment moral, entreprend cette action. »<sup>21</sup>

C'est selon cette conception du monde que le solidarisme fait son entrée dans le discours politique. Bien qu'elle fut discutée et présentée par, notamment, Auguste COMTE, Charles RENOUVIER, Henri MARION, Louis BLANC, Joseph PROUDHON ou encore Alfred FOUILLEE, bien avant Léon BOURGEOIS, c'est encore aujourd'hui son écrit qui constitue la référence. Ferdinand BUISSON confirme ainsi que : « C'est à M. Léon Bourgeois qu'appartient l'honneur d'avoir dégagé cette doctrine et de l'avoir fait passer du domaine de la spéculation philosophique dans celui de l'action politique et sociale »<sup>22</sup>. C'est la raison pour laquelle nous prenons le parti de nous baser principalement sur cet ouvrage pour commenter la doctrine solidariste.

---

<sup>19</sup> Citation reprise par A. LE BRAS-CHOPARD, *Métamorphose d'une notion : la solidarité chez Pierre LEROUX*, op. cit. p.57

<sup>20</sup> L. BOURGEOIS, *Solidarité*, rééd. Presses Universitaires du Septentrion, Lille, 1998, p.17

<sup>21</sup> L. BOURGEOIS, op. cit. p.20

<sup>22</sup> F. BUISSON, *La politique radicale. Etude sur les doctrines du Parti radical et radical-socialiste*, Girard & Brière, Paris, 1908, p. 212 cité in S. AUDIER (dir.), *La pensée solidariste, Le lien social*, Presses Universitaires de France, Paris, 2010, p. 113

La figure du notable radical Léon BOURGEOIS est tout à fait intéressante. En tant que Président de la chambre des députés, Président du Sénat, puis à la tête de plusieurs ministères, et, enfin, mais plus discrètement, dirigeant la Société des Nations, il fut un vecteur privilégié de diffusion de l'idée solidariste. Où l'on voit, par exemple, que l'Exposition universelle de 1900 se fit le théâtre d'un discours exaltant la solidarité entre les hommes de la part du Président de la République Emile LOUBET et du Ministre Alexandre MILLERAND<sup>23</sup>.

En tant que doctrine politique, le solidarisme adopte la position confortable d'une troisième voie entre socialisme et libéralisme. La prégnance de ce qu'il est convenu d'appeler « la question sociale », comme cause de la pensée solidariste, amène évidemment à une critique acerbe du libéralisme. Et contre le laissez-faire économique, BOURGEOIS élève « *l'idée morale* », dont le point de mire est la justice sociale définie comme la situation dans laquelle est réalisée la répartition équitable des avantages et des charges entre tous<sup>24</sup>. L'intérêt d'une action de l'Etat dans les relations particulières à objet ou effet économique est donc loin d'être niée, notamment dans le but de rétablir des situations d'égalité dans les rapports de force juridiques.

Cette opposition à l'inaction de l'Etat rejoint une thèse fondamentale de la doctrine socialiste. Ainsi, solidaristes et socialistes aboutissent à la conclusion commune d'une limite nécessaire au droit de propriété<sup>25</sup>. Mais les solidaristes, par le biais de leur organe politique, le Parti Radical, refusent la collectivisation des moyens de production. L'atteinte au droit de propriété doit restée confinée, selon la Déclaration de ce parti aux exploitations « *qui constituent de véritables fonctions nationales, et qui, réglant les conditions décisives de l'existence commune de tout un peuple, ne peuvent être laissées à des intérêts particuliers sans leur assurer un véritable pouvoir féodal et sans démembrer, à leur profit, ce domaine public que nos lois font imprescriptible et inviolable ; et, en second lieu, celles qui concentrées par leur nature en un très petit nombre de mains, donneraient, si l'on n'avisait, à leurs propriétaires*

---

<sup>23</sup> S. AUDIER (dir.) p. 13

<sup>24</sup> L. BOURGEOIS, op.cit. p. 36

<sup>25</sup> C. BOUGLE, *Maintien ou suppression de la propriété individuelle ?*, La dépêche de Toulouse, 29 avril 1906, cité in S. AUDIER, op.cit. p. 256

*le pouvoir de taxer, de rançonner à leur merci, le groupe restreint de travailleurs qu'ils emploient d'un côté, la masse des consommateurs de l'autre »<sup>26</sup>.*

Dans cette droite ligne de pensée, le Congrès du Parti radical propose la transformation en services publics des industries déjà constituées en monopoles privés. Où l'on remarque que se trouvent déjà en germes de première part, la législation constitutionnelle des nationalisations mise en place par le préambule de la Constitution de 1948, de deuxième part, la finalité avouée du droit contemporain de la consommation et de troisième part l'ébauche de la notion de services publics industriels et commerciaux.

L'idée d'interdépendance originelle se trouve ici traduite en doctrine économique. Si la recherche du développement de l'individu est effectivement le moteur de tout gouvernement humain, il ne saurait être réalisé sans le développement de l'ensemble de la société. C'est un homme contextualisé que pense le solidarisme. C'est bien en cela que la thèse solidariste se détache fondamentalement de la thèse socialiste : la société n'est pas le plus petit dénominateur commun. Dans la perspective solidariste, l'unité de base n'est pas le peuple, mais l'homme. De sorte que l'économie politique doit permettre des limitations dans les fonctions économiques primaires, telles que la propriété, lorsque cela s'avère nécessaire. La « collectivisation » doit s'opérer avec parcimonie.

La doctrine politique du solidarisme a donc trouvé un écho favorable en économie. De, même, le système juridique n'y est pas resté insensible.

---

<sup>26</sup> Déclaration du Parti radical, 1905, cité in. S. AUDIER, op. cit. p.258

## **CHAPITRE II:**

### **L'intégration en droit du solidarisme politique**

Au delà de toutes les études, thèses et théories des systèmes juridiques, l'intégration au sein du discours juridiques d'objets discursifs qui lui sont étrangers continue de soulever des interrogations majeures. Le solidarisme se prête volontiers à la question dans la mesure justement où il recourt constamment à des objets juridiques (I). Mais il souffre d'une difficulté d'acceptation en droit (II).

#### **I. Une doctrine politique à coloration juridique**

Le solidarisme présente le caractère d'emprunter largement au discours et raisonnement juridiques. De sorte qu'il peut apparaître de prime abord tout autant comme un discours politique que comme un discours juridique, et ce, d'autant plus que le centre du raisonnement du solidarisme, la solidarité, est un terme d'origine juridique.

Ainsi, tout se passe comme si la trajectoire du terme solidarité était elliptique. Si sa racine est juridique, puis le terme évolue en sciences non juridiques, s'enrichit en sémantique politique puis retourne au droit.

De fait, il est pertinent de lire Léon BOURGEOIS et les autres solidaristes par le prisme du droit. En effet, en plaçant les questions du rôle de l'Etat, du droit, de la propriété, de la liberté etc. en marges et comme conséquences de la solidarité, le solidarisme en vient à définir une théorie de l'Etat et des relations des individus et de la société.

« *L'Etat, nous dit Léon BOURGEOIS<sup>27</sup>, dont la raison d'être est d'établir la justice entre les hommes, a donc le droit et par conséquent, le devoir d'intervenir pour établir l'équilibre* ». Le rôle de l'Etat est donc ici indissociable de la justice. Tel que nous le signalions plus haut, la doctrine solidariste admet l'intervention étatique et rompt ainsi avec le dogme de l'Etat

---

<sup>27</sup> L. BOURGEOIS, op.cit. p.17



régalien qui a prévalu durant tout le XIX<sup>ème</sup> siècle<sup>28</sup>. La nature de l'Etat se trouve également remise en cause par les solidariste. Selon le principe de l'immanence, l'Etat n'est pas imposé aux hommes mais résulte de leur association. L'Etat devient le « *conseil d'administration* » de la société définie comme « *un ensemble de liens et d'accords, d'obligations réciproques auxquelles (les hommes) reconnaissent ce double caractère d'être en fait les meilleurs moyens d'atteindre le but, de réaliser l'objet pour lequel ils se sont réunis, et d'être, en droit, combinés de telle manière qu'aucun des associés n'en éprouve de dommages ou n'en obtienne d'avantages particuliers, que chacun prenne équitablement sa part des charges et des bénéfices, des profits et des pertes, et qu'ainsi se trouvent à la fois réalisées les conditions naturelles, nécessaires, du fonctionnement d'une entreprise commune, et les conditions morales d'une juste association* »<sup>29</sup>. Le modèle de la société de personnes est largement sollicité par cette vision théorique.

De là, il s'en suit que « *la législation positive ne sera que l'expression pratique de cette formule de répartition équitable de profits et des charges de l'association. Elle ne créera pas le droit entre les hommes, elle le dégagera de l'observation de leurs situations réciproques* »<sup>30</sup>. Or, les relations des hommes entre eux, ces relations de solidarité que nous présentions plus avant, sont traduites également en un langage purement juridique. Partant du principe selon lequel chaque homme doit au tout, la société, jusqu'à son existence même, les moyens de sa reproduction, de sa subsistance, de son travail, etc. les solidaristes introduisent dans le discours politique, l'idée de dette, comprise au sens juridique du terme.

Ainsi, la solidarité, dans sa double émergence, horizontale (c'est-à-dire temporelle, solidarité des générations entre elles) et verticale (solidarité entre eux de l'ensemble des hommes composant une société à un moment donné), réduit-elle chaque homme à un débiteur, dont la dette (« *charge de la liberté* »<sup>31</sup>) est née d'un « *quasi-contrat* » : « *le contrat, librement discuté et fidèlement exécuté des deux parts, devient la base définitive du droit humain. Là où la nécessité des choses met les hommes en rapport sans que leur volonté préalable ait pu discuter les conditions de l'arrangement à intervenir, la loi qui fixera entre eux ces conditions*

---

<sup>28</sup> Voir notamment F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, Thémis Droit public, Presses Universitaires de France, 1995, p. 366 et s.

<sup>29</sup> L. BOURGEOIS, op. cit. p.36

<sup>30</sup> L. BOURGEOIS, op. cit. p.37

<sup>31</sup> L. BOURGEOIS, op. cit. p.43

*ne devra être qu'une interprétation et une représentation de l'accord qui eût dû s'établir préalablement entre eux s'ils avaient pu être également et librement consultés : ce sera donc la présomption du consentement qu'auraient donné leurs volontés égales et libres qui sera le seul fondement du droit. Le quasi-contrat n'est autre chose que le contrat rétroactivement consenti »<sup>32</sup>. (C'est l'auteur qui souligne).*

D'où l'on constate la volonté de baser le solidarisme sur le droit. Matière juridique dont il aura été fait cas bien avant : le droit n'est pas vu par les solidaristes comme un ordre autonome, ni d'ailleurs comme créateur d'un système particulier de normes, mais comme reconnaissant des lois naturelles scientifiquement prouvées. Cette démarche de juridicisation du discours politique, presque pris comme alibi, est totalement assumée et aucune confusion ne peut être faite quant à la portée exacte des termes utilisés. Léon BOURGEOIS commente lui-même en note sa phrase par les articles du code civil et des citations du *Droit civil français* d'AUBRY et RAU.

La filiation juridique du discours solidariste n'est donc plus à discuter. Le fait que Léon BOURGEOIS lui-même soit docteur en droit n'en est sûrement pas étranger. De cette entreprise, un courant doctrinal, le solidarisme contractuel est apparu, notamment sous la plume du Professeur Christophe JAMIN.

## **II. Une difficile acceptation juridique**

Le solidarisme politique, comme un retour du terme à ses racines, présente une application purement juridique : le solidarisme contractuel. Nous affirmons que la doctrine politique usait largement d'outils juridiques. Ce caractère particulier, rarement établi dans le corps des doctrines politiques, mais plutôt à leurs marges, peut *a priori* laisser accroire le passage au discours purement juridique aisé.

Certains membres de la doctrine, conduits par le Professeur Christophe JAMIN, en droit privé, tendent à admettre (et surtout à promouvoir) l'existence de cette théorie des contrats. Par solidarisme contractuel, il faut entendre un certain régime selon lequel : « *le contrat n'est*

---

<sup>32</sup> L. BOURGEOIS, op. cit. p.48

*pas librement formé et sa force obligatoire doit être assouplie au bénéfice du plus faible »<sup>33</sup>. Le juge, au nom de la solidarité des parties, toutes intéressées à la réalisation du but commun, aurait à contraindre la partie de meilleure fortune à prendre en charge les intérêts de son cocontractant moins chanceux, voire à lui consentir des sacrifices. Au delà de la bonne foi, c'est véritablement une exigence de collaboration qu'apporte le solidarisme au droit des contrats.*

Tout comme le solidarisme politique, le solidarisme contractuel part des faits et pose comme prémisse l'inégalité de fait entre les parties. C'est donc une théorie critique du dogme de l'autonomie de la volonté en droit des contrats. En effet, l'autonomie, nom juridique de la liberté contractuelle, postule de façon abstraite l'égalité des parties. Le domaine de la lutte entre l'égalité de droit et l'égalité de fait trouve, par le biais du solidarisme contractuel, à s'étendre encore. Il semble pourtant, hormis les contrats entrant dans le champ du droit de la consommation, que l'autonomie de la volonté continue de présider aux solutions juridiques. Quoiqu'en pense le Professeur Louise ROLLAND<sup>34</sup>, il faut bien admettre que *« le bilan du solidarisme est maigre (...). Il paraît donc que la Cour de cassation n'est pas prête au « grand soir » espéré par les uns, redouté par les autres, de l'article 1134 alinéa 3 du Code civil »<sup>35</sup>. C'est à la lecture de cette conclusion que la raillerie du Doyen CARBONNIER revient plus acérée encore : « On s'étonnera qu'à une époque où le mariage s'était peut-être trop transformé en contrat, certains aient rêvé de transformer tout contrat en mariage »*

Il semblerait donc que cette théorie ait succombé aux attaques de la théorie de l'autonomie de la volonté. Du reste, il n'existe presque aucun travail sur l'admission de cette doctrine en droit public des contrats. Or, il apparaît ici un paradoxe intéressant. En effet, si le solidarisme contractuel s'oppose à l'autonomie de la volonté, alors, en son absence, le solidarisme se

---

<sup>33</sup> J. CEDRAS, *Liberté-égalité-contrat, le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de Cassation*, in Rapport public de la Cour de cassation, La documentation française, Paris, 2003, p.215

<sup>34</sup> Dans sa communication au IXème Congrès de l'Association internationale de méthodologie juridique, Louise ROLLAND, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Montréal s'exprimait : *« L'autonomie de la volonté, posée comme principe général, demeure mais circonscrite, limitée, encadrée par un autre principe général, la justice contractuelle. Ce jugement semble unanime. L'impression qui ressort est que ce débat est clos, que le pas est franchi, que « [l'évolution est] d'ores et déjà achevé[e] », selon l'expression de Jacques Mestre »*, : in, *Les principes généraux de droit*, Tunis, Novembre 2005.

<sup>35</sup> J. CEDRAS, art. cit. p.233

retrouve en terrain fertile. Sans ce dogme juridique autonomiste, point d'inégalité entre les parties. Or, en droit public, le moins que l'on puisse affirmer est bien que ce dogme est loin d'être totalement admis. A tel point que ses partisans les plus fervents doivent bien admettre qu' « *actuellement, il n'est pas reconnu par le droit positif* »<sup>36</sup>. Le problème surgit alors : si le solidarisme contractuel trouve un terrain fertile en l'absence d'autonomie de la volonté, et devrait donc déployer tous ses effets en interdisant l'inégalité contractuelle, et que justement le droit public des contrats concerne des personnes plus ou moins dénuées d'autonomie<sup>37</sup>, alors, il faudrait en déduire que le droit des contrats administratifs est particulièrement égalitaire. Or, tout juriste est coutumier des « *pouvoirs exorbitants* » de l'administration contractante qui marque cette matière d'une inégalité née avec elle<sup>38</sup>. Le solidarisme contractuel est-il donc possible en droit public ?

Au delà de cette question particulière, nous aborderons en filigrane de ce travail les relations qu'entretiennent avec le discours juridique les autres discours sociaux. Nous ne concevons en effet pas le droit comme un système isolé de la société. Le positivisme juridique radicalisé qui fait de la norme un acte de parole désolidarisé du reste de la société, décontextualisé, désincarné, offre de nombreux angles d'attaque. Nous tâcherons de démontrer plus après la perméabilité de la frontière juridique.

Cette question se présente avec d'autant plus d'intérêt que les travaux sur la question sont presque inexistantes. Et pour cause, il s'agit d'un sujet glissant, voire dangereux, des rebords duquel la chute est un risque non négligeable. Il nous faudra avancer avec prudence, peut être trop du reste, mais s'assurer que notre chemin est balisé et que l'égarement est impossible.

Par ailleurs, nous ne nous intéresserons qu'aux contrats administratifs et non aux contrats de droit privé de l'administration. En effet, quelle que soit la particularité des contrats ayant

---

<sup>36</sup> S. SAUNIER, *L'autonomie de la volonté en droit administratif français : une mise au point*, RFDA, 2007.609

<sup>37</sup> Hélène HOEPPFNER note que : « *La théorie de l'autonomie de la volonté, clairement individualiste, est difficilement transposable en droit administratif, dans la mesure où la volonté de l'Administration est encadrée par le principe de légalité.* », in *La modification du contrat administratif*, Thèse, Bibliothèque de droit public, T. 260, L.G.D.J., Paris, 2009, p.156

<sup>38</sup> Gaston JEZE en fait déjà état dans son *Contrats administratifs de l'Etat, des départements, des communes et des établissements publics*, Girard, Paris, 1927

comme partie une personne publique, le droit des contrats privés de l'administration suit peu ou prou le même régime que les contrats que les particuliers passent entre eux.

Avant de nous apercevoir que certains indices sont susceptibles d'être interprétés comme signes d'acceptation du solidarisme contractuel en droit public (partie II), nous nous attacherons à démontrer la possibilité logique d'une introduction en droit (partie I) .

## **PARTIE I :**

### **Les possibilités du solidarisme en droit public contractuel**

*Dans cette partie, nous étudierons les possibilités logiques d'une introduction en droit public contractuel de la doctrine du solidarisme contractuel. Pour se faire, il nous faudra admettre de première part qu'il est concevable de considérer le contrat comme source de solidarité (Chapitre I), et de deuxième part que le contrat administratif peut être porteur de cette solidarité (Chapitre II).*

## **CHAPITRE I : La conception du contrat comme instrument de solidarité**

Bien que nous ayons entr'aperçu le fond du solidarisme contractuel, il nous faut en tout premier lieu revenir sur cette définition dont les hypothèses et les applications confinent souvent à l'aporie, et tenter de l'appréhender selon une nouvelle perspective (I). Une fois modifiée la posture d'analyse sur le solidarisme contractuel, nous délimiterons la portée de son concept fondamental, la solidarité, en droit public actuel (II).

### **I. Vers une approche nouvelle du solidarisme contractuel**

Avant d'approfondir le contenu du solidarisme contractuel, en tant que doctrine et principe démonstratif du droit des contrats<sup>39</sup>, la vision classique doit être rappelée par une approche descriptive (A). Selon l'acception « classique » du terme, il faudra admettre la présence d'un dogme de l'imprévision qui pousse cette vision à l'aporie. Nous proposerons donc une approche critique du solidarisme contractuel, pouvant aboutir à un renouvellement de la théorie (B).

#### *A. Approche descriptive de la vision classique du solidarisme contractuel*

Le terme de « solidarisme contractuel » naît tardivement sous la plume du Professeur Christophe JAMIN, commentant un arrêt de cassation relatif à l'exercice par la Cour du quai de l'horloge du contrôle des prix dans les réseaux intégrés de distribution<sup>40</sup>. Où l'on remarque justement l'apparition du terme à l'occasion d'une solution rendue relativement à une situation économique de dépendance. Il s'agit, comme nous l'avons rappelé plus haut, du terrain d'élection de la doctrine solidariste. S'il l'a baptisée, le Professeur JAMIN n'en est pourtant pas l'instigateur. De nombreux juristes du début du XX<sup>ème</sup> siècle, parmi les plus renommés, avaient déjà défendu une telle vision des contrats. Ainsi, en va-t-il de René DEMOGUE<sup>41</sup>, Raymond SALLEILES, Louis JOSSERAND ou encore les publicistes Léon DUGUIT et Gaston JEZE.

---

<sup>39</sup> A-S COURDIER-COUTURIER, op. cit. p.251

<sup>40</sup> C. JAMIN, note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 31 janvier 1995 D. 1995 Jur. P. 390. .

<sup>41</sup> *Traité des obligations en général*, Rousseau et Cie, Paris, 1931.

Le solidarisme contractuel trouve, sous la plume de ses laudateurs, ses racines dans la doctrine politique éponyme<sup>42</sup>. L'idée centrale reste donc la même : la prise de conscience d'une inégalité de fait (sociale, économique, culturelle, politique, etc.) entre les parties contractuelles ne saurait permettre l'émergence d'une volonté éclairée. La violence, notamment économique, mais également symbolique, les antagonismes entre « sachant » et « ignorant », etc. sont de nature à vider de sens toute théorie du contrat basée sur la liberté.

C'est donc sous le drapeau de l'opposition frontale au dogme de l'autonomie de la volonté que se présente le solidarisme contractuel. La place qu'y occupent les notions de justice ou d'équité est décisive : « (le contrat) *est encore bien souvent le produit d'un rapport de forces, la source d'excès et d'abus, et nombreux sont les contrats injustes, parce que manifestement déséquilibrés, qui ont force obligatoire entre ceux qui les ont conclu en toute inégalité et sans autre liberté que celle déployée par le contractant en situation de domination lors de la conception de « l'accord »* »<sup>43</sup>.

De sorte que, s'il est évidemment impossible de réduire toute trace d'inégalité de fait, le solidarisme promeut un certain nombre de comportements destinés à en réduire les effets contractuels. Ainsi le solidarisme contractuel peut-il permettre de « *tenter de caractériser certains développements actuels et spectaculaires du droit des contrats propres à favoriser la collaboration entre les parties* (nous soulignons) »<sup>44</sup>. En effet, l'idée force du solidarisme contractuel en sa version « pratique » est bien celle de la collaboration. Les parties doivent collaborer à la réalisation du but initié par le contrat lui-même.

Cette collaboration prend parfois la forme et l'habit de la coopération ou de la loyauté<sup>45</sup>. En réalité, elle impose, selon Anne-Sylvie COURDIER-COUTURIER, deux comportements distincts : d'une part un devoir de coopération qui implique une attention constante à la

---

<sup>42</sup> C. JAMIN, *Le solidarisme contractuel, un regard franco-québécois*, Thémis, Paris, 2005, p. 11 et s.

<sup>43</sup> D. MAZEAUD, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, in Mélanges TERRE, Presses Universitaires de France, 1999, p. 609.

<sup>44</sup> C. JAMIN, *Plaidoyer pour un solidarisme contractuel*, art. cit. p. 422

<sup>45</sup> L. GYNBAUM, *La notion de solidarisme contractuel*, in L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, actes du colloque éponyme tenu à l'Université de la Rochelle, les 3 et 4 mai 2002, Etudes juridiques, Economica, Paris, 2004.



situation de son cocontractant : il convient ainsi d'une part qu'il puisse jouir de ses dettes issues du contrat et d'autre part qu'il soit toujours à même de pouvoir réaliser ses obligations nées de ce même instrument. De sorte qu'il peut subvenir la nécessité pour le cocontractant fortuné de prendre à sa charge les intérêts de son partenaire<sup>46</sup>. D'autre part, le solidarisme contractuel implique un devoir de cohérence qui interdit de se jouer de son partenaire malheureux en adoptant, au gré des circonstances, des positions opposées<sup>47</sup>.

Les contours du terme sont appréciés, globalement, selon la même logique par les autres auteurs solidaristes. Notamment, Denis MAZEAUD y voit l'origine d'un double caractère du contrat. Le contrat est à la fois sociable – ce qui pose une triple exigence de transparence, de décence, et de cohérence – et à la fois solidaire - et en cela, il implique la prise en charge des intérêts des parties l'une de l'autre, il y fonde le devoir de conseil et de renseignement tout au long de la vie du contrat, ainsi qu'une exigence d'abnégation (il nomme cet ensemble le « *civisme contractuel* »)<sup>48</sup>.

Ainsi, les termes de « bonne foi », de loyauté, de coopération, de collaboration, de lésion, etc. recensent les interrogations principales des solidaristes. Christophe JAMIN en vient à considérer qu'il s'agit d'une doctrine visant à « *instituer un droit des relations contractuelles inégalitaires* »<sup>49</sup>, et Denis MAZEAUD estime, quant à lui, que la finalité de cette doctrine est de favoriser un plus grand équilibre contractuel.

Cette posture amène toute la doctrine solidariste à considérer l'imprévision, et, par conséquent, la révision judiciaire du contrat comme la panacée du solidarisme contractuel<sup>50</sup> : dans la mesure où le contrat est le lieu de rencontre à la fois d'intérêt opposés, ou à tout le moins divergents, et porteur d'un intérêt propre (son objet) et qu'une relation équilibrée est modulée en fonction de la situation de fait des parties, que le devoir de coopération s'entend comme opérant tant à la formation du contrat qu'au cours de son exécution et qu'enfin, les

---

<sup>46</sup> Op. cit. p.339

<sup>47</sup> Op. cit. p.411

<sup>48</sup> D. MAZEAUD. art. cit. p. 619

<sup>49</sup> C. JAMIN, *Plaidoyer pour un solidarisme contractuel*, art. cit. p. 471-472

<sup>50</sup> voir par exemple, C.JAMIN, *Le solidarisme contractuel, un regard franco-québécois*, op. cit. p. 7 ou encore A. VAN LANG, *Solidarisme contractuel et contrat administratif: une association impensable ?*, in L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, op. cit. p.146

situations des parties peuvent être modifiées au cours de la période contractuelle, alors, le contrat doit pouvoir être renégocié tout au long de sa durée d'existence, avec pour finalité une pleine jouissance de ses effets par les parties. L'imprévision prend donc la place du phare solidariste, phare d'une doctrine à la recherche d'une terre d'asile.

### *B. Approche critique de la vision classique du solidarisme contractuel*

Si, en définitive, l'approche classique du solidarisme contractuel est centrée sur la recherche de l'application de l'imprévision en droit positif (1), une autre lecture du solidarisme est possible, axée sur l'idée du contrat comme moyen de la solidarité (2).

#### 1) Le dogme de l'imprévision

C'est sous cette forme que le solidarisme contractuel se présente aujourd'hui à nos yeux. Il se focalise sur l'interdépendance et la possibilité pour les cocontractants de jouir pleinement des effets du contrat, quelle que soit leur situation de fait, le plus souvent inégalitaires, à sa formation ou durant son exécution. L'utilité du solidarisme est, au final, de permettre l'immixtion du juge ou de l'Etat dans les relations contractuelles, dans la droite ligne de la pensée politique éponyme.

De sorte que la recherche des indices de cette doctrine d'universitaires, de ce « principe démonstratif », conduit à s'attacher principalement à des notions telles que la bonne foi<sup>51</sup>, l'objet<sup>52</sup>, etc. En bref, les effets sur le comportement des parties. La théorie de l'imprévision caractérise alors une sorte de panacée du solidarisme contractuel<sup>53</sup>.

A pousser le raisonnement, il faudrait alors considérer qu'un droit contractuel marqué du sceau de l'imprévision serait un droit à tendance solidariste, c'est à dire, un droit dont la finalité viserait à rétablir une inégalité perdue entre les parties. Or, le droit des contrats

---

<sup>51</sup> D. MAZEAUD, art. cit., p. 622

<sup>52</sup> D. MAZEAUD, art. cit. p.620

<sup>53</sup> L. CLOUZOT, *La théorie de l'imprévision en droit des contrats administratifs : une improbable désuétude*, RFDA 2010.937

administratifs admet justement cette théorie, et, ce, depuis ses origines<sup>54</sup>. Mais ici, le syllogisme ne tient pas : il semble faux d'affirmer que le droit des contrats administratifs soit un droit solidariste, dans le sens où nous le présentions plus avant.

En effet, aucune solution, aucune norme de droit positif n'admet que la personne publique partie au contrat prenne en charge les intérêts de son cocontractant, sauf le cas exceptionnel, justement, de l'imprévision. Il faudra faire grâce au raisonnement et accepter l'idée qu'en définitive c'est un intérêt autre que celui du partenaire contractuel de l'administration qui conduit à cette solution : « *le but essentiel de la théorie (de l'imprévision) est d'assurer la continuité de fonctionnement du service public* »<sup>55</sup>.

Néanmoins, cette théorie n'est pas dénuée d'ambiguïté. Il a été admis, en effet, qu'une indemnité d'imprévision puisse être accordée par le juge après la fin normale du contrat<sup>56</sup>. De ce fait, l'on voit effectivement mal comment l'indemnité accordée pourrait atteindre son but (la continuité du service public) si déjà le contrat cesse d'en être le support. Par ailleurs, le Conseil d'Etat a pu également admettre un raisonnement fondé sur la théorie de l'imprévision en dehors de tout service public<sup>57</sup>, raisonnement duquel, par définition, la recherche de continuité du service public est exclue.

Cette ambiguïté presque originelle de la théorie de l'imprévision conduit ainsi les auteurs du *traité des contrats administratifs*, à estimer que « *la théorie de l'imprévision résout la crise d'exécution du contrat par une formule de collaboration des contractants* »<sup>58</sup>. La notion de collaboration est ainsi comprise que « *l'administration et son cocontractant doivent unir leurs efforts pour surmonter cette crise (extra-contractuelle), franchir le cap des difficultés* »<sup>59</sup>. Mais, en réalité, si l'imprévision peut être solidariste, le solidarisme ne s'y fonde pas : le

---

<sup>54</sup> CE, 30 mars 1916, *Compagnie d'éclairage du gaz de Bordeaux*

<sup>55</sup> A. DE LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, T.2, L.G.D.J., Paris, 1983, p.562

<sup>56</sup> CE, 12 mars 1976, *Département des Hautes-Pyrénées c/ société Sofilia*, Rec. 155. Cité in, A. DE LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLVE, op.cit. p. 563

<sup>57</sup> CE, 8 février 1918, *Société d'éclairage de Poissy*, RDP 1918.244, concl. L-F. CORNEILLE, cité in A. DE LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLVE, op. cit. p.566.

<sup>58</sup> A. DE LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLVE, op.cit. p.563

<sup>59</sup> Ibid.

solidarisme n'est pas réductible à l'imprévision. Or, c'est bien l'impression que donne aujourd'hui la doctrine solidariste, une recherche perpétuelle de l'imprévision.

Il faut bien, en effet, admettre que la collaboration est rare en droit des contrats administratifs. Comme l'ensemble des actes de l'administration, les contrats administratifs sont largement régis par l'unilatéralité de la prise de décision. Le cocontractant privé doit exécuter les ordres de la personne publique avant de pouvoir les contester<sup>60</sup>, il doit se soumettre à ses contrôles<sup>61</sup>, ne peut (plus exactement ne pouvait, jusqu'à très récemment), sauf cas exceptionnel, contester le bien-fondé d'une décision de rupture unilatérale fondée sur un motif d'intérêt général, mais uniquement ses conséquences financières<sup>62</sup>. Le commissaire du gouvernement CORNEILLE a pu résumer cet état du droit de façon éclairante : « *Dans les contrats administratifs, l'Etat soumet ses cocontractants à des servitudes spéciales que le droit civil ne connaît pas....Tenu de ces obligations sous peine des plus graves sanctions le cocontractant de l'Etat doit recevoir une compensation que le droit administratif lui accorde sous la forme de la théorie de l'imprévision* »<sup>63</sup>.

Du reste, Agathe VAN LANG présente une triple critique de cette association : d'une part, il est certain que « *l'objectif de continuité du service public persiste à s'affirmer comme le fondement le plus réaliste, à la fois de la théorie et de l'indemnité d'imprévision* », d'autre part, elle estime que « *le développement d'un lien de solidarité entre des parties aussi foncièrement inégales que la puissance publique et un particulier, parties que sépare une différence de nature, ne paraît guère concevable* », et enfin, « *dés lors que l'imprévision place les parties hors du cadre contractuel, comment appliquer une théorie, - le solidarisme contractuel – qui se veut interne aux relations contractuelles* »<sup>64</sup>

L'imprévision peut donc se concevoir autrement que par l'impératif de collaboration entre les parties inégalitaires à un contrat. La raison pour laquelle la doctrine a pu réduire solidarisme à

---

<sup>60</sup> CE, 5 novembre 1982, *Société Propétrol*,

<sup>61</sup> CE, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*

<sup>62</sup> CE, 20 février 1968, *GOGUELAT* Rec. 198

<sup>63</sup> Concl. sous CE, 9 mars 1928, *Compagnie des scieries africaines*, RDP 1928.328

<sup>64</sup> A. VAN LANG, *Solidarisme contractuel et contrat administratif : une association impensable ?*, art. cit. p.149-150

imprévision résulte d'un biais originel de trajectoire. Une relecture du solidarisme contractuel, d'un point de vue désaxé, permet de revenir aux fondamentaux de la doctrine politique.

## 2) Une nouvelle lecture du solidarisme contractuel : le contrat comme moyen de la solidarité

Si l'imprévision peut être comprise comme une conséquence du solidarisme, cette association, comme nous l'avons montré plus haut, ne peut être ni automatique, ni perpétuelle, ni exclusive. La lecture juridique du solidarisme contractuel admet en réalité deux perspectives légèrement divergentes. C'est-à-dire que l'introduction en droit d'un solidarisme contractuel puisant sa source dans le discours politique s'avère potentiellement duale.

D'autre part, les auteurs du solidarisme juridique classique voient le solidarisme contractuel comme le moyen de la protection du faible contre le fort. Cette lecture fait que la question de l'interdépendance, pourtant pierre angulaire de la doctrine politique, est évacuée et disparaît de l'analyse juridique dans son aspect le plus complet. L'interdépendance telle qu'interprétée par les solidaristes juristes ne joue que dans un sens : le faible est dépendant du fort et la théorie solidariste ne saurait admettre que le second abuse le premier. Mais jamais le fort n'est vu comme dépendant du faible. La notion d'interdépendance est donc amputée d'une partie d'elle-même par le discours solidariste juridique classique.

Or, Léon BOURGEOIS explique que : « *Ils (les hommes) établissent simplement entre eux sous ce nom (Etat ou société) un ensemble de liens et d'accords, d'obligations réciproques auxquelles ils reconnaissant ce double caractère d'être en fait le meilleur moyen d'atteindre le but, de réaliser l'objet pour lequel ils se sont réunis, et d'être, en droit, combinés de telle manière qu'aucun des associés n'en éprouve de dommage ou n'en obtienne d'avantage particulier, que chacun prenne équitablement sa part des charges et des bénéfices, des profits et des pertes, et qu'ainsi, se trouvent à la fois réalisées les conditions naturelles nécessaires du fonctionnement d'une entreprise commune et les conditions morales d'une juste association* »<sup>65</sup>.

---

<sup>65</sup> L. BOURGEOIS, op. cit. p. 36

Léon BOURGEOIS semble donner ici les caractères fondamentaux de l'Etat et de la société, des liens qui se tissent entre les deux. Nous savons qu'il les envisageait comme un « *quasi-contrat social* ». Mais l'auteur évoque également des liens de solidarités qui s'organisent entre les hommes individuellement. Le passage d'un niveau d'analyse macrosocial à un niveau microsociale n'apparaît pas erroné si l'on se souvient que le solidarisme doctrine politique abandonne la société transcendante pour la société immanente. La nature de la société toute entière, son visage, son fonctionnement, ses lois, sont le résultat d'une agrégation de comportements individuels. Et c'est bien ici ce dont nous parle Léon BOURGEOIS : du caractère que doivent présenter « *les liens et accords* » entre les membres de la société. Pour l'auteur, toutes les relations intersubjectives doivent être guidées par la solidarité. Y compris le contrat.

Un autre argument devrait permettre de se rallier à cette thèse : Léon BOURGEOIS parle de ces liens « *d'obligations réciproques* ». Ce sont bel et bien ces liens qui doivent, selon la doctrine solidariste, présenter les caractères de solidarité. Si l'on peut concevoir que les liens unissant individu et société sont formés d'obligations réciproques (les droits et les devoirs du citoyen), il s'agit également du caractère des contrats synallagmatiques. D'ailleurs, la nature de ces liens est identique dans ces deux cas, puisque les solidaristes font de la société un « *quasi-contrat* ».

La conséquence première de cette analyse est de déplacer le centre de gravité du solidarisme contractuel de la collaboration entre les parties à l'intérêt social du contrat lui-même. De cette façon, l'étude et les prescriptions relatives aux comportements des parties entre elles passent au second plan. Ce qui importe en premier lieu est que le contrat en soi devient un instrument de la solidarité. Le droit doit donc protéger l'instrument contractuel parce que quel que soit son objet, il représente une valeur positive de solidarité. Cette relecture du solidarisme substitue à l'objet et à l'exécution du contrat sa cause. Mais c'est d'une cause abstraite et générale dont nous parlons, une cause sociale valable pour tous les contrats, quelle que soit leur nature. Il apparaît alors que le contrat, conformément à l'analyse solidariste politique faisant du contrat le lieu d'une communauté d'intérêt née d'une opposition d'intérêts particuliers, est en sus porteur d'un intérêt propre du seul fait de son existence. Les exigences posées par la doctrine classique du solidarisme contractuel, tels que la bonne foi, le devoir de collaboration, la prise en charge réciproque des intérêts du cocontractant, ou encore la possibilité de l'imprévision et de la révision judiciaire du contrat, doivent dès lors être

considérés comme des conséquences de deuxième ordre de la solidarité. Le solidarisme contractuel tel que nous l'entendons prescrit que soit effective une protection du contrat en soi, justement parce qu'instrument de solidarité et lieu d'avènement de la nécessaire interdépendance des parties.

Gageons que les doutes quant à la réalité de la présence en droit positif de la doctrine du solidarisme contractuel pourraient être atténués si la recherche des indices de cette présence était élargie également aux conséquences de premier ordre, c'est-à-dire la pérennité du contrat. Le contrat doit être maintenu et doit résister aux événements extracontractuels. Le droit doit lui permettre de s'adapter à son environnement factuel sans dénaturation. En ce sens, la théorie de l'imprévision retrouve une place importante. Non pas car elle doit être le moyen de satisfaire une exigence de collaboration entre les parties, mais parce qu'elle doit permettre le maintien de l'existence du contrat. La collaboration peut être une conséquence parmi d'autres de la solidarité contractuelle, le maintien du contrat en est la cause.

Si nous parlions en économiste, nous pourrions établir un parallèle avec la théorie des contrats incomplets et leur évolution au sein de l'environnement économique. Elle a pour conséquence, notamment, de permettre l'évolution du contrat et le maintien des relations contractuels dans un environnement incertain. Mais nous parlons en juriste, et il s'avère intéressant, avant que d'aller plus loin, d'examiner la théorie des contrats relationnels, cousine juridique de la première.

## **II. La théorie des contrats relationnels : exemple d'une théorie juridique de l'évolution du contrat**

Dans notre recherche d'une possibilité logique d'introduction en droit de la doctrine politique du solidarisme, il nous faut démontrer l'existence et la pertinence d'autres théories exclusivement juridiques, basée sur l'idée de pérennité souple du contrat. Nous entendons par là - pérennité souple – la faculté d'un contrat à se maintenir dans son but tout en adaptant les effets de son exécution aux aléas factuels. L'idée est ici de démontrer que ce qui est au fondement même du solidarisme contractuel revisité (la nécessité d'assurer la continuité du contrat) peut être générer par le discours juridique lui-même et rester pourtant en accord avec des systèmes de langages extra-juridiques. En ce sens, le caractère solidariste de la notion de

contrat n'aboutit pas nécessairement à son rejet par le système juridique. En bref, s'il était possible de penser *a priori*, les tares originelles du solidarisme contractuel (d'une part son caractère exogène au système juridique et d'autre part la place laissée aux situations sociales dans l'appréhension du contrat), l'étude des contrats relationnels nous montrera qu'une théorie endogène peut aboutir à concevoir le contrat comme porteur d'un intérêt propre du seul fait de son existence, et d'autre part, qu'il s'agit d'une théorie inscrite dans le réel. Après une présentation de la théorie des contrats relationnels qui nous permettra de comprendre que le contrat est vu comme porteur d'une valeur non juridique (A), nous montrerons qu'il s'agit à la fois d'une théorie cohérente avec le système juridique et d'une théorie en relation étroite avec un discours non juridique (B).

#### A. *Les contrats relationnels : délimitation d'une notion*

La théorie des contrats relationnels est née de la plume du Professeur de droit américain Ian MACNEIL. Elle est également appelée *New Social Contract Theory*<sup>66</sup>. Elle part de l'idée que les approches juridiques classiques – américaines - du contrat sont erronées en ce qu'elles réduisent par trop la réalité sociale et économique du contrat. Elle vise donc à renouveler la théorie générale des obligations par une approche moins abstraite, moins idéale des contrats.

Les contrats relationnels s'opposent aux transactions discrètes. Ces dernières sont caractérisées par une absence quasi complète de relations autres que celles matériellement induites par la réalisation de l'objet du contrat. Il s'agit de relations axées autour d'une seule variable : la valeur de l'échange. Aucune implication personnelle (pécuniaire, morale, etc.) n'est attendue des cocontractants. L'exemple topique donné par MACNEIL est celui de l'achat d'un cheval par un cow-boy, dans une rue déserte, le soir, à un inconnu de passage, pour une somme fixée d'avance. Le contrat est exécuté immédiatement et les parties rompent toute autre forme de relations<sup>67</sup>. Il faudra toutefois prendre garde à ne pas confondre la catégorie des contrats relationnels avec celle des contrats à exécution instantanée. Là où la seconde catégorie se distingue des contrats à exécution successive par la variable temporelle, la première se distingue des contrats relationnels par le jeu de l'implication relationnelle

---

<sup>66</sup> I.R. MACNEIL, *The New Social Contract*, Yale University Press, New Haven, Conn., 1980

<sup>67</sup> Voir pour la première recension française de cette théorie et sa présentation succincte G. ROUETTE, *Compte rendu de The New Social Contract de I. MACNEIL*, *Journal du droit international (Clunet)*, n° 4, 1983



qu'ils nécessitent. Un contrat peut être relationnel et à exécution instantanée : il s'agira, par exemple, des contrats instantanés impliquant un fort *intuitu personae*. Les transactions discrètes se réalisent dès lors que l'identité du cocontractant n'est pas une donnée discriminante et où les règles d'exécution sont connues à l'avance, sans possibilité d'y déroger<sup>68</sup>.

De cet exposé de l'antonyme, nous pouvons déjà voir se dessiner en creux la définition des contrats relationnels. Hugues BOUTHINON-DUMAS, auteur d'une étude de référence sur les contrats relationnels expose que « *par contraste avec les contrats discrets, les contrats relationnels reposent en effet sur une implication des parties, une prise en considération de leurs caractéristiques singulières, l'instauration d'une relation durable et le fait qu'il est une source de satisfaction entre les parties* »<sup>69</sup>. Ainsi, les contrats relationnels présentent-ils une double caractéristique de préservation du lien contractuel en tant qu'il est porteur d'une valeur en soi et d'ajustement des obligations réciproques au vu de l'évolution du contexte factuel. Ici, la valeur n'est pas morale ni sociétale, mais économique. BOUTHINON-DUMAS note que « *se répand l'idée que le contrat doit être considéré d'abord comme une valeur économique voire comme un bien. Elle est exprimée notamment par Ph. Rémy : « chaque contrat représente une valeur économique, dont il faut à l'occasion modifier le contenu pour assurer le maintien de ses utilités essentielles ; que le contrat, comme tous les biens, est transférable et qu'il n'y a pas là atteinte à la force obligatoire du contrat ni à sa relativité, mais l'occasion de constater que ces vieux principes sont toujours souples, donc toujours vivants* » »<sup>70</sup>

MACNEIL propose donc un régime spécifique du contrat relationnel. En ce qu'il a d'impliquant, la formation du contrat relationnel doit prendre en compte l'ensemble des opérations préparatoires à l'apparition du contrat strictement entendu. Les règles de formation du contrat sont appréhendées *lato sensu*. L'exécution du contrat se doit d'être souple. Enfin,

---

<sup>68</sup> I. MACNEIL, *Contracts : Adjustments of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law*, Northwestern University Law Review, vol. 72, 1978, pp. 854-905

<sup>69</sup> H. BOUTHINON-DUMAS, *Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision*, RIDE, 2001, num. 3, T. XV, 3, p. 339 et s.

<sup>70</sup> H. BOUTHINON-DUMAS, art. cit. p. 357

la fin du contrat relationnel peut représenter un échec extra-contractuel qu'il est nécessaire de prendre en compte<sup>71</sup>.

Hugues BOUTHINON-DUMAS voit dans les approches du contrat des doyens CARBONNIER et HAURIOU les prémisses de la théorie des contrats relationnels. Il estime en effet que la distinction faite par le premier de ces grands juristes entre les contrats à exécution successive et les contrats à exécution instantanée se rapproche fortement de la substance de la théorie des contrats relationnels, parce que le Doyen CARBONNIER plaide la cause de la « *philosophie du contrat successif* »<sup>72</sup>. Par ailleurs, la compréhension que fait le Doyen CARBONNIER des contrats successifs (« *un contrat-organisme où les deux intéressés coopèrent à des fins sociales* »<sup>73</sup>), s'avère assez sibylline. Corrélativement à la vision des contrats relationnels, l'aspect social des contrats successifs est également mise en avant. En tout état de cause, et sans entrer dans le détail, nous remarquerons que si les contrats successifs et les contrats relationnels sont d'une nature voisine, ils ne sont pas identiques. Comme nous le mentionnions plus haut, les éléments de discriminations entre les catégories de ces deux théories sont différents (le temps pour les contrats instantanés/successifs, l'implication relationnelle pour les contrats discrets/relationnels). Si le temps peut être facteur de la naissance d'une implication relationnelle, cette conséquence n'est pas nécessaire mais relève plutôt de la contingence. Du reste, si l'implication relationnelle issue du temps intervient *ex post* du contrat successif, elle se trouve *ex ante* du contrat relationnel.

L'auteur de l'article évoque également la théorie du contrat-institution du Doyen HAURIOU en tant qu'intuition du contrat relationnel. C'est ici « *l'idée d'œuvre* », issue de la théorie de l'institution, qui est génératrice d'une union des intérêts entre parties, selon H. BOUTHINON-DUMAS. Mais, là encore, les relations entre ces théories ne sont pas rectilignes. En effet, le contrat relationnel, et c'est peut-être sa principale faiblesse théorique, est fortement parcouru d'une dimension psychologique. Or, chez les Doyen HAURIOU, cette dernière est totalement absente et c'est plutôt l'idée d'une « *communion des intérêts* » qui

---

<sup>71</sup> H. BOUTHINON-DUMAS, art. cit. p. 348.

<sup>72</sup> Ibid. p.354

<sup>73</sup> J. CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, 21<sup>ème</sup> éd., Presses Universitaires de France, Paris, 1998, p. 264, n° 141

prévaut. Celle-ci se laisse globalement appréhendée par une analyse objective de la situation des parties, sans qu'il soit nécessaire de sonder l'âme des cocontractants.

Si nous ne suivons pas totalement l'auteur de cette étude complète et pertinente quant à l'intuition de la doctrine française de la théorie des contrats relationnels, nous saluons tout de même l'analyse croisée qu'il réalise des théories des contrats relationnels et de l'imprévision. L'auteur parvient à démontrer la proximité et la nécessité de la liaison de ces deux approches doctrinales et conclut à l'impossibilité pour la première de se priver de l'utilisation de la seconde. Tout comme le solidarisme contractuel, les contrats relationnels représentent une théorie du contrat en évolution, appréhendé dans son environnement social. C'est, finalement, à une interprétation téléologique du contrat qu'il convient de recourir aux fins d'en permettre la perpétuation et la réalisation du but (ou du lien de solidarité) qu'avaient conclu les parties. C'est ce caractère de doctrine aux prises avec l'environnement du contrat qui démontre la possibilité logique d'une théorie juridique exogène du contrat. D'ailleurs, les liens entre ces deux théories du contrat sont particulièrement étroits<sup>74</sup>

### *B. Une théorie ouverte sur les discours extra-juridiques*

La théorie des contrats relationnels présente cette spécificité de se trouver très proche de l'analyse économique, sans pour autant lui être soumise. Elle permet le développement d'une relation discursive particulière avec l'économie qui aboutit à lui conférer un regain de pertinence tant descriptive que prescriptive. Les relations discursives s'établissent selon une direction identique et un sens double. L'économie adopte le raisonnement juridique et le droit emprunte au raisonnement économique.

---

<sup>74</sup> Ainsi que le note F. CHENEDE : « *Le contrat solidaire qu'ils appellent de leurs vœux nous semble très proche du contrat relationnel décrit par Ian R. MACNEIL. La lecture de la thèse de Madame BOISMAIN confirme largement cette impression puisque le régime qu'elle propose pour les contrats relationnels – « régime encourageant la poursuite de la collaboration » - répond en grande partie aux souhaits de la doctrine solidariste... »*, in *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, Thèse, Recherches juridiques, Economica, Paris, 2008, p. 132.

Tout d'abord, il est à remarquer la particulière proximité de la notion de contrat relationnel d'avec celle de contrat incomplet. Le modèle de HART et MOORE<sup>75</sup> définit le contrat incomplet comme un contrat incapable de prévoir les aléas futurs qui pourront l'affecter dans sa substance ou en affecter l'exécution par l'une, l'autre ou toutes les parties. Cette théorie est une analyse en trois temps, plaçant en son centre les relations de propriété et d'imprévision. Les contrats d'une opération complexe sont nécessairement incomplets, ce qui signifie qu'ils sont incapables de s'adapter à l'ensemble des situations futures inconnues et donc ne permettent pas une allocation optimale des risques et bénéfices dans une relation de coopération. Cette incomplétude résulte de trois facteurs principaux. Le premier est la rationalité limitée des parties. Le second est lié à l'existence de coûts de transaction. Le troisième est attribué aux imperfections du système judiciaire. Du fait de l'incomplétude connue des acteurs, la perspective de renégociation est de nature à favoriser l'éclosion d'un comportement opportuniste.

Contrats relationnels et contrats incomplets sont donc très proches dans leurs caractères. Au final, nous pourrions sans trop nous aventurer affirmer que les contrats relationnels représentent une théorie juridique à la fois descriptive et prescriptive des contrats incomplets en tant que théorie économique. La relation entre les deux est plus qu'idéelle. Oliver WILLIAMSON, économiste ayant largement contribué à enrichir cette théorie économique se base explicitement sur les travaux de Ian MACNEIL et soumet le raisonnement juridique à la critique économique<sup>76</sup>. C'est donc bien d'un lien de consanguinité qu'il faut nous faire les témoins.

D'autre part, comme nous l'avons mentionné plus haut, la rationalité limitée des agents économiques est un facteur d'incomplétude des contrats. Herbert SIMON<sup>77</sup>, qui a découvert cette limite à la prévisibilité des contrats, a pu pallier la lacune en proposant un modèle de canalisation des effets de la réalisation des événements futurs sur le contrat. Si les événements susceptibles d'affecter le contrat ne sont pas en eux même prévisibles, il est toutefois possible

---

<sup>75</sup> O. HART et J. MOORE, *Incomplete contracts and Renegotiation*, *Econometrica*, vol. 56, Issue 4, Juillet 1988, p. 755 et s.

<sup>76</sup> O. WILLIAMSON, *Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations*, *Journal of Law and Economics*, Vol. 22, No. 2, octobre 1979, University of Chicago Press, Chicago, Ill. p 233 et s.

<sup>77</sup> voir notamment H. SIMON *Models of bounded rationality: Behavioral economics and business organization*, MIT Press, Cambridge, Mass. 1982

d'établir *ex ante* des modes de résolutions des litiges à venir. De fait, rares sont les contrats de longue durée ou complexes dénués de clauses compromissoires ou d'arbitrage ou encore d'attribution de juridiction. Or, dans la théorie des contrats relationnels, nous avons remarqué que la « souplesse » du contrat en représentait un caractère fondamental. Les déviations des effets de la rationalité limitée vers les modèles d'organisation procédurale prévus en amont des litiges démontre une complémentarité des recherches en droit et économie. Les écrits de Ian MACNEIL rejoignent ceux d'Herbert SIMON sur ce point.

Si la théorie des contrats relationnels a donc été acceptée en économie, elle emprunte elle-même au discours économique. En effet, dans la présentation de sa théorie, Ian MACNEIL remarque une évolution en trois temps des théories des contrats. Le premier temps correspond à la période dite classique : le modèle de la transaction contractuelle est celle des transactions discrètes, telles que nous les avons décrites plus avant. Or, Oliver WILLIAMSON remarque à ce sujet que : « *In this respect it corresponds exactly with the "ideal" market transaction in economics* »<sup>78</sup>.

Le deuxième développement correspond à l'approche dite-néoclassique des contrats. Cette approche tend à encadrer l'évolution du contrat ou, à tout le moins, à canaliser les effets de cette évolution. Tout comme la théorie néoclassique économique tend à adopter un point de vue multidirectionnel, en faisant notamment référence à d'autres valeurs que la simple valeur d'échange des biens pour expliquer et modéliser les comportements micro-économiques<sup>79</sup>, la théorie néoclassique des contrats ajoute à son arsenal analytique la fonction temps et ses conséquences. Le néoclassicisme se reconnaît dans la multiplication des horizons démonstratifs, tant en droit qu'en économie.

Enfin, la théorie relationnelle proprement dite recouvre, elle, une réalité économique d'intégrations des structures et unités de production. A ce titre, il est intéressant de remarquer que l'exemple topique du contrat relationnel selon MACNEIL est celui des accords-cadres : « *Les contrats-cadres constituent bien sûr une illustration exemplaire de ce que sont les contrats relationnels. Un autre domaine propice au recours et à l'épanouissement des*

---

<sup>78</sup> O. WILLIAMSON, *Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations*, art. cit. p. 236.

<sup>79</sup> F. DUBOEUFF, *Introduction aux théories économiques*, Coll. Repères, La découverte, Paris, 1999, p. 33 et s.

*contrats relationnels est le droit du travail (contrats individuels et collectifs). MACNEIL reconnaît que ce sont ces formules contractuelles qui ont été à l'origine de sa théorie »<sup>80</sup>.*

L'étude de la théorie des contrats relationnels nous a donc permis d'admettre d'une part que le caractère exogène du solidarisme contractuel ne faisait pas obstacle à l'admission de l'adjonction d'une valeur non juridique propre au contrat, puisqu'une théorie juridique endogène, celle des contrats relationnels l'avait également admise, et d'autre part qu'une théorie proprement juridique pouvait également s'avérer ouverte sur les autres discours. Puisque nous pouvons désormais considérer comme légitime et juridiquement logique la vision du contrat comme instrument de solidarité, il nous faut alors nous assurer que ce principe porteur du contrat trouve sa place dans le système juridique.

---

<sup>80</sup> H. BOUTHINON-DUMAS, art. cit. p. 348, avec en note : « MACNEIL reconnaît sa dette envers L. Fuller, O. Khan-Freud et C. Summers, cf. « Reflections on Relational Contract », *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 1985, p. 541 ».

## **CHAPITRE II : SOLIDARITE, INTERET GENERAL ET CONTRATS**

### **ADMINISTRATIFS : UN TRIPTYQUE COHERENT**

Dans notre recherche sur les possibilités logiques d'une admission en droit d'une théorie du solidarisme contractuelle d'origine politique, nous avons tout d'abord admis que le contrat en général pouvait être considéré comme source de solidarité. Mais son extension au contrat administratif en particulier nécessite de démontrer d'une part que la notion de solidarité acquiert en droit public le caractère d'un principe, dont nous tâcherons de saisir les multiples visages (I) et d'autre part, que l'intérêt général dont est spécifiquement porteur le contrat administratif est le vecteur de son association avec la solidarité (II).

#### **I. La solidarité : un principe directeur du droit public**

Ainsi que nous l'avons exposé en introduction, le terme de solidarité est une construction lexicale issue de l'adjectif latin « solidus ». Le chemin du contenu signifiant de la solidarité apparaît en forme d'ellipse : d'abord notion juridique, il s'est ensuite enrichi au contact des sciences sociales émergentes du XIX<sup>ème</sup> siècle, avant de revenir vers le champ lexical du droit. Si le concept de solidarité est apparu très tôt en droit public, il n'a eu de cesse de perdre en visibilité (A). Par ailleurs, si la solidarité joue un rôle structurant dans de nombreux domaines du droit public, son éparpillement tend à la rendre d'appréhension malaisée (B).

##### *A. La solidarité comme concept originel : de l'explicite à l'implicite.*

La vie et les rebondissements du solidarisme doctrine politique ont eu un impact substantiel sur les deux grands maîtres du droit public, Léon DUGUIT et Maurice HAURIOU et la solidarité peut être vue comme génératrice de la notion de service public. Néanmoins, le concept de solidarité, s'il sous-tend aujourd'hui un certain nombre de solutions jurisprudentielles, n'est pas exprimé explicitement.

La solidarité a joué le rôle, pour la doctrine publiciste du début du XX<sup>ème</sup> siècle, et notamment pour Léon DUGUIT et Maurice HAURIOU, d'un formidable moteur à leurs réflexions.

En effet, nombreux sont les auteurs à noter chez Léon DUGUIT, outre l'influence certaine qu'eu sur lui la doctrine politique du solidarisme<sup>81</sup>, la place centrale occupée par le concept de solidarité. Et pour cause, la solidarité représente chez le maître de Bordeaux la première règle de droit objectif<sup>82</sup>. Il expose ainsi que « *l'homme naturel isolé, naissant libre et indépendant des autres hommes et ayant des droits constitués par cette liberté, par cette indépendance même, est une abstraction sans réalité. Dans le fait, l'homme naît membre d'une collectivité, et le point de départ de toute doctrine sur le fondement du droit doit être...l'individu pris dans les liens de la solidarité sociale* »<sup>83</sup>. Reniant ainsi toute la doctrine du droit individualiste avant lui, Léon DUGUIT pose la solidarité en fondement du droit.

De cette conception du droit, naît une conception de l'Etat et de son rôle social. Dans une habile équation Léon DUGUIT lie l'Etat, le service public et la solidarité en un triptyque destiné à supporter tout le droit public (et tout le droit en général) : « *Selon la formule bien connue, nous dit Jean-Claude BEGUIN, DUGUIT explique que lorsqu'une activité est indispensable à la réalisation de l'interdépendance sociale (qui est le fondement de la société), elle doit être réglée et contrôlée par les gouvernants ; si elle est d'une nature telle qu'elle ne peut être réalisée complètement que par l'intervention de la force gouvernante, elle relève du service public* »<sup>84</sup>. Si l'Etat trouve là une assise juridique et philosophique à son existence, il y trouve également une limite à l'extension de ses pouvoirs. L'Etat apparaît alors comme devant exercer ses pouvoirs dans l'unique but de réaliser, maintenir ou développer la solidarité sociale, sans pouvoir les détourner de ce but, mais en y épuisant totalement sa compétence. L'Etat failli le jour où il n'est plus apte à réaliser la solidarité entre les individus.

Bien que Maurice HAURIOU, quant à lui, ait vivement critiqué la thèse de Léon DUGUIT, il ne lui abandonne toutefois pas l'usage exclusif de cette notion. Ce qu'il reproche à Léon

---

<sup>81</sup> M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français*, op. cit. p. 382.

<sup>82</sup> Voir L.DUGUIT, *traité de droit constitutionnel*, T1, *La règle de droit. Le problème de l'Etat*, éd. BROCCARD, Paris, 2<sup>ème</sup> éd. 1921 et la recension effectuée par G.LEGRAND dans la *Revue néo-scholastique de philosophie*, Année 1922, vol. 24, n°93, p. 125 et s.

<sup>83</sup> L.DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, ed. BROCCARD, Paris, 1907, p.6

<sup>84</sup> J-C. BEGUIN, *Service public et solidarité*, in J-C. BEGUIN, P. CHARLOT et Y. LAIDIE (dir.), *La solidarité en droit public*, Actes du colloque éponyme de Besançon des 21 et 22 Avril 1999, Logique juridique, L'Harmattan, Paris, 2005, p.254.



DUGUIT, c'est d'avoir négligé le caractère polysémique du terme. Il refuse ainsi la réduction de la solidarité à l'interdépendance entre les hommes au sein de la société. Nous savons que pour Maurice HAURIOU, seuls comptent les principes d'autorité et d'ordre<sup>85</sup>. Ainsi, écrit-il à l'adresse de Léon DUGUIT : « *Peut-être par la solidarité aurait-il (DUGUIT) pu retrouver l'ensemble social et les fonctions. Mais il eût fallu l'entendre autrement qu'il ne l'a fait et non pas comme une interdépendance...Non, elle est la volonté de faire bloc, c'est-à-dire un tout social qui sera une force, mais qui en même temps sera un ensemble ordonné et organisé...les hommes conçoivent la solidarité comme une forme d'action pour constituer une organisation sociale et cela est fécond* »<sup>86</sup>. Maurice HAURIOU voit donc la solidarité comme un acte de volonté fondateur d'une institution, comme acte de communion. Maurice HAURIOU donne ici à la solidarité le sens de ce qu'il appelle « *l'idée d'œuvre* », substance de l'institution<sup>87</sup>. Lorsque l'on se souvient que pour le Toulousain l'Etat est une institution<sup>88</sup>, alors force est d'admettre que Maurice HAURIOU aussi fait de la solidarité, entendu en un sens différent (quelle que critique nous pourrions opposer à cette définition), le fondement de l'Etat.

Au delà de ces doctrinaires des origines du droit public moderne, qui placent plus ou moins explicitement la solidarité au cœur de leurs raisonnements, celle-ci continue, aujourd'hui encore, d'être perçue comme pierre angulaire du service public : « *Par le service public, l'Etat prend en compte et cherche à satisfaire les besoins collectifs d'une société politique. Ce faisant, il en exprime l'unité par la solidarité, qui par delà les divisions partisans unit les membres de la société* »<sup>89/90</sup>. De même, la solidarité apparaît également de façon transversale

---

<sup>85</sup> M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Sirey, Paris, 1910, rééd. Bibliothèque, Dalloz, Paris, 2010, Ch I.

<sup>86</sup> M. HAURIOU, op. cit. p.67

<sup>87</sup> M. HAURIOU affirme en effet dans son article *La théorie de l'institution et de la fondation. Essai de vitalisme social*. : « *une idée d'œuvre ou d'entreprise qui se réalise et dure juridiquement dans un milieu social ; pour la réalisation de cette idée, un pouvoir s'organise qui lui procure des organes ; d'autre part, entre les membres du groupe social intéressé à la réalisation de l'idée, il se produit des manifestations de communion dirigées par les organes du pouvoir et réglées par des procédures* », rééd. in M. HAURIOU, *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Librairie Bloud et Gay, Paris, 1933, rééd. Bibliothèque de Philosophie politique et juridique, Textes et documents, Centre de philosophie politique et juridique, Université de Caen, 1986, p.96

<sup>88</sup> Voir notamment, pour une synthèse éclairante, N.FOULQUIER, *Maurice HAURIOU, Constitutionnaliste (1856 – 1929)*, Jus Politicum, Revue de droit politique, n°2, mars 2009, <http://www.juspoliticum.com/Maurice-Hauriou.html>

<sup>89</sup> A-S. MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics*, Presses Universitaires de France, 2<sup>ème</sup> éd. 1997, p.69

dans le droit matériel de l'Union européenne<sup>91</sup>. Néanmoins, la solidarité est aujourd'hui un concept qui, s'il est utilisé, ne dit pas son nom.

En effet rares sont les décisions où le concept de solidarité est expressément mis en œuvre directement et explicitement par le juge. Que la solidarité soit implicite dans certaines politiques matérielles de l'Union européenne<sup>92</sup>, qu'elle sous-tende la jurisprudence du conseil constitutionnel par le biais de l'égalité<sup>93</sup>, que l'équité, qui lui est consubstantiellement liée, tienne la tête d'affiche<sup>94</sup>, qu'elle entretienne des rapports conflictuels avec la fraternité<sup>95</sup>, qu'elle préside aux destinées de la loi fiscale<sup>96</sup>, ou plus généralement qu'elle soutienne structurellement le système de répartition en entier<sup>97</sup>, la solidarité reste une notion cachée. Cet état de fait résulte sans doute de son large champ d'action et, par conséquent, de la difficulté d'en appréhender un contenu sûr invocable en droit.

### *B. Une notion éparpillée*

La résurgence du thème de la solidarité dans un champ de domaines très large laisse penser à une forme d'éparpillement du concept. Cette diffusion incontrôlée du thème de la solidarité a pour conséquence immédiate l'impossibilité d'en délimiter un contenu fiable, stable et

---

<sup>90</sup> Voir également, notamment, J-C. BEGUIN, *Service public et solidarité*, art. cit., D. RENARD, *L'idée politique de solidarité et la construction de la théorie du service public*, in J-C. BEGUIN, P. CHARLOT et Y. LAIDIE (dir.), op.cit.

<sup>91</sup> S. de la ROSA, *La transversalité de la solidarité dans les politiques matérielles de l'Union*, in C. BOUTAYEB (dir.), *La solidarité dans l'Union européenne. Éléments constitutionnels et matériels*, Coll. Thèmes et commentaires, Dalloz, 2011

<sup>92</sup> Ibid.

<sup>93</sup> F.MELIN-SOUCRAMANIEN, *Solidarité, égalité et constitutionnalité*, in J-C. BEGUIN, P. CHARLOT et Y. LAIDIE (dir.), op.cit.

<sup>94</sup> M. FOULETIER, *Recherches sur l'équité en droit public français*, Thèse, Bibliothèque de droit public, L.G.D.J., Paris, 2003, p. 238 et s.

<sup>95</sup> M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français : le passé le présent et l'avenir de la solidarité*, op.cit.

<sup>96</sup> J.CHEVALLIER, *La résurgence du thème de la solidarité*, in J. CHEVALLIER, D. COCHART (dir.), *La solidarité : un sentiment républicain ?*, op.cit. p.112 et s.

<sup>97</sup> Voir G.THORIS, *La légitimité sociale de la ressource publique*, Revue Française de Finances Publiques, n°88, novembre 2004, p. 23 et s.

relativement constant, lui refusant ainsi d'accéder à la plume des magistrats. Son absence de caractère fonctionnel empêche la solidarité de se hisser au stade de « notion » (entendu comme concept opérationnel du droit)<sup>98</sup>. En revanche, la solidarité pourrait acquérir le statut de principe en droit public. Nous reprendrons ici, pour les besoins de la démonstration, la définition donnée par Yves GAUDEMET. Rappelant que le principe est *stricto sensu*, ce qui est premier soit relativement, soit absolument, il ajoute : « *les choses se précisent un peu : les principes sont à la frontière du droit : ils gouvernent celui-ci, et guident le juge qui en est l'artisan autant que l'interprète. Ils sont les fenêtres qui laissent pénétrer le jour à l'intérieur du cabinet du juriste, mais un jour tamisé. Ainsi s'explique que les principes ne soient pas d'abord des règles de droit. Comme l'écrivait F. GENY : « les principes généraux du droit représentent un idéal de raison et de justice, conforme au fond permanent de la nature humaine »* »<sup>99</sup>. Ainsi défini, il apparaît effectivement que la solidarité relève de cette nature d'objets conceptuels.

En effet, la solidarité se trouve tout d'abord « à la frontière du droit », en ce qu'elle est porteuse de valeurs morales et sociales. Comme nous l'avons précisé plus haut, parti du droit, le contenu de la solidarité s'est enrichi au contact des sciences sociales naissantes. Par ailleurs, elle n'est pas une règle de droit. Enfin, elle représente effectivement un « *idéal de raison et de justice, conforme au fond permanent de la nature humaine* ». Afin que la concordance des caractères généraux des principes et du concept de solidarité soit parfaite, il nous faut maintenant examiner si oui ou non elle gouverne véritablement le droit, si elle préside aux destinées d'un nombre non négligeable de solutions juridiques.

La solidarité, tout d'abord, se retrouve aux origines du droit des systèmes d'assistance et de prévoyance sociales et, de manière générale de toutes les législations sociales. Les premières lois sociales de la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle sont largement fondées sur le principe de solidarité : ainsi le législateur n'hésitera-t-il pas à y recourir lors du vote de la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail, en 1905 pour la loi sur l'assistance aux vieillards, infirmes et incurables, à propos de laquelle son rapporteur affirmait : « *l'obligation de venir en aide à ceux que l'âge ou les infirmités mettent hors d'état de subvenir aux premiers besoins de l'existence n'est que l'application ou la consécration légale de cette idée de solidarité sur laquelle doit reposer*

---

<sup>98</sup> Voir Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, Thèse, L.G.D.J., Paris, 1972, p.37

<sup>99</sup> Y.GAUDEMENT, op. cit. p.35

*notre organisation sociale* »<sup>100</sup> ou en 1910 relativement à la loi sur les retraites ouvrières et paysannes. Aujourd'hui encore, la solidarité sert de justification aux législations sociales, et apporte un regain de vitalité à la justice sociale.

Plus généralement, la solidarité intervient dans la mise en œuvre des politiques de socialisation des risques. La mutualisation des risques, qui passe aujourd'hui par le mécanisme assurantiel est basé sur le principe de solidarité. Ainsi, la « *solidarité nationale* » est-elle due en cas de calamité<sup>101</sup>. Même si l'occurrence est unique dans le texte du préambule de la Constitution de 1946, l'ensemble des droits qu'il porte tend bel et bien à la reconnaissance d'un véritable « *droit à la solidarité* »<sup>102</sup>

Par ailleurs, elle devient un fondement du droit de la responsabilité. Selon BORGETTO, la découverte de la notion de collaborateur du service public ne peut résulter que de ce principe<sup>103</sup>. Et Dominique PHILLIPP démontre qu'en certaines circonstances, une fois écartées la théorie des risques et la rupture d'égalité devant les charges publiques, la solidarité reste le seul fondement à la responsabilité administrative<sup>104</sup>

Ensuite, le principe constitutionnel d'égalité agit comme vecteur de solidarité à la fois entre les personnes et entre les territoires<sup>105</sup>. Entre les personnes, de première part, car c'est grâce à un détour par l'égalité que sont admises certaines discriminations sociales destinées à favoriser la solidarité sociale et permet ainsi la validation de prises en charges de situations (et donc de solutions) différenciées. Entre les territoires, de deuxième part, par la reconnaissance de zones particulièrement sensibles qu'il convient de traiter plus

---

<sup>100</sup> J. BIENVENU-MARTIN, *Rapport fait au nom de la Commission chargée d'examiner les propositions de la loi sur l'assistance aux vieillards, aux infirmes et aux incurables*, Journal Officiel, Doc. Parl. Chambre des députés, annexe à la séance du 4 avril 1903, p.386, cité in. M. BORGETTO, op. cit. p.427.

<sup>101</sup> Al. 12 du préambule de la Constitution de 1946.

<sup>102</sup> L'expression est de L. HAMON, *La définition constitutionnelle des droits et libertés en France*, in *Droit constitutionnel et droits de l'Homme*, Association française des constitutionnalistes, Economica, Paris, 1987, p.58

<sup>103</sup> M. BORGETTO, op. cit. p.548 et s.

<sup>104</sup> D. PHILIPP, *De la responsabilité à la solidarité des personnes publiques*, RDP, 1999/2, p.593 et s.

<sup>105</sup> F.MELIN-SOUCRAMANIEN, *Solidarité, égalité et constitutionnalité*, art. cit.

favorablement que d'autres plus heureuses. Ainsi, grâce à la notion d'égalité, la solidarité agit comme protecteur de la cohésion sociale, et permet sa propre pérennité.

De ce qui précède, nous pouvons noter la revivification qu'opère au sein du concept de liberté la solidarité. Nous savons que le solidarisme juridique s'est bâti en contradiction du dogme de la liberté totale. *A priori* donc, les deux notions sont antithétiques. Et pourtant, ce que dénonce le solidarisme juridique sont les conséquences libéricides d'une liberté trop largement laissée à elle-même. Là où la théorie classique de la liberté rejette toute forme de contrainte à son exercice et prône alors la liberté de droit, le solidarisme juridique oppose la forme « *abstraite* » de ce raisonnement. L'aveuglement aux réalités sociales et le maintien du dogme amène finalement à ne faire jouir les hommes que d'une faible partie d'une liberté entendue *lato sensu*. La limitation aux libertés que prône le solidarisme juridique pousse en fait à la réalisation d'une liberté accessible au plus grand nombre. D'ailleurs, les développements récents du droit des libertés fondamentales conduit à se soumettre à cette thèse <sup>106</sup>

Enfin, la loi fiscale, en son principe même, répond à une exigence de solidarité. Nul part ailleurs ne se retrouve avec autant de force l'idée d'une participation aux charges communes et une jouissance des biens communs. Nul part ailleurs, l'idée solidaire de redistribution ne traduit avec autant de force l'interdépendance des hommes. Que l'Etat soit conduit par le principe de solidarité ou qu'il soit vu comme un principe transcendant de direction, la nécessité d'interdépendance se fait toujours éclairante.

---

<sup>106</sup> J. ROBERT, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, Coll. Domat Droit public, Montchrétien, Paris, 5<sup>ème</sup> éd., 1994, p. 57

## II. Intérêt général, contrat administratif et solidarité

Si la solidarité est un donc un principe du droit public, l'intérêt général se retrouve à ses côtés. En ce qui concerne plus particulièrement les contrats administratifs, l'intérêt général y joue à la fois un rôle de fondement (A) et un rôle de vecteur de solidarité (B).

### A. L'intérêt général comme notion consubstantielle du contrat administratif

Le développement qui suit n'a rien de nouveau. Il s'agit simplement là de rappeler une antienne du droit administratif. L'intérêt général et le contrat administratif sont consubstantiellement liés : elle joue en effet un rôle central tant dans la qualification même du contrat administratif que dans l'élaboration et la justification de son régime dérogatoire.

La reconnaissance et la qualification du contrat administratif en droit conduit à l'application d'un régime différencié de celui du contrat de droit civil. Force est de constater que le contrat administratif entretient une relation particulière avec l'intérêt général. Certes, le propos n'est pas d'affirmer ici que seul le contrat administratif est porteur d'intérêt général. L'intérêt général finalise en toute hypothèse l'action de l'administration, y compris en présence d'un contrat de droit privé, conformément à une appréhension finaliste de la liberté contractuelle des personnes publiques<sup>107</sup>. Ainsi, pourquoi établir une distinction entre contrats administratifs et contrats privés ? Rappelons avant tout que la conséquence première de la qualification de contrat administratif est l'attribution au juge administratif de son contentieux. Il revient alors à se demander quel intérêt il y a à voir ainsi éclaté entre les deux ordres de juridiction le contentieux des contrats des personnes publiques ? La réponse est à chercher du côté de l'intérêt et de la justification mêmes de l'existence, en France, d'une dualité de juridictions. Cette question nous ramène finalement à rappeler les critères d'identification du droit administratif. Or, force est ici de constater que l'intérêt général y joue un rôle prépondérant<sup>108</sup>, ainsi que le rappelle, François JULIEN – LAFERRIERE : « *la dualité de juridiction a pour fonction de soumettre le contentieux administratif à un juge spécialisé dans*

---

<sup>107</sup> F. LOMBARD explique que « C'est (...) la liberté contractuelle elle même qui assure la satisfaction de l'utilité générale » in, *La cause dans le contrat administratif*, Thèse, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, Paris, 2008, p.326

<sup>108</sup> J. MORAND-DEVILLER, *Droit administratif*, Coll. Cours L.M.D., Montchrétien, Paris, 11<sup>ème</sup> éd. 2009, p.20 et s.

*l'application d'un droit propre, distinct de celui qui régit les relations entre personnes privées, et qui est le droit administratif, et ceci, en raison de la mission spécifique de l'administration qui est de faire prévaloir l'intérêt général sur les intérêts particuliers* (c'est nous qui soulignons) »<sup>109</sup>. La présence forte d'un intérêt général justifie donc d'une part l'existence d'un droit autonome des contrats administratifs et d'autre part l'attribution de leurs contentieux à la juridiction administrative. Il ne s'agit donc pas d'une différence de nature, mais bien d'une différence d'intensité dans le lien avec l'intérêt général qui distingue les contrats de droit privé de l'administration des contrats de droit public.

En règle générale, trois critères issus de la jurisprudence sont admis pour reconnaître un contrat administratif conclu entre une personne publique et une personne privée. Néanmoins, ils ne suffisent pas à eux seuls à couvrir l'entièreté du domaine des contrats administratifs. La loi peut, par exemple, imposer une qualification au contrat. Ainsi en est-il de l'article 2 de la loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001, dite MURCEF, qui fait passer l'ensemble des marchés publics dans la catégorie des contrats administratifs, ce que l'application stricte des critères issus de la jurisprudence du Conseil d'Etat n'étaient pas parvenus à réaliser<sup>110</sup>. Il en est de même pour les contrats de partenariat, par application des dispositions de l'article 1 de l'ordonnance du 17 juin 2004 (ord. n° 2004-559), ou encore des contrats d'occupation du domaine public<sup>111</sup>.

Ces trois types de contrats relèvent bien de ces contrats présentant une forte proximité avec l'intérêt général. Il est vrai, cependant, que l'unification du droit des marchés publics ressort d'une contingence historique. En droit, le raisonnement ancien du juge administratif sur la répartition du contentieux des marchés publics<sup>112</sup> (que nous n'entendons pas tel qu'aujourd'hui), présentait une certaine logique. Il est donc difficile d'affirmer que la volonté du législateur aurait été de reconnaître à la catégorie générique des marchés publics une relation particulièrement étroite avec l'intérêt général<sup>113</sup>. Mais, il est autant difficile de nier

---

<sup>109</sup> F. JULIEN – LAFFERIERE, *La dualité de juridiction, un principe fonctionnel ?*, in *L'unité du droit, Mélanges en hommage à Roland DRAGO*, Economica, Paris, 1996, p.399

<sup>110</sup> Voir, pour un marché public de fourniture : TC, 5 juillet 1999, *Commune de Sauve*, req. n° 03142 ;

<sup>111</sup> art. L 2331-1 du Code général de la propriété des personnes publiques.

<sup>112</sup> CE, 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, req. n° 30701, Rec.909, D.1916.3.35, concl. L. BLUM, RDP, 1914.145, note G. JEZE

<sup>113</sup> F. MODERNE, *Faut-il vraiment « administrativiser » l'ensemble des marchés publics*, AJDA 2001.707

que les marchés publics, en ce qu'ils permettent à l'Administration de satisfaire à ses besoins en terme de fournitures, travaux ou services, en ce qu'ils lui permettent finalement de fonctionner, ne jouent pas un rôle fondamental dans la satisfaction des besoins d'intérêt général. En ce qui concerne les contrats d'occupation du domaine public, une interprétation *a contrario*, permet d'y relever une mission de service public<sup>114</sup>. Enfin, s'il fallait considérer que seuls les contrats d'importance, en dehors de toute autre considération ou critère, comme l'a affirmé A. de LAUBADERE<sup>115</sup>, devaient tomber dans la catégorie des contrats administratifs, alors il est évident que les contrats de partenariats, qui mettent en jeu des sommes considérables, devaient en faire partie, au nom de l'intérêt général qui s'attache à la bonne gestion des deniers publics d'une part, et de l'importance des infrastructures, le plus souvent, édifiées par ce mode contractuel, d'autre part.

Mentionnons également les dispositions de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse de l'an VIII selon lequel seule la juridiction administrative est compétente pour statuer sur les litiges relatifs aux marchés de travaux publics. Or, quelle que soit la définition retenue du travail public, la notion d'intérêt général y occupe une place majeure<sup>116</sup>. C'est donc ici l'objet même du contrat, et la relation particulière qu'entretient cet objet avec l'intérêt général, comme dans le cas du service public qui se définit toujours par une mission d'intérêt général, qui fait tomber les contrats qui les portent dans le domaine des contrats administratifs.

---

<sup>114</sup> Interprétation *a contrario* de la règle selon laquelle la gestion du domaine privé d'une collectivité ne représente pas, en soi, une mission de service public : CE, 28 novembre 1975, *ONF c/ Abamonte*, D.1976.355, note J-M. AUBY, TC, 15 janvier 2007, *Ville de Paris*, req. n°3521. L'insistance mise à distinguer la gestion du domaine privé de celle du domaine public laisse effectivement accroître à l'idée que leur appartenance au champ des missions de service public n'est pas un trait commun.

<sup>115</sup> A. de LAUBADERE justifiait l'exclusion de certains marchés publics du champ des contrats administratifs : « la jurisprudence s'est avisée qu'il était excessif de les considérer tous comme étant administratifs, car c'est surtout dans cette catégorie de contrats que se rencontrent fréquemment des conventions d'importance mineure conclues dans les conditions du droit commun », in *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, 1956, cité in F. MODERNE, *Faut-il vraiment « administrativiser » l'ensemble des marchés publics*, art. cit.

<sup>116</sup> Deux définitions sont admises du travail public, celle issue de l'arrêt CE, 10 juin 1921, *Commune de Monségur*, Rec. 573, RDP 1921.361, concl. L-F. CORNEILLE, note. G. JEZE : travaux exécutés pour le compte d'une personne publique dans un but d'utilité générale et TC, 28 mars 1955, *Sieur EFFIMIEFF*, Rec. 617 travaux exécutés par une personne publique dans le cadre d'une mission de service public.



En ce qui concerne les critères jurisprudentiels, il est tout d'abord à rappeler que la qualité organique des parties joue un rôle important dans la qualification du contrat. La conclusion d'un contrat entre deux personnes publiques est présumé administratif, à moins, « *eu égard à son objet, il ne fait naître entre les parties que des rapports de droit privé* »<sup>117</sup>. Si une personne publique agit pour l'intérêt général, alors la rencontre contractuelle de deux ou plusieurs personnes publiques laisse effectivement présumé du fort intérêt général qui s'attache à leur contrat. Mais, comme le rappelle le Tribunal des conflits, cette présomption d'administrativité des contrats conclus entre deux personnes publiques n'est ni automatique, ni générale, ni absolue.

Par ailleurs, si les contrats passés entre personnes privées sont, par principe<sup>118</sup>, des contrats de droit privé, certains, parce qu'ils mettent en cause des missions sensibles visant à satisfaire l'intérêt général, sont administratifs. Ainsi en est-il lorsqu'une personne privée conclut des contrats avec d'autres personnes privées en vue de la réalisation d'infrastructures routières nationales, missions qui « *appartiennent par nature à l'Etat* »<sup>119</sup>, ou encore, lorsque qu'une personne privée agit par « mandat »<sup>120</sup> et « *pour le compte* » d'une personne publique<sup>121</sup>.

Enfin, lorsqu'une personne publique conclut un contrat avec une personne privée, trois critères alternatifs permettent de discriminer les contrats administratifs. Il s'agit soit de la présence au sein du contrat de clauses dites exorbitantes du droit commun<sup>122</sup>, soit de la participation à l'exécution même du service public<sup>123</sup>, soit encore du recours à la technique dite

---

<sup>117</sup> Décision de principe : TC, 21 mars 1983, *Union des assurances de Paris*, req. n°02256, Rec.537, D. 1984.33 note J-B. AUBY et G. HUBRECHT

<sup>118</sup> TC, 3 mars 1969, *Société Interlait*, req. n° 01926, Rec. 682, RDP 1969.695, note M. WALINE

<sup>119</sup> TC, 8 juillet 1963, *Société entreprises Peyrot*, req. n° 01804, Rec. 787, D. 1963.534, concl. C. LASRY, note P.JOSSE, RDP 1963.776

<sup>120</sup> Sur la question du mandat administratif, voir les conclusions de B.GENEVOIS sous TC, 12 novembre 1984, *Société d'économie mixte du tunnel de Sainte-Maire-aux-Mines*, req. n°02356, AJDA 1985.156

<sup>121</sup> CE Sect., 30 mai 1975, *Société d'équipement de la région montpelliéraine*, req. n°86738, Rec.326, D.1976.3, note F. MODERNE

<sup>122</sup> CE, 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, req. n° 30701, Rec.909, D.1916.3.35, concl. L. BLUM, RDP, 1914.145, note G. JEZE

<sup>123</sup> CE Sect., 20 avril 1956, *Epoux BERTIN*, req. n° 98637, Rec. 167, RDP 1956.869, concl. M.LONG, note M. WALINE

d'identification directe, par la soumission législative d'un contrat à un régime exorbitant du droit commun<sup>124</sup>.

L'application de ces critères qui amènent à la qualification de contrat administratif induit deux conséquences : d'une part, la juridiction administrative est seule à connaître des litiges y relatifs, et d'autre part l'application d'un régime exorbitant du droit commun<sup>125</sup>. Ce régime offre à la personne privée des instruments la mettant en position de toujours obtenir non seulement la réalisation de l'objet du contrat (théorie de l'imprévision, pouvoir de décision unilatérale), mais encore d'en obtenir une exécution conforme (pouvoir de modification unilatérale, pouvoir de contrôle, pouvoir de sanction) à défaut de quoi, elle peut résilier unilatéralement le contrat, notamment, lorsque justement l'intérêt général s'oppose à sa continuation, lorsque le contrat est devenu « inutile à l'intérêt général »<sup>126</sup>

L'intérêt général colore donc de façon particulière le contrat administratif et finit par lui offrir cette qualification. Or, l'intérêt général peut être vecteur de solidarité, ce qui fait du contrat administratif, potentiellement, un instrument de la solidarité.

#### *B. L'intérêt général, vecteur de la solidarité dans le contrat administratif*

Cette fonction de l'intérêt général dans le contrat administratif offre deux angles d'intégration à la solidarité.

De première part, nous pourrions parler d'une solidarité verticale. Nous entendons par là, la solidarité, c'est à dire l'interdépendance, de l'Administration et des administrés. Nous avons vu que, quelle que soit la position doctrinale adoptée, l'Etat et les personnes publiques n'existent que parce qu'elles sont nécessaires aux individus qui composent la société. Que la

---

<sup>124</sup> CE Sect. 19 janvier 1973, *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant*, req.n° 82338, Rec. 48, CJEG 1973.239, concl. M. ROUGEVIN – BAVILLE, note B. CARRON. Ceci étant, l'application de ce critère est rarissime, et le Conseil d'Etat semble hésiter à assurer sa pérennité : CE, 1er juillet 2010, *Société Bioenerg*, req. n° 33275, AJDA 2010.1341

<sup>125</sup> Pour une étude approfondie, voir L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, L.G.D.J., 7<sup>ème</sup> éd. Paris, 2010, p.131 et s. et spéc. p.237 et s.

<sup>126</sup> A. DE LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, op. cit. T.1, p.710.

société façonne l'Etat, selon un principe d'immanence, ou que l'Etat soit transcendant à la société importe peu dans la présente réflexion. Ce qui importe est de constater que les personnes publiques ne doivent leur existence qu'à un regroupement d'hommes. Ce regroupement, appelé société, doit atteindre une taille critique en deçà de laquelle, les fonctions assumées par l'Etat peuvent se diluer dans la masse des individus : il s'agit là de sociétés sans Etat<sup>127</sup>. Autant la société peut donc émerger et fonctionner sans Etat, c'est-à-dire sans monopolisation de la coercition, autant, il semble difficile de concevoir un Etat sans société. Pour son existence même, l'Etat est dépendant de la société. Il en est de même des collectivités territoriales qui se définissent d'ailleurs comme des « *entités de droit public correspondant à des groupements humains géographiquement localisés sur une portion déterminée du territoire national, auxquels l'Etat a conféré la personnalité juridique et le pouvoir de s'administrer par des autorités élues* »<sup>128</sup>. Enfin, les personnes autres que l'Etat et les collectivités susceptibles de conclure des contrats administratifs s'inscrivent dans la même logique. Elle est en effet extensible à toutes les autres personnes susceptibles de passer des contrats administratifs (les personnes publiques secondaires) lorsqu'elles agissent par une forme de délégation, de déconcentration fonctionnelle, de « mandat », etc. émanant des personnes publiques primaires. Le contrat administratif est un moyen, avec les actes unilatéraux de puissance publique, pour l'Etat et l'Administration de réaliser leur finalité et de justifier par là leur existence.

Dans le sens inverse, la société et les individus qui la composent, dans les systèmes sociaux non premiers, dépendent fortement de la réalisation de leurs missions d'intérêt général par les personnes publiques. Lorsque les personnes publiques contractent, elles le font au bénéfice de l'intérêt général. Gaston JEZE exposait que : « *Le contrat administratif est toujours contracté pour assurer le fonctionnement d'un service public. Le contractant est essentiellement un collaborateur au fonctionnement du service public* (c'est l'auteur qui souligne). *L'intérêt général du fonctionnement régulier et continu du service public l'emporte sur l'intérêt particulier du contractant* »<sup>129</sup>. Nous ne pouvons aujourd'hui considérer comme exact un tel

---

<sup>127</sup> Voir P.CLASTRES, *La société contre l'Etat, Recherches d'anthropologie politique*, Editions de Minuit, Paris, 1974

<sup>128</sup> Article « Collectivités territoriales », S.GUINCHARD et T.DEBARD ( dir.), *Lexique des termes juridiques*, 18<sup>ème</sup> éd. Dalloz, Paris, 2011

<sup>129</sup> G.JEZE, *Contrats administratifs de l'Etat, des départements, des communes et des établissements publics*, Girard, Paris, 1927, T.2, p.245

raisonnement. Soit il aboutirait à une extension infinie de la notion de service public, soit à un rétrécissement considérable du champ recouvert par le concept de contrat administratif. Mais nous pouvons, au vu des développements précédents affirmer que « le contrat administratif est toujours contracté pour assurer la réalisation d'un but d'intérêt général particulièrement prégnant. L'intérêt général l'emporte sur l'intérêt particulier du contractant ». Là se crée l'interdépendance entre les personnes publiques et les administrés.

Par ailleurs, le contrat administratif révèle l'existence d'une solidarité que nous pourrions appelé horizontale, une solidarité qui se noue entre les parties à ces contrats. Frédéric LOMBARD estime que : « (Le contrat, civil et administratif), *est une œuvre commune, instrument de coopération en vue de la réalisation de ce que chacun des contractants recherche. Certes les objectifs ne sont pas les mêmes. Cependant, les deux objectifs se rencontrent en se confortant car chacun a besoin de l'autre pour le réaliser* »<sup>130</sup>. L'Administration est dépendante de ses cocontractants en ce qu'ils lui fournissent les moyens de la réalisation de ses missions d'intérêt général. L'apparition du « contractualisme »<sup>131</sup>, le développement exponentiel des contrats conclus par l'Administration, le rôle social joué par le contrat dans la direction des affaires sociales, tendent à faire prendre conscience du besoin contractuel de l'Administration pour réaliser ses missions. Il est à ce point devenu un instrument décisif de l'action administrative que le Conseil d'Etat lui a même consacré un rapport entier<sup>132</sup>. Les cocontractants, quant à eux, sont également intéressés à la pleine et entière réalisation du contrat, sous peine de manquer la réalisation de leur intérêt propre. Et nous savons que l'Administration dispose de pouvoirs non négligeables pour forcer le cocontractant à s'exécuter (imprévision, résiliation sanction, etc.). Le contrat administratif, finalement comme tout contrat, est également le lieu d'une dépendance réciproque des parties.

Il apparaît ici qu'il existe donc une relation de transitivité directe entre le contrat administratif, l'intérêt général et la solidarité. Le contrat administratif est porteur d'un intérêt général, lui même vecteur de solidarité.

---

<sup>130</sup> F.LOMBARD, *La cause dans le contrat administratif*, Thèse, op.cit. p.380

<sup>131</sup> Pour une étude complète voir L.RICHER, *Droit des contrats administratifs*, op.cit. et spéc. p. 47 et s.

<sup>132</sup> Conseil d'Etat, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, Rapport public, La Documentation française, Paris, 2008.

Le présent chapitre avait pour but de démontrer que le contrat administratif pouvait être vu comme un moyen de solidarité, en réponse à notre réinterprétation du solidarisme contractuel. Nous nous sommes, pour ce faire, attachés à montrer d'abord que la solidarité est un principe qui, loin d'être étranger au droit administratif, en est directeur. Puis nous avons développé un raisonnement selon lequel c'est par l'intérêt général dont est porteur spécifiquement le contrat administratif que la solidarité pénètre le droit public contractuel.

## **PARTIE II : LES INDICES DU SOLIDARISME CONTRACTUEL EN DROIT PUBLIC**

*Dans la partie précédente, nous avons montré l'existence d'une possibilité logique d'admission en droit de la doctrine politique du solidarisme. A cette fin, et après avoir effectué une relecture de la théorie du solidarisme contractuel, nous avons montré l'intérêt d'identifier le contrat comme moyen de la solidarité, dont le principe est largement admis en droit public et également, de façon implicite, en droit des contrats administratifs. Nous nous devons désormais de rechercher si ces considérations ont trouvé un écho favorable, ou sont susceptibles d'en trouver un, en droit positif. Nous voulons, en bref, rechercher les conditions formelles et les indices potentiels que laisserait le solidarisme contractuel une fois introduit en droit public. Une telle démonstration devra dans un premier temps s'attacher à apprécier qualitativement l'efficacité des mécanismes d'échanges entre le système juridique et les autres systèmes sociaux (Chapitre I), avant de tenter d'isoler, dans un second temps, une évolution récente et substantielle du droit des contrats administratifs (Chapitre II).*

## **CHAPITRE I : Du dialogue du droit considéré comme système social avec le solidarisme contractuel**

La question qui nous intéresse ici est de chercher à établir les relations discursives qui sont susceptibles de s'établir entre différents systèmes de langage. En effet, si le solidarisme est une notion d'abord politique, l'établissement de la réalité de son introduction en droit nécessite d'en identifier les mécanismes. De sorte que la caractérisation préalable du droit comme système social constitue une prémisse nécessaire et indispensable (I). De la conception que nous retiendrons du droit, nous identifierons l'équité comme source de dialogue du système juridique (II).

### **I. Le droit comme système social**

Depuis maintenant une trentaine d'années, nombre de sociologues et de philosophes se sont intéressés à l'objet juridique. De ces travaux sont nés un certain nombre de théories, dont notamment celle, d'une part, du philosophe Jürgen HABERMAS et celle, d'autre part, de Günther TEUBNER et Niklas LUHMANN, que nous présenterons (A). Opérant un choix méthodologique en faveur de la seconde théorie, nous le justifierons en tentant d'en approfondir la portée (B).

#### *A. Les théories du droit considéré comme système social*

Si nous rejetons le système idéal d'HABERMAS car inopérant (1), nous nous montrons plus favorables à la présentation que produit LUHMANN du droit comme système autonome et ouvert (2).

##### 1) Le droit dans l'agir communicationnel : un système inopérant

Dans un article de synthèse très instructif, le Professeur Benoît FRYDMAN s'intéresse aux nouveaux rapports entre droit et économie en présentant trois hypothèses concurrentes de systématisation<sup>133</sup>. Nous tenterons ici d'en reproduire la substance. Nous prenons le parti

---

<sup>133</sup> B. FRYDMAN, *Les nouveaux rapports entre droit et économie : trois hypothèses concurrentes*, in T.KIRAT et E.SERVERIN (dir.), *Le droit dans l'action économique*, C.N.R.S. éditions, Paris, 2000.

d'éliminer de premier abord la référence à la *Law and economics* et l'analyse économique du droit dans la mesure où notre étude porte sur les relations entre politique et droit. En revanche, nous nous intéresserons de façon plus approfondie à l'étude des systèmes de Jünger HABERMAS et de TEUBNER/LUHMANN. En effet, ces deux théories sociologiques du droit ne se cantonnent pas uniquement aux relations entre droit et économie, mais embrassent plus largement la question de la place du droit dans la société.

Avant d'aller plus avant, précisons tout de même que leur caractéristique commune, qui fait justement l'intérêt de ces théories, est de replacer le droit dans un environnement social. Nous entendons par environnement social, l'ensemble des systèmes et mécanismes d'appréhension par le langage des réalités purement humaines, ainsi que les réalités purement factuelles. Nous laissons donc de côté les systèmes de pensée de la nature, représentés par les sciences naturelles. Il s'agit, notamment et non exhaustivement, des systèmes politiques, économiques, culturels, religieux, moraux, etc. C'est d'ailleurs la vision adoptée par les deux théories que nous entendons étudier (« *HABERMAS, d'accord avec LUHMANN, diagnostique l'émergence, au sein des sociétés modernes, de sous-systèmes autonomes* »<sup>134</sup>).

Jünger HABERMAS considère la société comme composée principalement des sous-systèmes économique et administratif<sup>135</sup>. Dans la vision habermasienne, le droit n'est pas considéré comme un système à part entière. Le droit est un « *medium* » entre les deux sous-systèmes définis. En ce sens, le droit a pour fonction institutionnalisée de créer les conditions de fonctionnement optimales de l'appareil d'Etat et du marché. En réalité, dans la droite lignée de sa philosophie générale développée dans sa *théorie de l'agir communicationnel*, Jünger HABERMAS considère le droit comme un flux de communications. Le droit est donc vu comme un mode de langage permettant une coordination des acteurs au sein des deux autres systèmes sociaux. Le droit selon Jünger HABERMAS est, nous dit Benoît FRYDMAN, « *une courroie de transmission* »<sup>136</sup>. En tant que non système, et surtout en tant que mode de communication, la validité de la proposition juridique est soumise à l'éthique de

---

<sup>134</sup> B.FRYDMAN, art. cit. p.12

<sup>135</sup> L'étude du système de J. HABERMAS se fonde à la fois sur l'article précité de B. FRYDMAN et surtout sur l'essai fondateur d'HABERMAS, *Droit et démocratie*, NRF Essais, Gallimard, Paris, 1997.

<sup>136</sup> B. FRYDMAN, art. préc. p.13



la discussion. Selon cette approche, le droit n'est donc en rien coupé du monde réel, puisque n'étant pas un système, il n'est pas clos sur lui-même.

La théorie d'HABERMAS offre toutefois le flanc à une double critique. De première part, il est établi et indiscutable que le droit est composé de deux types de normes : les normes que nous appellerons projectives, en ce sens qu'elles ont vocation à s'appliquer dans le monde réel, et les normes réflexives qui, elles, n'ont pour but que le droit lui-même : ce sont les normes qui conditionnent la validité des autres normes. Cette distinction correspond peu ou prou à la distinction établie par Hans KELSEN entre les normes statiques et les normes dynamiques, ou encore, chez Norberto BOBBIO, la distinction entre normes de premier et de second ordre<sup>137</sup>. Selon Jünger HABERMAS, c'est l'éthique de la discussion qui conditionne la validité des normes juridiques. La conséquence de cette qualification est d'expurger les normes réflexives du système juridique. Ce qui signifie donc que les normes de validité des autres normes sont insusceptibles d'être saisies par le droit. Le juge ne peut donc plus statuer sur la validité de la norme à laquelle il est confronté. Se pose donc le problème du contrôle de légalité et, de manière générale, de la validité statique (c'est à dire la validité de la procédure d'édiction de la norme) des normes juridiques.

De deuxième part, Jünger HABERMAS conçoit cette vision du droit dans le système global de sa théorie de l'agir communicationnel. Or, nous savons qu'il s'agit là d'une prescription philosophique. Les théories de Jünger HABERMAS à ce sujet ont largement été critiquées<sup>138</sup> et n'ont, en toute hypothèse, pas véritablement de valeur descriptive globale : Jünger HABERMAS reconnaît d'ailleurs lui-même l'inexistence d'un tel système et appelle de ses vœux sa mise en place<sup>139</sup>. Le droit comme médium ne peut donc se concevoir que dans un système où la société civile est effectivement un espace de discussion. La théorie du droit

---

<sup>137</sup> Théorie kelsenienne : H.KELSEN, *Théorie pure du droit*, Collection philosophie du droit, Dalloz, Paris, 1962 (trad.. Ch. EISENMANN) et spéc. Titre IV « *statique du droit* », p.149 et s. et Titre V « *dynamique du droit* », p. 255 et s. Pour une étude complète et critique, voir N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, Bruylant L.G.D.J., Paris, 1998, et notamment le Chapitre 1 « *La norme* » de la deuxième partie, p.107 et s. et spéc. p.131 - 132

<sup>138</sup> Voir notamment, J.LENOBLE, « *Droit et communication : J.HABERMAS* », in P. BOURETZ (dir.), *La force du droit, panorama des débats contemporains*, Editions ESPRITS, Paris, 1991, p.163 et s. qui critique l'approche du problème de l'incomplétude du système habermassien.

<sup>139</sup> J-C. BILLIER, A.MARYIOLI, *Histoire de la philosophie du droit*, Armand COLIN, Paris, 2001, p.295.

comme médium présente donc une valeur descriptive nulle. C'est la raison pour laquelle nous ne pourrions y recourir dans la suite de notre étude.

2) La théorie des systèmes sociaux autopoïétiques autoréférentiels : un système juridique du dialogue social<sup>140</sup>

La théorie autopoïétique et autoréférentielle du droit est une construction logique issue de la pensée de Günther TEUBNER et Niklas LUHMANN, en prenant appui sur les travaux en biologie de Humberto Maturana et Francisco Varela<sup>141</sup>. L'autopoïèse est la capacité d'un être vivant à se reproduire lui-même, reproduction conditionnée par réaction à la modification de son environnement.

Selon les auteurs, la société est un système divisé en sous-systèmes autonomes, dont le droit fait partie (acceptant cette assertion, nous n'utiliserons par suite que le terme de « système » pour désigner les « sous-systèmes », d'une part parce que systèmes et sous-systèmes se comportent exactement de la même façon et d'autre part pour des raisons évidentes d'allègement d'écriture). L'apparition des systèmes résulte d'un besoin de réduction de la complexité du réel et permet ainsi de stabiliser les attentes normatives de comportement. Ils sont donc constitutifs d'une représentation organisée du monde réel. L'apparition d'un système autonome ne résulte pas d'une nécessité mais d'une contingence historique : en effet, un système autonome naît d'un « *hasard de l'évolution qui aboutit, affirme TEUBNER, à l'émergence de certaines distinctions qui s'imposent grâce au développement de cercles autoréférentiels fondées sur des discours spécialisés devenant de plus en plus autonomes* »<sup>142</sup>.

Comme tout système, les systèmes sociaux usent d'un code d'inclusion/exclusion. Ce code, en ce qui concerne le droit, est un code binaire légal/illégal. Ainsi, tout ce qui se conçoit selon

---

<sup>140</sup> Outre l'étude précitée de B. FRYDMAN, *Les nouveaux rapports entre droit et économie : trois hypothèses concurrentes*, nous nous basons ici sur l'article de N. LUHMANN, *Le droit comme système social*, *Droit et société*, n° 11/12, 1994, p. 53 et s.

<sup>141</sup> Dont l'article fondateur : F. VARELA, H. Maturana et R. URIBE, « *Autopoiesis: The organization of living systems, its characterization and a model* », *Revue Biosystems* Volume 5, Issue 4, Amsterdam, mai 1974, p. 187 et s.

<sup>142</sup> G. TEUBNER, « *La théorie des systèmes autopoïétiques* », entrevue de Günther TEUBNER, in *Journal M*, n°44, février 1991 cité par J.-C. BILLIER, A. MARYIOLI, *Histoire de la philosophie du droit*, op. cit. p.298

la dialectique légal/illégal est juridique. La confrontation d'un fait réel à cette opposition fait du discours le concernant un discours juridique. Ce code de différenciation systémique permet de canaliser l'activité humaine selon un champ de représentation particulier et conduit ainsi à la réduction de la complexité du réel. C'est le caractère autoréférentiel des systèmes sociaux conçus par TEUBNER et LUHMANN. Mais l'usage de ce code, en ce qu'il opère une inclusion/exclusion permet également la clôture du système. Ainsi, tout ce qui n'est pas analysé selon ce code est en dehors du système du droit. Cette clôture aboutit alors à l'autonomisation du droit de la morale ou de la sphère religieuse par exemple, qui useront, respectivement, des codes bon/mal et dogmatiquement accepté/refusé. En tant que représentation, le système est donc clos sur lui-même et admet un fonctionnement réflexif.

Ce fonctionnement réflexif est la source de son autopoïèse. Il nous faut bien comprendre ici que s'il existe structurellement une clôture normative, celle-ci n'implique pas de fermeture cognitive. En effet, si le système ne tournait qu'en vase clos, il ne s'agirait pas d'un système autopoïétique mais d'un système tautologique. Justement, l'autopoïèse met au cœur de son raisonnement les relations entre environnement et système. Si le système est clos, il n'en entretient pas moins des relations avec son environnement. Ces relations sont caractérisées par un processus d'adaptation. L'autopoïèse permet le transfert de la normativité vers de nouvelles propositions que le système intègre alors, mais selon une opération qui lui est propre. C'est ici l'autre caractéristique de l'autopoïèse que d'assurer lui-même, selon ses propres modes opératoires sa propre reproduction. Cet outil conceptuel laisse découvrir des potentialités méthodologiques importantes.

### *B. Approche critique du système de TEUBNER – LUHMANN et validation de la théorie*

La théorie que nous venons de présenter recèle, selon nous, de nombreux atouts méthodologiques et résiste à sa confrontation avec le réel.

Tout d'abord, cette théorie a le mérite de coller aux représentations de la dogmatique juridique et de la théorie juridique du droit. L'autonomie du droit et la spécificité de sa

représentation sont en effet un leitmotiv des penseurs de formation juridique<sup>143</sup> : « *la théorie sociologique s'efforce de reconstruire non seulement les comportements, mais encore les représentations des juristes ou, du moins, la façon dont le système juridique engendre des auto-observations et des autodescriptions* »<sup>144</sup>. Et de fait, force est de constater la très grande proximité du système autopoïétique juridique avec les représentations générées par ses acteurs. Le droit est façonné par le droit lui-même, conformément à la logique de l'autopoïèse et non par d'autres systèmes sociaux, mais la théorie permet tout à la fois que le droit conserve une « *connexion potentielle* »<sup>145</sup> avec les faits et, par conséquent, les objets d'autres systèmes. L'importance tant quantitative que qualitative des institutions spécialisées dans le droit, au sein des sociétés modernes est un signe de la justesse de la proposition théorique (nous pensons ici, notamment et non exhaustivement, aux institutions d'enseignement du droit, faculté, écoles professionnelles, aux institutions de jugement, qui se multiplient et se spécialisent, aux institutions d'édiction du droit, etc.)

La théorie de TEUBNER – LUHMANN, par la dissociation des codes, et donc la spécialisation des systèmes de représentations, permet également d'appréhender l'écart entre le droit et la justice. Nous ne reviendrons pas sur les nombreuses controverses philosophiques qui ont émaillé l'histoire de la théorie du droit à ce sujet. Le terme de justice recouvre un jugement de valeur. Vu sous l'angle de ce modèle théorique, nous comprenons que la valeur positive de référence peut être située au sein du code légal/illégal ou au sein du code bien/mal. Or, selon que l'on soumet à l'un ou l'autre de ces codes l'idée de justice, celle-ci deviendra soit un objet juridique soit un objet moral. La théorie des systèmes sociaux permet donc de rendre compte des oppositions de nature dans la polysémie du concept de justice. Cet argument dénote bien, encore une fois, sa force explicative.

---

<sup>143</sup> Ainsi, le refus de la soumission du droit à l'économie est le point de départ de tout le courant du droit économique français emmené par Gérard FARJAT (not. *Pour un droit économique*, Presses Universitaires de France, 2004).

<sup>144</sup> N.LUHMANN, *Le droit comme système social*, art. cit. p.61

<sup>145</sup> G.TEUBNER, « *La régulation de la société par le droit réflexif* », in G. TEUBNER, *Le droit, un système autopoïétique*, Coll. Les voies du droit, Presses Universitaires de France, Paris 1993

Une autre controverse de fond est résolue par cette théorie. Les débats savants se sont souvent opposés sur la qualité de la norme et sa nature<sup>146</sup>. De la réponse à ces questions dépendait la nature du droit et surtout ses limites. Or, la théorie des systèmes sociaux permet d'évacuer la question et n'en fait plus un point nodal du raisonnement. En effet, est juridique tout ce qui est soumis au code légal/illégal. Si elle ne répond pas à la question de la nature de la norme en tant que telle, au moins permet-elle d'avancer en offrant une délimitation claire et sûre de l'objet « droit ».

En cela, elle permet également d'éviter l'écueil de la pensée de Jünger HABERMAS sur les normes réflexives. Les normes de validité juridique se trouvent ici justement constituer la limite du système. L'appréciation de la validité juridique d'une proposition, au sens où cette proposition satisfait aux exigences des normes de second ordre, est totalement intégrée à l'opération originelle programmée par le code légal/illégal. Elle représente ici un préalable nécessaire à l'admission du caractère valide de la proposition, et un outil redoutable pour le juge, contrairement à la théorie de Jünger HABERMAS au sein de laquelle il en était privé. Nul ne songerait en effet à affirmer que le contrôle de légalité administrative, par exemple, est une chimère juridique. Il représente un caractère nécessaire du droit, exactement rendu et remis à la place qu'il mérite.

Enfin, en tant que système de représentation du réel, la théorie des systèmes autopoïétiques est avant tout un système de langage. Le droit catégorise discursivement le réel (les choses et les personnes, par exemple) sans en modifier la substance. Elle leur attribue un régime qui n'est propre qu'en droit (un contrat, par exemple, est certes un acte économique, en ce qu'il représente un transfert de propriété et de valeur économique, mais également un acte juridique puisque qu'il crée des obligations qui ne valent qu'en droit), et modifie le réel par le langage (c'est effectivement un acte de communication, un jugement, par exemple, qui va ordonner la destruction d'un immeuble irrégulièrement construit). De cet état – le droit est un langage, caractéristique d'ailleurs mise en avant par Norberto BOBBIO<sup>147</sup> – il en résulte la place importante prise par le raisonnement et l'argumentation. Or, il est évident à tout juriste que la

---

<sup>146</sup> Michel TROPER y accorde un long développement dans son ouvrage *Philosophie du droit*, Coll. Que-sais-je ?, Presses Universitaires de France, Paris, 2003.

<sup>147</sup> N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, op. cit.

pratique judiciaire du droit est d'abord et avant tout un exercice d'argumentation, tout comme sa pratique législative<sup>148</sup>.

Les arguments qui précèdent tendent à démontrer le caractère opérationnel de cette théorie. Elle acquiert alors un caractère de vérité, en ce sens que l'idée du droit système autopoïétique autoréférentiel est en adéquation avec la réalité. La justesse descriptive de cette doctrine nous permet ainsi d'y recourir sans risques pris outre mesure. D'autre part le droit comme système social correspond à une approche offrant la possibilité de penser la relation aux autres systèmes : de première part parce que l'autopoïèse est une théorie des relations de l'entité avec son environnement et de seconde part parce que les échanges sont facilités par l'identité de nature des différents systèmes sociaux. En effet, nous ne nous sommes attachés qu'à l'étude du droit comme système social, mais la théorie de LUHMANN est plus générale<sup>149</sup>.

Ainsi, la connexion des systèmes est pensée dans cette théorie par la notion d'élasticité. Plus un système est élastique à son environnement, plus il s'y adaptera de façon rapide, mais plus il sera instable. Plus il est rigide, plus il contraindra les autres systèmes à s'adapter à lui, mais plus il risque de perdre prise avec le monde vécu. Or, le droit, en tant qu'il est porteur d'une fonction de stabilisation des attentes de comportement ne saurait être trop élastique à son environnement et aux autres systèmes sociaux. Il ne pourrait être non plus être trop rigide, car, en tant justement que système social, il doit y rester attaché.

Günther TEUBNER a proposé l'instauration de structures mixtes pour favoriser les échanges intersystémiques<sup>150</sup> visant à la régulation du droit. Mais nous pensons que certaines notions purement juridiques peuvent constituer de telles structures. D'ailleurs, il s'agit ici d'un

---

<sup>148</sup> Se remémorer ici l'exemple de KELSEN est un exercice intéressant : « *Des hommes se réunissent dans une salle, ils prononcent des discours, les uns lèvent la main, les autres ne la lèvent pas, - voilà le processus extérieur. Juridiquement, il signifie qu'une loi est votée, que du droit est créé ;* ». (*Théorie pure du droit*, op.cit. p.3) Cet exemple montre la dissociation des significations subjectives et objectives des actes humains. C'est par le biais d'un discours particulier, le droit, que les actes décrits produiront des effets juridiques objectifs dans la communauté réelle des hommes. La théorie de TEUBNER – LUHMANN est un système qui prend en compte cet particularité.

<sup>149</sup> Voir B. FRYDMAN, *Les nouveaux rapports entre droit et économie : trois hypothèses concurrentes*, art. cit. p. 9

<sup>150</sup> J-C. BILLIER, A.MARYIOLI, *Histoire de la philosophie du droit*, op. cit. p. 301

approfondissement de ce que Benoît FRYDMAN avait remarqué dans les écrits de Niklas LUHMANN : abordant la question du « *couplage* » entre différents systèmes sociaux (en l'espèce droit et économie), il affirme : « *Une autre option, souvent relevée par LUHMANN et ses commentateurs, consiste à transformer la composante conditionnelle des normes juridiques en une composante téléologique (c'est l'auteur qui souligne). En d'autres termes, il s'agit de lier explicitement l'application de certaines règles à l'accomplissement d'un but déterminé, à la mesure des intérêts (c'est l'auteur qui souligne) en présence, pour faire prévaloir le plus important ou imposer une certaine balance* »<sup>151</sup>. Il nous semble ici que la notion juridique d'équité peut constituer un mode de connexion intersystémique.

## II. L'équité, notion d'ouverture vers la solidarité en droit

Si le droit est effectivement un système social, il doit pouvoir évoluer en même temps que la société. Nous avons montré que la théorie de TEUBNER – LUHMANN permettait cette approche. Dans les composantes de la connexion du système juridique avec d'une part le monde vécu et d'autre part, les autres systèmes sociaux, dont le système politique, pour ce qui nous intéresse, nous tenterons de démontrer ci – après que l'équité, en tant que notion juridique peut être vue comme le vecteur d'une forme de perméabilité. En effet, les caractères de l'équité lui permettent de satisfaire aux exigences posées par la théorie des systèmes autoréférentiels autopoïétiques (A). Par ailleurs, si elle n'est sûrement pas la seule notion juridique à adopter ces caractéristiques, les liens qu'elle entretient avec la solidarité nous a conduit à la privilégier (B).

### A. *Equité et théorie des systèmes sociaux de TEUBNER – LUHMANN : une équation solide*

Le statut de l'équité en droit a fait l'objet de nombreuses controverses. Pourtant, s'il s'agit d'une notion dangereuse pour le droit, elle n'en reste pas moins juridique (1). Mais elle présente également l'avantage de rester aux prises avec la société, en corrigeant les excès du

---

<sup>151</sup> B. FRYDMAN, *Les nouveaux rapports entre droit et économie : trois hypothèses concurrentes*, art. cit. p. 10

droit pur (2). Or, ces deux caractères lui permettent d'accéder au rang de mécanisme de couplage, tel que nous l'avons défini dans la partie précédente.

### 1) Une notion juridique à user modérément

A la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, juristes et profanes furent saisis des frasques du Président MAGNAUD du Tribunal de première instance de Château-Thierry : ce magistrat avait décidé de ne juger qu'en équité, « *d'appliquer la loi humainement* »<sup>152</sup>. Loué par certains, condamné par d'autres, notamment GENY et la majorité des juristes<sup>153</sup>, cet épisode révéla l'ambiguïté de l'équité en droit.

L'équité peut être défini par « *la réalisation suprême de la justice, allant parfois aux delà de ce que prescrit la loi* »<sup>154</sup>. Équité et justice entretiennent donc des rapports pour le moins conflictuels. Elle reflète ainsi la polysémie de la justice, et pour cause, elle en représente la quintessence, à en croire la définition donnée. Comme nous l'avons vu précédemment, la justice peut appartenir à la fois au système juridique comme au système moral, ou encore au système politique, lorsqu'il s'agit de justice sociale. Pourtant, l'équité est indéniablement une notion juridique. Elle est avant tout attachée à l'égalité en droits, et corrige ainsi les excès de l'égalité formelle. Elle permet au système juridique de continuer à se baser sur le dogme de l'égalité formelle tout en limitant les effets sociaux délétères : « *l'égalité formelle, nous dit FOULETIER, ne sera jamais juste si elle ne se mâtime pas un tant soit peu d'équité, c'est-à-dire une prise en compte des différences sociales et juridiques réelles.* »<sup>155</sup>. L'équité peut même aboutir, dans ses effets les plus spectaculaires, à renverser le principe de l'égalité formelle. Elle conduit alors à la segmentation sociale des droits en fonction de critères non juridiques<sup>156</sup>.

---

<sup>152</sup> H. LEYRET, *Les nouveaux jugements du président MAGNAUD*, SCHLEICHER Frères, Paris, 1903

<sup>153</sup> H. LEYRET, *op.cit.* p.3

<sup>154</sup> Article « Équité », S.GUINCHARD et T.DEBARD ( dir.), *Lexique des termes juridiques*, 18<sup>ème</sup> éd. Dalloz, Paris, 2011,

<sup>155</sup> M. FOULETIER, *Recherches sur l'équité en droit public français*, Thèse, Bibliothèque de droit public, L.G.D.J., T.229, Paris, 2003, p. 206 - 207

<sup>156</sup> F.MELIN-SOUCRAMANIEN, *Solidarité, égalité et constitutionnalité*, art. cit



Mais dans ses excès, l'équité peut aboutir à une destruction complète du raisonnement juridique. Ainsi, « *le recours exclusif à l'équité est fondamentalement une démarche subjective ; il interdit que le cheminement du juge soit jalonné de ces bornes que sont d'une part l'attentions aux sources du droit, d'autre part le respect de certains procédés, de méthode finalement* »<sup>157</sup>. Méthode juridique, au sein de laquelle le syllogisme occupe une place à part<sup>158</sup>. Si le raisonnement syllogistique se définit en droit comme l'application d'une règle à un cas particulier, l'équité viendrait à en modifier la majeure partie. En réalité, une application poussée de l'équité reviendrait à anéantir toute règle formelle, et conduirait donc à l'impossibilité d'émettre des jugements argumentés, balayant ainsi une exigence fondamentale et nécessaire du droit. L'équité seule est une destruction du droit. GENY parle même d'un « *système de jurisprudence de pur sentiment* »<sup>159</sup>. C'est donc avec parcimonie qu'elle entre dans le raisonnement du juge administratif, mais elle y côtoie alors des éléments fondamentaux du contentieux.

## 2) Une notion aux côtés du juge administratif

Dans une étude de référence, *Recherches sur l'équité en droit public français*, Marjolaine FOULETIER<sup>160</sup> met en évidence l'importance de la notion d'équité tant dans l'élaboration jurisprudentielle du droit public, que dans son application. Le Président BRAIBANT le confirme : « *Le principe d'équité apparaît comme une sorte de fil rouge, de fil conducteur à travers l'élaboration de la jurisprudence, qui est d'autant plus importante en droit administratif que pendant très longtemps, les textes ont joué un rôle secondaire* »<sup>161</sup>

L'équité agit en effet comme un prisme au travers duquel est saisie, interprétée ou réinterprétée, une norme de droit. Le Commissaire du gouvernement COMBRELLE affirmait d'ailleurs : « *L'idéal auquel doit tendre le juge est de donner à la règle de droit une*

---

<sup>157</sup> Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, Thèse, op.cit. p.20

<sup>158</sup> Ibid. p.54 et s.

<sup>159</sup> F.GENY, *Une passade de jurisprudence : le « phénomène MAGNAUD*, épilogue à la seconde édition de *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, réed. L.G.D.J., Paris, 1995,

<sup>160</sup> Thèse, Bibliothèque de droit public, L.G.D.J, Paris, 2003

<sup>161</sup> G.BRAIBANT, *La protection des citoyens à l'égard de l'administration*, in Mélanges HAMON, Economica, Paris, 1982, p.100.

*interprétation claire, limpide et équitable, ceci bien évidemment dans le respect de la lettre et de l'esprit du texte* ». L'interprétation téléologique des textes se réalise donc en ayant recours au concept d'équité. C'est en effet, par exemple, et ainsi que nous l'avons vu plus haut, parce que la notion d'égalité a été réinterprétée à l'aune de l'équité qu'elle a pu produire des effets sociaux positifs. Benoît PLESSIX<sup>162</sup> va même jusqu'à voir en le juge administratif, un « *ministre d'équité* »<sup>163</sup>. Il continue : « *Telle est donc la nature de l'équité : c'est d'être un correctif de la loi* (c'est l'auteur qui souligne), *pour les cas où elle a manqué de statuer à cause de sa généralité* ».

Mais l'équité agit également dans la création de règles nouvelles destinées, sans aucun doute possible, à assurer des fonctions sociales. Ainsi en est-il, par exemple, des règles relatives à la responsabilité. Longtemps, le droit de la responsabilité administrative représentait une coquille creuse, et si l'expression était admise, c'était immédiatement pour en écarter la réalité juridique, en vertu du brocard selon lequel « *le roi ne peut mal faire* ». L'arrêt *Blanco* marqua à ce titre un tournant, bien connu des juristes, au sujet duquel le Doyen HAURIUO affirmait : « *pour bien des raisons de haute politique et d'équité, il est désirable que les préjudices causés par l'administration (...) soient réparés par des indemnités pécuniaires* »<sup>164</sup>. Marjolaine FOULETIER remarque à ce propos que la responsabilité de l'administration résulte de la nécessité de « *concilier les droits de l'Etat avec les droits privés* », selon la lettre de l'arrêt, et que cette exigence de conciliation est au cœur même de l'idée d'équité<sup>165</sup>. De même, expose-t-elle que les fondements de la responsabilité sans faute, pour risques et pour cause de rupture d'égalité devant les charges publiques, ne sont en réalité que des manifestations, plus ou moins immédiates de l'équité<sup>166</sup>. Ainsi, l'équité est-elle, plus ou moins directement, source de droit, en tant que d'elle découle une norme prétorienne nouvelle. Pire, si l'on peut dire, l'équité est parfois à la base de solutions jurisprudentielles à forte fonction sociale (et accessoirement juridique) prises *contra legem*. Yves GAUDEMET remarque par exemple, que l'équité, en ce sens qu'elle est la forme de réalisation la plus noble

---

<sup>162</sup> B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Thèse, Coll. Droit public, éd. Panthéon Assas, Paris, 2003, p.304

<sup>163</sup> L'expression, reprise par PLESSIX, est de J-E-M PORTALIS, issu de l'article IX du Titre V du *Projet de la commission du gouvernement du livre préliminaire du Code civil*.

<sup>164</sup> M.HAURIUO, *Précis de droit administratif*, Paris, 1911, p.476

<sup>165</sup> M. FOULETIER, *Recherches sur l'équité en droit public français*, op.cit. p.74

<sup>166</sup> Ibid. p.75 et s.

de la justice, fonde la décision *Dame Lamotte*<sup>167</sup>. Si nous analysons cette décision au prisme de la théorie de TEUBNER – LUHMANN, nous pourrions dire qu'en l'espèce le juge administratif a interprété de façon téléologique sa propre fonction sociale (la stabilisation des attentes de comportement) en vue d'écarter du système juridique une norme qui, vue sous cet angle, apparaissait illégale.

Cette équité, notion indéniablement juridique, s'avère en outre être un vecteur d'appréhension des faits. Jean RIVERO estime que les constructions de la jurisprudence du Conseil d'Etat mettent « *l'empirisme au service de l'équité* »<sup>168</sup>. Pour cause, puisque c'est l'équité qui, parfois, permet au juge d'exercer sa qualification juridique des faits, soit par une référence à l'équité dans la délimitation de concepts légaux déjà définis, soit par une appréciation équitable des faits d'espèce, et qu'elle lui permet d'exercer également sa fonction juridictionnelle, lorsque, par exemple, l'équité guide son contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation ou encore, le contrôle de proportionnalité<sup>169</sup>. La présence de l'équité dans le raisonnement du juge administratif est confirmée en droit des contrats administratifs par les auteurs du *Traité des contrats administratifs* : « *Plusieurs exemples peuvent-ils être cités dans lesquels le juge administratif, en présence de circonstances profondément nouvelles et par une jurisprudence pénétrée d'empirisme et d'équité, a opéré, sans le dire, une véritable reconsidération de certains obligations contractuelles* »<sup>170</sup>

L'équité est donc une notion aux prises avec le réel, avec le reste du système social qui permet d'imposer une balance des intérêts en présence devant le juge. C'est par un jeu d'interprétations téléologiques que l'équité parvient à modifier l'application de la norme juridique, voire même la norme elle-même. De sorte qu'il appert de façon flagrante que l'équité peut jouer le rôle de notion de connexion entre les systèmes sociaux, telles que définies par Niklas LUHMANN<sup>171</sup>. C'est ainsi que, lorsque l'application d'une règle de droit paraît inadaptée voire choquante, le recours à l'équité se traduit par l'édiction d'un arrêt

---

<sup>167</sup> CE, 17 janvier 1950, *Ministre de l'agriculture c/ Dame LAMOTTE*, RDP, 1951, p.478, concl. DELVOLVE, note WALINE, cité in, Y.GAUDEMET, op.cit. p.238

<sup>168</sup> J. RIVERO, « *la distinction du fait et du droit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat français* », in. Ouvrage collectif, *Le fait et le droit, études de logique juridique*, Bruylant, Bruxelles, 1961, p.465.

<sup>169</sup> M.FOULETIER, op.cit. p. 79 et s.

<sup>170</sup> A. DE LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, op.cit. T.1, p.712

<sup>171</sup> cf. supra

d'espèce<sup>172</sup>, qui peut être vue comme une échappatoire nécessaire à la trop grande rigidité du système juridique. Mais pour que ce caractère soit opérationnel dans la recherche et la démonstration qui nous intéressent, encore faut-il qu'elle entretienne une relation suffisamment étroite avec le principe de solidarité.

### *B. Une relation ambivalente entre équité et solidarité*

Il est indéniable qu'équité et solidarité se retrouvent sur le même plan conceptuel. Leurs relations croisées sont nombreuses. En effet, là où la solidarité ouvre une possibilité d'interprétation dynamique de l'égalité, l'équité en fait un point focal de son raisonnement, lorsque l'équité permet d'introduire en droit un principe de responsabilité de la puissance publique, c'est en réponse à un besoin de solidarité, et enfin, si le juge estime qu'il est équitable de limiter la liberté formelle, la solidarité applaudit l'échec de son antithèse. De plus, toutes deux sont forgés du même matériau qu'est l'empirisme. Autant la solidarité croise le fer contre la liberté formelle, autant l'équité combat l'égalité formelle. Toutes deux puisent dans les faits et non dans les idées ou les dogmes les conditions de leur existence.

Mais en réalité, toute présence d'équité n'induit pas nécessairement présence de solidarité. Ce n'est qu'un visage spécifique de l'équité qui se permet une liaison avec la solidarité : l'équité sociale. Et pour cause, tant la solidarité que l'équité pris en son aspect social, suivent le phare de la justice sociale. Marjolaine FOULETIER conclut même à une concordance parfaite des termes lorsque équité et solidarité sont analysées sous l'angle de la théorie de la justice de John RAWLS : elle expose ainsi : « *on peut envisager l'Etat d'équité sous la forme d'un système obéissant au principe équitable de justice distributive ; or qui vise une répartition des droits économiques et sociaux en fonction des besoins de chacun soutient nécessairement le principe de solidarité nationale* ». En ce sens, elle en déduit que l'équité est un vecteur juridique de la solidarité<sup>173</sup>. De la sorte, équité et solidarité se trouvent réunies, selon elle, lorsqu'il s'agit de réparer la réalisation des risques sociaux tant ponctuels que structurels.

Mais la relation équité – solidarité peut aboutir à des impasses juridiques. Lorsque cette relation conduit à l'établissement automatique de discriminations sociales, selon une

---

<sup>172</sup> Y.GAUDEMET, op. cit. p.257.

<sup>173</sup> M. FOULETIER, op. cit. p.239

interprétation trop dynamique de l'idée d'égalité, si elles correspondent bien à l'idée de solidarité, elles fourvoient en revanche la notion d'équité. Nous rappelions, en introduction de la présente partie, les commentaires des juristes sur l'affaire MAGNAUD.

En effet, lorsque le concept juridique d'équité devient trop élastique aux attentes sociales de la solidarité, il est dénaturé. Il sort de la sphère juridique et se décrédibilise en son sein. Nous avons émis la conclusion selon laquelle dans la mesure où le système juridique a vocation à la stabilisation des attentes, il ne pouvait être trop élastique. La limitation ainsi imposée par l'équité démontre bien son rôle de filtre du système juridique, propre à lui assurer son autopoïèse : sans ce filtre, si la notion d'équité révélait une trop grande perméabilité du système juridique, le droit ne serait plus créée par le droit, mais par d'autres système sociaux. Cette fonction de filtre destiné à limiter la résonance du système politique au sein du système juridique est donc essentielle.

Maintenant que nous avons présenté et admis l'équité comme notion fonctionnelle du discours intersystémique, il nous faut présenter un certain nombre de solutions de droit positif qu'il conviendrait, dans une étude postérieure d'étudier à l'aune de la théorie du solidarisme contractuel telle que nous la présentions en première partie.

## **CHAPITRE II : DES SOLUTIONS DE DROIT POSITIF A EXPLOITER**

Dans notre recherche des indices que laisserait la théorie du solidarisme contractuel dans le droit positif, nous estimons nécessaires de présenter des développements récents et des principes anciens du droit des contrats administratifs qui pourraient jouer le rôle d'indicateurs de présence. Nous nous attacherons ici à l'étude de quelques aspects du droit des contrats administratifs qui pourraient dénoter la présence implicite de la théorie du solidarisme contractuel en droit public. Faute de temps et de place, le choix est bien entendu arbitraire, et les développements qui vont suivre ne sauraient recenser toutes les pistes à explorer. Nous espérons cependant avoir pu identifier des éléments à fort potentiel démonstratif. Nous analyserons donc le principe de mutabilité du contrat administratif (I) et les solutions jurisprudentielles nouvelles qui produisent comme effet de maintenir en vie le contrat administratif même illégal (II)

### **I. Le principe de mutabilité du contrat administratif, un principe solidariste ?**

Nous affirmons, dans la première partie, que le contrat administratif, parce qu'il est le moyen de la réalisation de l'intérêt général est vecteur de solidarité. Nous avons également affirmé, auparavant, que le solidarisme pouvait s'entendre également, outre son acception classique par la doctrine, d'une théorie visant à accorder au contrat une fonction sociale de solidarité, et prescrivait donc son maintien, en tant que possible. Or, le principe de mutabilité est l'une de ces déclinaisons des pouvoirs exorbitants de l'Administration contractante qui vise à maintenir actif et utile à l'intérêt général le contrat administratif.

Le principe de mutabilité est issu d'un revirement intéressant de jurisprudence du Conseil d'Etat. Par l'arrêt *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen*<sup>174</sup>, la Haute juridiction a estimé contraire à l'intérêt général la clause selon laquelle la commune de Deville – lès – Rouen avait accordé l'exclusivité de l'éclairage par le gaz à une compagnie et dont les effets d'une application stricte auraient conduits la commune à se voir empêcher la modernisation,

---

<sup>174</sup> CE, 10 janvier 1902, req. n° 94624, Rec. 5, S. 1902.3.17 note M. HAURIUO, GAJA n°9

par l'électricité, de ce service public. C'est ici le fondement de l'adaptation du service public qui semble dicter cette solution<sup>175</sup>. Auparavant, le Conseil d'Etat avait pu adopter une position plus stricte et considérait la violation d'une telle clause comme une illégalité qui engageait la responsabilité de l'Administration<sup>176</sup>.

Le développement de ce principe s'est poursuivi quelques années plus tard par un arrêt *Compagnie générale française des tramways*<sup>177</sup>. Les conclusions célèbres du Commissaire du gouvernement Léon BLUM liait explicitement l'intervention de ce principe au maintien de l'efficacité et de l'effcience du service public : « *Il est évident que les besoins auxquels un service public de cette nature doit satisfaire, et, par suite, les nécessités de son exploitation, n'ont pas un caractère invariable...L'Etat ne peut pas se désintéresser du service public de transports une fois concédé. Il est concédé, sans doutes, mais il n'en demeure pas moins un service public* ».

Nous savons que Gaston JEZE faisait du service public le seul critère distinctif de la qualification du contrat administratif (nous avons toutefois montré l'insoutenabilité d'une telle position aujourd'hui<sup>178</sup>). Il fonde également, à l'instar du Commissaire BLUM le principe de mutabilité sur la nécessaire adaptation du service public aux progrès techniques<sup>179</sup>.

Si les auteurs du *traité des contrats administratifs* en font un trait caractéristique de tous les contrats administratifs<sup>180</sup>, force est de constater que les exemples jurisprudentiels dont nous disposons, en accord avec les conclusions de Léon BLUM et l'appréciation de Gaston JEZE, ne concernent que les contrats relatifs à l'exécution d'une mission de service public. Le droit des marchés publics, en sa version actuelle, admet difficilement la modification unilatérale :

---

<sup>175</sup> Voir les commentaires des auteurs du *GAJA*, 16<sup>ème</sup> éd. Dalloz, Paris, n°9, p.58 et s.

<sup>176</sup> CE, 26 novembre 1897, *Compagnie française d'éclairage et de chauffage par le gaz*, Rec. 718

<sup>177</sup> CE, 11 mars 1910, Rec. 216, concl. L. BLUM, S. 1911.3.1, note M. HAURIOU, RDP 1910.270, note G. JEZE, *GAJA* n° 22.

<sup>178</sup> Cf supra

<sup>179</sup> G.JEZE, *Contrats administratifs de l'Etat, des départements, des communes et des établissements publics*, op. cit. T. 2, p. 242 et s.

<sup>180</sup> A. DE LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, op. cit. T. 1. p. 711

d'une part l'article 5 du Code des marchés publics oblige l'administration à une évaluation préalable et donc, concrètement à réaliser un bench-marking des solutions techniques disponibles, et d'autre part les articles 20 et 118 encadrent fortement la légalité du recours à l'avenant ou à la décision unilatérale de poursuivre. Du reste, le Conseil d'Etat reconnaît le droit au cocontractant de refuser d'exécuter un ordre de modification unilatérale d'un marché public lorsque cet ordre a pour effet de bouleverser les obligations du contrat<sup>181</sup>. Ainsi, si nous admettions que le principe de modification unilatéral existe en droit des marchés publics, ce serait une version édulcorée.

Le principe de mutabilité présente l'avantage d'être aux prises avec le réel, et adopte la même démarche méthodologique empiriste que le solidarisme politique et le solidarisme contractuel. Son application, si ce n'est sa finalité propre (et c'est peut être dans la justification de l'existence du principe de mutabilité qu'il conviendrait d'orienter de futures investigations) a pour effet la perpétuation d'un contrat qui, sans lui, n'aurait pu survécu au changement des circonstances de fait. La logique du principe de mutabilité est d'ailleurs celle-ci que le contrat *a priori* devenu inutile à l'intérêt général peut toutefois perdurer au prix de certaines modifications, de certaines novations. Et si la mutation est impossible, alors l'Administration peut estimer plus utile à l'intérêt général de se défaire de ses obligations contractuelles. Toutefois, le principe de mutabilité du contrat permet justement une perpétuation du contrat par l'adaptation et ne saurait aboutir à ce que le même instrument soit en réalité porteur d'un *negotium* différent. Le principe de mutabilité ne saurait permettre, finalement, de substituer à l'objet du contrat un objet nouveau. Un marché de fourniture, par exemple, doit rester un marché de fourniture et ne peut être transformé en marché de travaux. La limite au contenu du principe est ancienne et acquiert aujourd'hui le caractère d'une « règle générale »<sup>182</sup>.

Mais pourquoi donc avoir ouvert la possibilité de modifier le contrat ? Pourquoi ne pas avoir simplement permis la résiliation seule, suivie de la conclusion d'un nouveau contrat, comme possibilité de modification des obligations du cocontractant chargé de réaliser une mission d'intérêt général ? La théorie du solidarisme contractuel peut offrir une explication valable de

---

<sup>181</sup> CE, 22 novembre 1967, *Sieur MERCURIALI*, req. n° 67433

<sup>182</sup> H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, Thèse, Bibliothèque de droit public, L.G.D.J., Paris, 2009, p. 166



l'apparition d'une telle solution : le contrat une fois conclu représente un instrument de solidarité entre les parties et cette fonction sociale doit être protégée. Dans un environnement en évolution permanente, le contrat doit pouvoir être adapté. Les relations juridiques qu'il engendre doivent perdurer aux faits, parce qu'on ne sacrifie pas un contrat sans conséquences sociales. Admettre un sacrifice automatique du contrat devenu quelque peu obsolète revient à lui dénier la fonction sociale de réalisation de la solidarité qu'il porte en lui. Admettre au contraire sa perpétuation, eu égard à cette solidarité intrinsèque, peut représenter un indice de la présence implicite du solidarisme contractuel en droit public. Remarquons ici qu'en ne s'attachant qu'aux conséquences secondes du solidarisme contractuel, la doctrine homonyme se prive d'arguments potentiels de poids.

Enfin, nous relèverons que le principe de mutabilité intègre également une autre constante du solidarisme contractuel qui est la préservation des intérêts personnels aux côtés de l'intérêt commun. S'il y a solidarité entre les parties, c'est justement parce que chacun est intéressé à la réalisation du contrat. Le solidarisme contractuel n'a jamais entendu sacrifier à l'intérêt commun propre du contrat les intérêts particuliers des parties. En droit administratif, la mutabilité du contrat s'accompagne d'un droit corrélatif du cocontractant au maintien de l'équilibre financier issu de l'instrument contractuel<sup>183</sup>. Ce droit implique que si l'Administration refuse de rétablir l'équilibre financier existant *ex ante*, alors elle commet une faute susceptible d'engager sa responsabilité et peut entraîner la résiliation du contrat à ses torts exclusifs<sup>184</sup>. Il implique également que les seules qui ne sont pas soumises au pouvoir de modification unilatérale du contrat sont les clauses financières<sup>185</sup>.

Il apparaît donc bien ici que le principe de mutabilité est susceptible de jouer un rôle dans la reconnaissance de la validité du solidarisme contractuel en droit public, tant dans sa fonction descriptive que dans sa fonction prescriptive.

---

<sup>183</sup> Ce droit est également prévu par l'arrêt CE, 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, préc.

<sup>184</sup> CE, 12 mars 1999, *Société anonyme Méribel 92*, req. n° 176694, Rec. 61, BJCP 1999.444, concl. C. BERGEAL

<sup>185</sup> CE, 11 juillet 1941, *Hôpital - Hospice de Chauny*, Rec. 129

## II. Des solutions nouvelles du droit des contrats administratifs au service de leur survie

Le droit des contrats administratifs a connu ces quatre dernières années des développements tout à fait intéressants et spectaculaires. Trois arrêts, notamment, ont retenu notre attention. Ils s'agit des arrêts : CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic travaux signalisation*<sup>186</sup>, CE Sect., 21 mars 2011, *Commune de Béziers (dit Béziers II)*<sup>187</sup>, et CE Sect., 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*<sup>188</sup>.

Ces arrêts sont intéressants à plus d'un titre. Le premier d'entre eux, l'arrêt *Tropic* offre aux concurrents évincés de la procédure de passation d'un contrat administratif un nouveau recours direct contre le juge du contrat visant à en contester la validité, ou celle de certaines de ses clauses. En cela, il revient sur un principe séculaire selon lequel seules les parties disposaient de ce type de recours de plein contentieux. Ce principe souffrait certes d'exceptions (par exemple, CE Sect., 30 octobre 1998, *Ville de Lisieux*, req. n° 149662, Rec. 375, concl. J-H. STAHL). L'arrêt *Tropic* va plus loin en créant de façon prétorienne un nouveau recours. Ce qui nous intéresse ici n'est pas tellement les conditions de recevabilité de ce recours que les pouvoirs dont dispose le juge administratif dans son office : « *il appartient au juge, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier les conséquences ; qu'il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité éventuellement commise, soit de prononcer la résiliation du contrat ou de modifier certaines de ses clauses, soit de décider de la poursuite de son exécution, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation par la collectivité contractante, soit d'accorder des indemnisations en réparation des droits lésés, soit enfin, après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général ou aux droits des cocontractants, d'annuler, totalement ou partiellement, le cas échéant avec un effet différé, le contrat* ».

---

<sup>186</sup> req. n° 291545, AJDA 2007.1577, note F. LENICA et J. BOUCHER, CMP 2007 n°8-9. p. 28, note J-P. PIETRI, BJCP 2007.391 concl. D. CASAS

<sup>187</sup> req. n° 304806, Rec (à paraître), RFDA 2011.507 concl. E. CORTOT – BOUCHER, AJDA 2011.591, RDI 2011.270, note S. BRACONNIER

<sup>188</sup> req. n° 305420, RJEP 2009 n°661 p.15, note F. BRENET, BJCP 2008 n°61 p. 394, T. DAL FARRA, AJDA 2008. 2161, note E. GEFFRAY et S-J LIEBER, RFDA 2011.1128, concl. B. DACOSTA

Le juge dispose donc de la faculté de résilier ou d'annuler ou de permettre la continuation du contrat, sous réserves le cas échéant, de modifications. Le Conseil d'Etat exige cependant du juge de vérifier que l'annulation du contrat ne porte pas une atteinte excessive à l'intérêt général avant de se prononcer. Il peut même en différer l'annulation.

Le juge doit donc se prononcer en fonction d'une balance d'intérêts. Mais, contrairement au raisonnement classique, l'exécution de cet office n'oppose pas un intérêt général à un intérêt particulier ; il oppose deux objectifs d'un seul et même intérêt général. Que comprendre lorsque le Conseil d'Etat juge : « *après avoir vérifié si l'annulation du contrat ne porterait pas une atteinte excessive à l'intérêt général* » ? De quel objectif d'intérêt général parle-t-il, lequel lui permet de statuer ? Car en effet, si l'annulation du contrat porte atteinte à l'intérêt général de l'objet du contrat, sa préservation porte atteinte au respect de la légalité par l'Administration. Le juge doit donc apprécier lequel de ces buts d'intérêt général il convient, dans chaque cas d'espèce, de préserver. Et il n'est pas possible, du fait de la rédaction dénuée d'ambiguïté de l'arrêt, d'estimer que les intérêts du cocontractant sont les seuls à entrer en compte. Cette appréciation se révèle du reste inopérante, car l'on voit mal en quoi il serait de l'intérêt du contractant d'annuler un contrat. Puisqu'« *en France, nul ne plaide par procureur* », l'illégalité dont peut se prévaloir le tiers évincé requérant ne peut qu'être soit objective, soit subjective de son point de vue. L'intérêt du contractant de l'Administration ne peut que résider dans la perpétuation du contrat. Et, d'ailleurs, par son effet radical, l'annulation du contrat ne peut qu'être « *excessive* » du point de vue de l'atteinte portée à ses intérêts.

La possibilité qui lui est offerte de préserver le contrat conclu illégalement aboutit à défendre l'intérêt général qu'il porte, qui, comme nous l'avons vu, est un vecteur de solidarité. Peut – être est-il possible d'estimer que l'objectif d'intérêt général qui orientera la décision des juges administratifs est en accord avec la doctrine solidariste ?

En un sens, la logique de l'arrêt *Béziers II* n'en est pas très éloignée. A l'occasion d'une saga judiciaire qui avait déjà amené le Conseil d'Etat à revenir sur une de ses jurisprudences de

principe<sup>189</sup>, les juges du Palais Royal ont abandonné une autre jurisprudence importante selon laquelle les mesures d'exécution des contrats administratifs prises par l'administration ne peuvent en principe pas être annulées par le juge saisi par les parties au contrat<sup>190</sup>. Ils considèrent ainsi « *que, toutefois, une partie à un contrat administratif peut, eu égard à la portée d'une telle mesure d'exécution, former devant le juge du contrat un recours de plein contentieux contestant la validité de la résiliation de ce contrat et tendant à la reprise des relations contractuelles* ». Mathias GUYOMAR, dont les conclusions ont été suivies, faisait de la possibilité d'ordonner la reprise des relations contractuelles un enjeu majeur de cette jurisprudence : « *le cœur de son (le juge) office est de se prononcer sur le point de savoir si les relations contractuelles doivent ou non reprendre ( ... ) Il nous paraît donc exclu que le juge du contrat puisse se borner à annuler la mesure de résiliation qui lui est déférée sans préciser les conséquences qu'il en tire sur la vie du contrat* ».

L'apport majeur de cette jurisprudence réside en ce qu'il offre au juge le moyen d'obliger l'Administration à poursuivre ses relations contractuelles. Encore une fois, il convient de s'interroger sur la cause d'une telle évolution et sur ce qu'elle implique quant à la conception de l'intérêt du contrat.

Enfin, l'arrêt *SMIRGEOMES* tend également à protéger le contrat administratif des velléités d'annulation des concurrents évincés. Il affirme en effet qu' « *il appartient dès lors au juge des référés précontractuels de rechercher si l'entreprise qui le saisit se prévaut de manquements qui, eu égard à leur portée et au stade de la procédure auquel ils se rapportent, sont susceptibles de l'avoir lésée ou risquent de la léser, fût-ce de façon indirecte en avantageant une entreprise concurrente* ». Les péchés véniels commis dans la passation du contrat sont alors pardonnés. Mais, encore une fois, l'on peut s'interroger sur les causes juridiques et non juridiques d'une telle évolution de la jurisprudence.

La question que nous posons alors est la suivante : toutes ces décisions qui tendent à préserver le contrat peuvent – elles être comprises comme accordant, au moins implicitement, au

---

<sup>189</sup> CE Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers (dit Béziers I)*, req. n° 304802, Rec. 509, concl. E. GLASER, AJDA 2010. 4 revenant sur CE Sect., 10 juin 1996, *Préfet de la Côte d'Or*, req. n° 176873, Rec. 198, RFDA 1997. 83, note J.-C. DOUENCE

<sup>190</sup> CE, 20 février 1968, *GOGUELAT* Rec. 198

contrat une valeur particulière, un intérêt autre que la réalisation de leur simple objet ? Le Conseil d'Etat ne fait – il pas le jeu de la théorie solidariste en permettant au contrat de survivre face à une illégalité, face à une Administration désireuse de se débarrasser un peu trop rapidement de son cocontractant, face aux attaques de concurrents évincés ? Pourquoi, au final, tenter de préserver le contrat, quel en est l'intérêt ? Quel est donc cette caractéristique particulière du contrat administratif qui amène à considérer que « tout contrat vaut la peine d'être vécu » ? Si la défense des intérêts de partenaires privés peut amener à bâtir une explication rationnelle, nous avons vu qu'elle n'est pas, des écrits même du Conseil, la seule variable que doit prendre en compte le juge et que naît de ces décisions un intérêt propre à la continuation du contrat. Voilà en quoi nous pensons qu'une recherche sur les causes implicites de ces nouveaux développements de la jurisprudence devrait également questionner leurs rapports avec le solidarisme contractuel.

## **CONCLUSION**

Ce travail avait pour but d'étudier les relations entre discours juridique et discours non juridique, à travers l'exemple du solidarisme contractuel. Nous avons proposé une nouvelle lecture de cette doctrine et avons cherché à savoir de quelle façon elle pourrait être admise en droit positif. Il en ressort que le solidarisme contractuel n'est pas opposé aux solutions constantes et nouvelles du droit des contrats administratifs. Savoir si le solidarisme contractuel existe en droit public revient à se demander si cette doctrine d'abord si cette doctrine permet de décrire avec précision l'état du droit existant avant de savoir si ses prescriptions sont suivies. En conclusion, on peut effectivement trouver une certaine force explicative à cette théorie. Tant d'ailleurs dans son aspect sociologique qu'en étudiant le « droit brut », qu'en examinant les justifications du régime.

Mais cette étude devrait être approfondie et poursuivre plus avant l'étude des indices que nous présentions *in fine*. Leur justification pourrait *a priori* tout autant résulter d'autres causes. Christophe JAMIN présentait ainsi le développement des droits de l'homme et la logique de marché comme causes alternatives de ces évolutions juridiques<sup>191</sup>. Nous y ajouterons l'exigence croissante de sécurité juridique.

---

<sup>191</sup> C. JAMIN, *Le solidarisme contractuel, un regard franco-québécois*, Thémis, Paris, 2005, p. 32 et s.

# BIBLIOGRAPHIE

## Ouvrages généraux, traités, manuels et rapports

J. BIENVENU-MARTIN, *Rapport fait au nom de la Commission chargée d'examiner les propositions de la loi sur l'assistance aux vieillards, aux infirmes et aux incurables*, Journal Officiel, Doc. Parl. Chambre des députés, annexe à la séance du 4 avril 1903

J-C. BILLIER, A.MARYIOLI, *Histoire de la philosophie du droit*, Armand COLIN, Paris, 2001

F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, Thémis Droit public, Presses Universitaires de France, 1995

J. CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, 21<sup>ème</sup> éd., Presses Universitaires de France, Paris, 1998

R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, Rousseau et Cie, Paris, 1931

D. DIDEROT et J. le ROND D'ALEMBERT, *Encyclopédie, ou dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers, etc., .* . University of Chicago: ARTFL Encyclopédie Project (Spring 2011 Edition), Robert Morrissey (ed), <http://artflx.uchicago.edu/cgi-bin/philologic/getobject.pl?c.14:1016:2.encyclopedie0311.3282299>

F. DUBOEUF, *Introduction aux théories économiques*, Coll. Repères, La découverte, Paris, 1999

L.DUGUIT, *Manuel de droit constitutionnel*, ed. BROCCARD, Paris, 1907

L. DUGUIT, *traité de droit constitutionnel*, T1, *La règle de droit. Le problème de l'Etat*, éd. BROCCARD, Paris, 2<sup>ème</sup> éd. 1921



S. GUINCHARD et T.DEBARD ( dir.), *Lexique des termes juridiques*, 18<sup>ème</sup> éd. Dalloz, Paris, 2011

M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Sirey, Paris, 1910, réed. Bibliothèque, Dalloz, Paris, réed. 2010

M.HAURIOU, *Précis de droit administratif*, Paris, 1911

M. HAURIOU, *Aux sources du droit. Le pouvoir, l'ordre et la liberté*, Librairie Bloud et Gay, Paris, 1933, réed. Bibliothèque de Philosophie politique et juridique, Textes et documents, Centre de philosophie politique et juridique, Université de Caen, 1986

G. JEZE, *Contrats administratifs de l'Etat, des départements, des communes et des établissements publics*, Girard, Paris, 1927

A-S. MESCHERIAKOFF, *Droit des services publics*, Presses Universitaires de France, 2<sup>ème</sup> éd. 1997

J. MORAND-DEVILLER, *Droit administratif*, Coll. Cours L.M.D., Montchrétien, Paris, 11<sup>ème</sup> éd. 2009

P. RICHELET, *Dictionnaire de la langue française ancienne et moderne*, Widerhold, Genève, 1679

L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, L.G.D.J., 7<sup>ème</sup> éd. Paris, 2010

M. TROPER, *Philosophie du droit*, Coll. Que-sais-je ?, Presses Universitaires de France, Paris, 2003

Conseil d'Etat, *Le contrat, mode d'action publique et de production de normes*, Rapport public, La Documentation française, Paris, 2008

Cour de Cassation, Rapport public, La documentation française, Paris, 2003

## Ouvrages spéciaux et thèses

S. AUDIER (dir.), *La pensée solidariste*, Le lien social, Presses Universitaires de France, Paris, 2010

J-C. BEGUIN, P. CHARLOT et Y. LAIDIE (dir.), *La solidarité en droit public*, Actes du colloque éponyme de Besançon des 21 et 22 Avril 1999, Logique juridique, L'Harmattan, Paris, 2005

M. BORGETTO, *La notion de fraternité en droit public français : le passé le présent et l'avenir de la solidarité*, Thèse, Bibliothèque de droit public, L.G.D.J., Paris, 1993

L. BOURGEOIS, *Solidarité*, Armand COLIN et Cie éditeurs, Paris, 5<sup>ème</sup> éd. 1905, réed. Presses Universitaires du Septentrion, Lille, 1998

F. BUISSON, *La politique radicale. Etude sur les doctrines du Parti radical et radical-socialiste*, Girard & Brière, Paris, 1908

F. CHENEDE, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, Thèse, Recherches juridiques, Economica, Paris, 2008

J. CHEVALLIER, D. COCHART (dir.), *La solidarité : un sentiment républicain ?*, actes du colloque éponyme du CURAPP d'Amiens du 25 octobre 1991, Presses Universitaires de France, Paris, 1992

P. CLASTRES, *La société contre l'Etat, Recherches d'anthropologie politique*, Editions de Minuit, Paris, 1974

A-S. COURDIER – CUISINIER, *Le solidarisme contractuel*, Thèse, Lexis Nexis, Paris, 2006

M. DAVID, *La solidarité comme contrat et comme éthique*, Institut international d'études sociales, Berger-Levrault, Paris, 1982

P. DEVILLIERS (dir.), *Charles GIDE, Solidarité*, Comité pour l'édition des œuvres de Charles GIDE, L'Harmattan, Paris, 2010

E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, Thèse, Paris, 1893

E. DURKHEIM, *Les Règles de la méthode sociologique*, Quadrige 2, Presses Universitaires de France, Paris, réed. 1987

G. FARJAT, *Pour un droit économique*, Presses Universitaires de France, 2004

M. FOULETIER, *Recherches sur l'équité en droit public français*, Thèse, Bibliothèque de droit public, L.G.D.J., Paris, 2003

Y. GAUDEMET, *Les méthodes du juge administratif*, Thèse, L.G.D.J., Paris, 1972

F. GENY, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif : essai critique*, réed. L.G.D.J., Paris, 1995

L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, actes du colloque éponyme tenu à l'Université de la Rochelle, les 3 et 4 mai 2002, Etudes juridiques, Economica, Paris, 2004

H. HOEPFFNER, *La modification du contrat administratif*, Thèse, Bibliothèque de droit public, T. 260, L.G.D.J., Paris, 2009

C. JAMIN, *Le solidarisme contractuel, un regard franco-québécois*, Thémis, Paris, 2005

H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Collection philosophie du droit, Dalloz, Paris, 1962

A. de LAUBADERE, F. MODERNE, P. DELVOLVE, *Traité des contrats administratifs*, L.G.D.J., Paris, 1983

J. LENOBLE, « *Droit et communication : J.HABERMAS* », in P. BOURETZ (dir.), *La force du droit, panorama des débats contemporains*, Editions ESPRITS, Paris, 1991,

P. LEROUX, *De l'Humanité, de son principe et de son avenir ; où se trouve exposée la vraie définition de la religion et où l'on explique le sens, la suite et l'enchaînement du mosaïsme et du christianisme*, Perrotin, Paris, 1840, consultable [www.ecole-alsacienne.org/CDI/pdf/1400-0107/14090\\_LERO.pdf](http://www.ecole-alsacienne.org/CDI/pdf/1400-0107/14090_LERO.pdf)

H. LEYRET, *Les nouveaux jugements du président MAGNAUD*, SCHLEICHER Frères, Paris, 1903

F. LOMBARD, *La cause dans le contrat administratif*, Thèse, Nouvelle bibliothèque de thèses, Dalloz, Paris, 2008

I.R. MACNEIL, *The New Social Contract*, Yale University Press, New Haven, Conn., 1980

B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Thèse, Coll. Droit public, éd. Panthéon Assas, Paris, 2003

H. SIMON *Models of bounded rationality: Behavioral economics and business organization*, MIT Press, Cambridge, Mass. 1982

### Articles

J-C. BEGUIN, *Service public et solidarité*, in J-C. BEGUIN, P. CHARLOT et Y. LAIDIE (dir.), *La solidarité en droit public*, Actes du colloque éponyme de Besançon des 21 et 22 Avril 1999, Logique juridique, L'Harmattan, Paris, 2005

N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, Bruylant L.G.D.J., Paris, 1998

C. BOUGLE, *Maintien ou suppression de la propriété individuelle ?*, La dépêche de Toulouse, 29 avril 1906

H. BOUTHINON-DUMAS, *Les contrats relationnels et la théorie de l'imprévision*, RIDE, 2001, num. 3, T. XV, 3, p. 339

A. le BRAS-CHOPARD, *Métamorphose d'une notion : la solidarité chez Pierre LEROUX*, in J. CHEVALLIER, D. COCHART (dir.), *La solidarité : un sentiment républicain ?*, actes du colloque éponyme du CURAPP d'Amiens du 25 octobre 1991, Presses Universitaires de France, Paris, 1992

G.BRAIBANT, *La protection des citoyens à l'égard de l'administration*, in Mélanges HAMON, Economica, Paris, 1982

J. CEDRAS, *Liberté-égalité-contrat, le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de Cassation*, in Rapport public de la Cour de cassation, La documentation française, Paris, 2003

J.CHEVALLIER, *La résurgence du thème de la solidarité*, in J. CHEVALLIER, D. COCHART (dir.), *La solidarité : un sentiment républicain ?*, actes du colloque éponyme du CURAPP d'Amiens du 25 octobre 1991, Presses Universitaires de France, Paris, 1992

P. CINGOLANI, *L'idée d'humanité chez Auguste COMTE : solidarité et continuité*, in J. CHEVALLIER, D. COCHART (dir.), *La solidarité : un sentiment républicain ?*, actes du colloque éponyme du CURAPP d'Amiens du 25 octobre 1991, Presses Universitaires de France, Paris, 1992

L. CLOUZOT, *La théorie de l'imprévision en droit des contrats administratifs : une improbable désuétude*, RFDA 2010.937

Cl. COURVOISIER, *Introduction*, in J-C. BEGUIN, P. CHARLOT et Y. LAIDIE (dir.), *La solidarité en droit public*, Actes du colloque éponyme de Besançon des 21 et 22 Avril 1999, Logique juridique, L'Harmattan, Paris, 2005

M. DAVID, *Solidarité et fraternité en droit public français*, in J-C. BEGUIN, P. CHARLOT et Y. LAIDIE (dir.), *La solidarité en droit public*, Actes du colloque éponyme de Besançon des 21 et 22 Avril 1999, Logique juridique, L'Harmattan, Paris, 2005

N. FOULQUIER, *Maurice HAURIOU, Constitutionnaliste (1856 – 1929)*, Jus Politicum, Revue de droit politique, n°2, mars 2009, <http://www.juspoliticum.com/Maurice-Hauriou.html>

B. FRYDMAN, *Les nouveaux rapports entre droit et économie : trois hypothèses concurrentes*, in T.KIRAT et E.SERVERIN (dir.), *Le droit dans l'action économique*, C.N.R.S. éditions, Paris, 2000

L. GYNBAUM, *La notion de solidarisme contractuel*, in L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, actes du colloque éponyme tenu à l'Université de la Rochelle, les 3 et 4 mai 2002, Etudes juridiques, Economica, Paris, 2004.

J. HABERMAS, *Droit et démocratie*, NRF Essais, Gallimard, Paris, 1997

L. HAMON, *La définition constitutionnelle des droits et libertés en France*, in *Droit constitutionnel et droits de l'Homme*, Association française des constitutionnalistes, Economica, Paris, 1987

O. HART et J. MOORE, *Incomplete contracts and Renegociation*, *Econometrica*, vol. 56, Issue 4, Juillet 1988, p. 755

C. JAMIN, note sous Cass. 1<sup>ère</sup> civ. 31 janvier 1995 D. 1995 Jur p. 390

C. JAMIN, *Plaidoyer pour le solidarisme contractuel*, in Etudes GHESTIN, L.G.D.J., Paris 2001

F. JULIEN – LAFFERIERE, « *La dualité de juridiction, un principe fonctionnel ?* », in *L'unité du droit, Mélanges en hommage à Roland DRAGO*, Economica, Paris, 1996

G. LEGRAND dans la *Revue néo-scholastique de philosophie*, Année 1922, vol. 24, n°93, p. 125

N. LUHMANN, *Le droit comme système social*, *Droit et société*, n<sup>os</sup> 11/12, 1994, p. 53

I. MACNEIL, *Contracts : Adjustments of Long-Term Economic Relations under Classical, Neoclassical and Relational Contract Law*, Northwestern University Law Review, vol. 72, 1978, p. 854

D. MAZEAUD, *Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ?*, in Mélanges TERRE, Presses Universitaires de France, 1999

F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Solidarité, égalité et constitutionnalité*, in J-C. BEGUIN, P. CHARLOT et Y. LAIDIE (dir.), *La solidarité en droit public*, Actes du colloque éponyme de Besançon des 21 et 22 Avril 1999, Logique juridique, L'Harmattan, Paris, 2005

F. MODERNE, *Faut-il vraiment « administrativiser » l'ensemble des marchés publics*, AJDA 2001.707

D. PHILIPP, *De la responsabilité à la solidarité des personnes publiques*, RDP, 1999/2, p.593

D. RENARD, *L'idée politique de solidarité et la construction de la théorie du service public*, in J-C. BEGUIN, P. CHARLOT et Y. LAIDIE (dir.), *La solidarité en droit public*, Actes du colloque éponyme de Besançon des 21 et 22 Avril 1999, Logique juridique, L'Harmattan, Paris, 2005

J. RIVERO, « *la distinction du fait et du droit dans la jurisprudence du Conseil d'Etat français* », in. Ouvrage collectif, *Le fait et le droit, études de logique juridique*, Bruylant, Bruxelles, 1961

L. ROLLAND, *Les principes généraux de droit*, Communication au IXème Congrès international de méthodologie juridique, Tunis, novembre 2005

S. de la ROSA, *La transversalité de la solidarité dans les politiques matérielles de l'Union*, in C. BOUTAYEB (dir.), *La solidarité dans l'Union européenne. Éléments constitutionnels et matériels*, Coll. *Thèmes et commentaires*, Dalloz, 2011

G. ROUETTE, *Compte rendu de The New Social Contract de I. MACNEIL*, Journal du droit international (Clunet), n° 4, 1983

S. SAUNIER, *L'autonomie de la volonté en droit administratif français : une mise au point*, RFDA, 2007.609

G. TEUBNER, « *La théorie des systèmes autopoïétiques* », entrevue de Günther TEUBNER, in Journal M, n°44, février 1991

G. TEUBNER, « *La régulation de la société par le droit réflexif* », in G. TEUBNER, *Le droit, un système autopoïétique*, Coll. Les voies du droit, Presses Universitaires de France, Paris 1993

G. THORIS, *La légitimité sociale de la ressource publique*, Revue Française de Finances Publiques, n°88, novembre 2004, p. 23

A. VAN LANG, *Solidarisme contractuel et contrat administratif : une association impensable ?*, in L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel*, actes du colloque éponyme tenu à l'Université de la Rochelle, les 3 et 4 mai 2002, Etudes juridiques, Economica, Paris, 2004

F. VARELA, H. MATURANA et R. URIBEA, « *Autopoiesis: The organization of living systems, its characterization and a model* », Revue Biosystems Volume 5, Issue 4, Amsterdam, mai 1974, p. 187

O. WILLIAMSON, *Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations*, Journal of Law and Economics, Vol. 22, No. 2, octobre 1979, University of Chicago Press, Chicago, Ill. p 233



## TABLE DE JURISPRUDENCES

### CONSEIL D'ETAT

CE, 26 novembre 1897, *Compagnie française d'éclairage et de chauffage par le gaz*, Rec. 718

CE, 10 janvier 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen*, req. n° 94624, Rec. 5, S. 1902.3.17 note M. HAURIOU

CE, 21 décembre 1906, *Syndicat des propriétaires et contribuables du quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*

CE, 11 mars 1910, *Compagnie générale française des tramways*, Rec. 216, concl. L. BLUM, S. 1911.3.1, note M. HAURIOU, RDP 1910.270, note G. JEZE

CE, 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, req. n° 30701, Rec.909, D.1916.3.35, concl. L. BLUM, RDP, 1914.145, note G. JEZE

CE, 30 mars 1916, *Compagnie d'éclairage du gaz de Bordeaux*

CE, 8 février 1918, *Société d'éclairage de Poissy*, RDP 1918.244, concl. L-F. CORNEILLE

CE, 10 juin 1921, *Commune de Monségur*, Rec. 573, RDP 1921.361, concl. L-F. CORNEILLE, note. G. JEZE

CE, 9 mars 1928, *Compagnie des scieries africaines*, RDP 1928.328, concl. L-F. CORNEILLE

CE, 11 juillet 1941, *Hôpital - Hospice de Chauny*, Rec. 129

CE, 17 janvier 1950, *Ministre de l'agriculture c/ Dame LAMOTTE*, RDP, 1951, p.478, concl. DELVOLVE, note WALINE

CE Sect., 20 avril 1956, *Epoux BERTIN*, req. n° 98637, Rec. 167, RDP 1956.869, concl. M.LONG, note M. WALINE

CE, 22 novembre 1967, *Sieur MERCURIALI*, req. n° 67433

CE, 20 février 1968, *GOGUELAT* Rec. 198

CE Sect. 19 janvier 1973, *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant*, req.n° 82338, Rec. 48, CJEG 1973.239, concl. M. ROUGEVIN – BAVILLE, note B. CARRON

CE Sect., 30 mai 1975, *Société d'équipement de la région montpelliéraine*, req. n°86738, Rec.326, D.1976.3, note F. MODERNE

CE, 28 novembre 1975, *ONF c/ Abamonte*, D.1976.355, note J-M. AUBY

CE, 12 mars 1976, *Département des Hautes-Pyrénées c/ société Sofilia*, Rec. 155

CE, 5 novembre 1982, *Société Propétrol*,

CE Sect., 10 juin 1996, *Préfet de la Côte d'Or*, req. n° 176873, Rec. 198, RFDA 1997. 83, note J.-C. DOUENCE

CE, 12 mars 1999, *Société anonyme Méribel 92*, req. n° 176694, Rec. 61, BJCP 1999.444, concl. C. BERGEAL

CE Ass., 16 juillet 2007, *Société Tropic travaux signalisation*, req. n° 291545, AJDA 2007.1577, note F. LENICA et J. BOUCHER, CMP 2007 n°8-9. p. 28, note J-P. PIETRI, BJCP 2007.391 concl. D. CASAS

CE Sect., 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, req. n° 305420, RJEP 2009 n°661 p.15, note F. BRENET, BJCP 2008 n°61 p. 394, T. DAL FARRA, AJDA 2008. 2161, note E. GEFFRAY et S-J LIEBER, RFDA 2011.1128, concl. B. DACOSTA

CE Ass., 28 décembre 2009, *Commune de Béziers (dit Béziers I)*, req. n° 304802, Rec. 509, concl. E. GLASER, AJDA 2010. 4

CE, 1er juillet 2010, *Société Bioenerg*, req. n° 33275, AJDA 2010.1341

CE Sect., 21 mars 2011, *Commune de Béziers (dit Béziers II)*, req. n° 304806, Rec (à paraître), RFDA 2011.507 concl. E. CORTOT – BOUCHER, AJDA 2011.591, RDI 2011.270, note S. BRACONNIER

### **TRIBUNAL DES CONFLITS**

TC, 28 mars 1955, *Sieur EFFIMIEFF*, Rec. 617

TC, 8 juillet 1963, *Société entreprises Peyrot*, req. n° 01804, Rec. 787, D. 1963.534, concl. C. LASRY, note P.JOSSE, RDP 1963.776

TC, 3 mars 1969, *Société Interlait*, req. n° 01926, Rec. 682, RDP 1969.695, note M. WALINE

TC. 21 mars 1983, *Union des assurances de Paris*, req. n°02256, Rec.537, D. 1984.33 note J-B. AUBY et G. HUBRECHT

TC, 12 novembre 1984, *Société d'économie mixte du tunnel de Sainte-Maire-aux-Mines*, req. n°02356, AJDA 1985.156

TC, 5 juillet 1999, *Commune de Sauve*, req. n° 03142

TC, 15 janvier 2007, *Ville de Paris*, req. n°3521

# Table des matières

<b>SOMMAIRE</b>	<b>3</b>
<b>TABLE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS</b>	<b>5</b>
<b>INTRODUCTION</b>	<b>7</b>
<b>CHAPITRE I:</b>	<b>8</b>
<b>LA SOLIDARITE, NOTION FONCTIONNELLE DU SOLIDARISME</b>	<b>8</b>
I. BREVE HISTOIRE DE LA « SOLIDARITE »	8
A. Aux origines de la « solidarité »	8
B. Une mot au contenu renouvelé	10
II. LE SOLIDARISME : UNE DOCTRINE POLITIQUE DE LA TROISIEME VOIE	12
<b>CHAPITRE II:</b>	<b>16</b>
<b>L'INTEGRATION EN DROIT DU SOLIDARISME POLITIQUE</b>	<b>16</b>
I. UNE DOCTRINE POLITIQUE A COLORATION JURIDIQUE	16
II. UNE DIFFICILE ACCEPTATION JURIDIQUE	18
<b>PARTIE I :</b>	<b>22</b>
<b>LES POSSIBILITES DU SOLIDARISME EN DROIT PUBLIC CONTRACTUEL</b>	<b>22</b>
<b>CHAPITRE I : LA CONCEPTION DU CONTRAT COMME INSTRUMENT DE SOLIDARITE</b>	<b>23</b>
I. VERS UNE APPROCHE NOUVELLE DU SOLIDARISME CONTRACTUEL	23
A. Approche descriptive de la vision classique du solidarisme contractuel	23
B. Approche critique de la vision classique du solidarisme contractuel	26
1) Le dogme de l'imprévision	26
2) Une nouvelle lecture du solidarisme contractuel : le contrat comme moyen de la solidarité	29
II. LA THEORIE DES CONTRATS RELATIONNELS : EXEMPLE D'UNE THEORIE JURIDIQUE DE L'EVOLUTION DU CONTRAT	31
A. Les contrats relationnels : délimitation d'une notion	32
B. Une théorie ouverte sur les discours extra-juridiques	35
<b>CHAPITRE II : SOLIDARITE, INTERET GENERAL ET CONTRATS ADMINISTRATIFS : UN TRIPTYQUE COHERENT</b>	<b>39</b>
I. LA SOLIDARITE : UN PRINCIPE DIRECTEUR DU DROIT PUBLIC	39
A. La solidarité comme concept originel : de l'explicite à l'implicite.	39
B. Une notion éparpillée	42
	92

II. INTERET GENERAL, CONTRAT ADMINISTRATIF ET SOLIDARITE	46
A. L'intérêt général comme notion consubstantielle du contrat administratif	46
B. L'intérêt général, vecteur de la solidarité dans le contrat administratif	50

## **PARTIE II : LES INDICES DU SOLIDARISME CONTRACTUEL EN DROIT PUBLIC** **54**

### **CHAPITRE I : DU DIALOGUE DU DROIT CONSIDERE COMME SYSTEME SOCIAL AVEC LE SOLIDARISME CONTRACTUEL** **55**

#### I. LE DROIT COMME SYSTEME SOCIAL 55

##### A. Les théories du droit considéré comme système social 55

Si nous rejetons le système idéal d'HABERMAS car inopérant (1), nous nous montrons plus favorables à la présentation que produit LUHMANN du droit comme système autonome et ouvert (2).

##### 1) Le droit dans l'agir communicationnel : un système inopérant 55

##### 2) La théorie des systèmes sociaux autopoïétiques autoréférentiels : un système juridique du dialogue social 58

##### B. Approche critique du système de TEUBNER – LUHMANN et validation de la théorie 59

#### II. L'EQUITE, NOTION D'OUVERTURE VERS LA SOLIDARITE EN DROIT 63

##### A. Equité et théorie des systèmes sociaux de TEUBNER – LUHMANN : une équation solide 63

##### 1) Une notion juridique à user modérément 64

##### 2) Une notion aux côtés du juge administratif 65

##### B. Une relation ambivalente entre équité et solidarité 68

### **CHAPITRE II : DES SOLUTIONS DE DROIT POSITIF A EXPLOITER** **70**

#### I. LE PRINCIPE DE MUTABILITE DU CONTRAT ADMINISTRATIF, UN PRINCIPE SOLIDARISTE ? 70

#### II. DES SOLUTIONS NOUVELLES DU DROIT DES CONTRATS ADMINISTRATIFS AU SERVICE DE LEUR SURVIE 74

## **CONCLUSION** **78**

## **BIBLIOGRAPHIE** **80**

### **OUVRAGES GENERAUX, TRAITES, MANUELS ET RAPPORTS** **80**

### **OUVRAGES SPECIAUX ET THESES** **82**

### **ARTICLES** **84**

## **TABLE DE JURISPRUDENCES** **89**

### **CONSEIL D'ETAT** **89**

### **TRIBUNAL DES CONFLITS** **91**

