

PRÉFACE 1

Un précepte fondamental pour un raisonnement rationaliste est d'utiliser dans tout système explicatif la simplicité, voire même la parcimonie. « Les entités ne devraient pas être multipliées sans nécessité » est le principe connu sous le nom du rasoir d'Occam, du nom du penseur et moine franciscain qui l'aurait systématisé au XVI^e siècle. Cette maxime méthodologique méritait d'être appliquée à la confusion qui s'est emparée du droit des contrats administratifs. Comme Nietzsche l'avait souligné pour les États, le gain en surface ne se fait qu'au détriment de la substance. Il est bien vrai que l'administration commandante a cédé du terrain et que l'acte unilatéral est délaissé pour gouverner par contrat. La décentralisation d'abord, la mondialisation ensuite, ont œuvré en faveur des relations contractuelles, la nécessité d'offrir les constructions juridiques les plus adéquates conduisant à leur prolifération. Le droit n'est plus guère qu'un outil parmi d'autres soumis aux lois du marché. C'est de bas en haut que s'effectue le mouvement inductif partant du terrain pour enserrer le réel dans une nécessaire explication théorique. Les enjeux sont tels qu'il est nécessaire d'apporter stabilité et clarté aux moyens juridiques utilisés par les praticiens. Comme devant un tableau : « On n'y voit rien ! » disait le cher Daniel Arasse, pour « voir » le droit des contrats il est également nécessaire de trouver la distance focale, celle qui permettra de lire les lignes de force. Même s'il ne les commande pas toutes, le droit européen est bien à l'origine d'une grande part des transformations du contrat administratif. L'emprise est d'ailleurs telle qu'il est possible d'affirmer l'importance de la part de « notre droit administratif » qui a évolué en passant par le droit des contrats.

Si le contrat administratif français sert dans un premier temps de modèle à un encadrement de la passation des marchés des personnes publiques, dès la fin des années 1980, quand l'Union européenne décide de créer une réglementation détachée des modèles nationaux, c'est alors par vagues que se présentent les directives – dont d'ailleurs les dernières viennent d'être adoptées par le Conseil de l'Union européenne le 11 février 2014. Le choc a été grand, et il subsiste entre la notion française très spécifique du contrat administratif et un droit de l'Union européenne qui ne reprend pas la notion et qui ne veut prendre en compte que l'impact des contrats dans le domaine économique. Le droit de l'Union européenne se détourne de la notion pour privilégier le régime.

Cette démarche d'inversion voit le droit enjamber les préalables de classification et de définition dans un raisonnement où c'est au régime qu'il appartient de structurer la notion. Il faut remarquer que l'on retrouve dans le cadre européen un pragmatisme qui avait marqué l'enfance du contrat administratif français mais la construction empirique française était alors établie par le juge à l'intérieur d'un maigre cadre textuel qui ne dépassait guère le niveau réglementaire. Pour l'Europe, il importe surtout que son droit soumette les contrats passés par le secteur public aux règles de publicité et de mise en concurrence. Face à cet encadrement nouveau et rapide, les experts en ingénierie contractuelle développent des stratégies d'évitement qui enrichissent le contentieux et dont il a même été écrit qu'elles relevaient du « slalom ». Il n'est pas jusqu'à la Haute Chambre française qui n'encourage longtemps des procédures encourageant la censure, comme la passation des conventions d'aménagement, ou encore la relation du « *in house* » avec les SEM et le Conseil d'État lui-même s'est engagé dans un bras de fer avec la C.J.C.E. La difficulté pratique à faire se recouper les catégories juridiques nationales et européennes est source d'instabilité juridique. On constate une dilution des notions et il est patent que le droit de l'Union européenne préfère tenir compte des régimes plutôt que des notions.

Il fallait une certaine inconscience pour proposer « L'influence du droit de l'Union européenne sur la notion de contrat administratif » comme sujet de recherches et une belle audace pour l'accepter. Monsieur Amilhat a traité avec autant de sérieux que de brio les difficultés de la matière, prouvant ainsi tout autant le bien-fondé du choix du sujet que sa capacité de chercheur à dominer la matière. Pourtant, les défis étaient nombreux. La réflexion sur le droit des contrats oblige à dépasser la division d'une certaine façon artificielle entre contrat administratif et contrat de droit privé. C'est le minimum à exiger d'un travail dans cette matière. La désagrégation voire la pulvérisation des catégories, l'incertitude des classifications et du régime applicable et, lorsqu'ils sont parfois connus, leur instabilité déroutent l'observateur. C'est que le contrat administratif, de par sa spécificité franco-française, ne peut plonger ses racines, comme le fait le contrat en droit privé, dans le riche substrat du droit romain.

Foin de la doctrine, de la jurisprudence et des quelques textes applicables sans cohérence, il faut voir dans le droit des contrats administratifs un droit de maçon. En premier lieu, parce qu'il est toujours une réponse au terrain auquel il s'adapte. C'est la pratique et ses enjeux qui décident selon les cas d'une catégorie de contrat créée *ad hoc* ou d'un montage appelé à une reproduction en série. Selon les besoins du moment notre maçon procédera à l'adjonction de toute une aile à l'édifice. On découvre un matin qu'il a utilisé un espace libre de la parcelle pour monter une annexe. Un exemple d'amplitude est la vague des marchés publics globaux, un autre en tête d'épingle est la loi n° 2010-853

du 23 juillet 2010 aménageant un B.E.A. « valorisation » à l'intention de l'Hôtel de la Marine. Pour changer, un jour de pluie, notre ouvrier se réfugie dans des pièces existantes pour y multiplier des subdivisions (les baux emphytéotiques déclinés à partir du B.E.A.). Il tient du Facteur Cheval la persévérance dans la production, même si aucune inspiration géniale et modeste ne le meut.

Parfois les mathématiciens invitent la Beauté dans leur démonstration : c'est que l'abstraction le leur permet à l'opposé des experts en montages contractuels. Notre maçon ne se soucie ni de l'harmonie d'ensemble, ni même de la lisibilité de la construction. Le passant remarque un bloc clinquant installé en « préfabriqué » : c'est l'importation de la P.F.I. anglo-saxonne. Ailleurs, une partie du chantier fait l'objet d'improbables « rafistolages » : c'est la marque des conventions d'aménagement. Des matériaux de récupération renforcent le caractère hétéroclite et un peu barbare de l'édifice, ici l'insertion d'un chapiteau sculpté plus ancien : le B.E.A. cultuel, ailleurs de simples « bois flottés » échoués là presque par hasard : les contrats d'achat d'électricité.

Le phénomène est d'autant plus remarquable que le contrat administratif a cru longtemps bénéficier d'une théorie générale bien assise. Mais cette vision ordonnée a éclaté avec la mutation de la relation entre l'administration et le secteur privé et la multiplication des contrats administratifs spéciaux. Le droit du contrat administratif, un temps stabilisé, est entré dans une période frénétique où la théorie rencontre des champs d'application pulvérisés. La prise en compte des spécificités de chacun des objets des conventions, rencontre d'un schéma abstrait avec un terrain accidenté, a renvoyé l'étude du contrat administratif à ce qu'il fut longtemps : la juxtaposition de monographies résolument pratiques, bien éloignées des vastes fresques de la théorie des contrats en droit privé. Il manque bien sûr une architecture d'ensemble qui rendrait ce foisonnement intelligible.

Monsieur Amilhat rend bien compte de ce double mouvement de déconstruction et reconstruction. Mais plutôt que de chercher à bâtir une nouvelle théorie des contrats administratifs qui s'épuise, il s'emploie à construire une théorie des contrats publics, surmontant la frontière érigée entre droit public et droit privé. Dès lors, ce double mouvement impose le plan opposant *une notion en perte de cohésion à une notion en recherche de cohérence*. Cette consécration du droit des contrats publics est imposée par l'accroissement de la réglementation applicable en la matière. Ce n'est pas à une thèse en droit de l'Union que doit s'attendre le lecteur. Le pari est de montrer comment le droit de l'Union européenne a fait évoluer et fera encore évoluer la notion de contrat administratif. Authentique thèse doctrinale, elle démontre de façon convaincante que le droit de l'Union européenne opère sur la notion un « télescopage » qui d'abord la déconstruit puis la remodèle. La toute récente adoption des nouvelles

directives marchés publics et concessions confirme bien l'idée d'un droit européen des contrats publics intégré au droit français. L'actualité donne donc tout son sens à l'intuition créatrice de Monsieur Amilhat et redouble, s'il en était besoin, l'intérêt de sa construction. Car comme l'écrit Montaigne, peu amateur d'instabilité, « c'est une belle harmonie quand le dire et le faire vont ensemble ».

Françoise FRAYSSE

I.E.J.U.C. Professeur de droit public à l'Université Toulouse 1 Capitole