



HAL
open science

Des marchés publics à la commande publique

Grégory Kalfleche

► **To cite this version:**

Grégory Kalfleche. Des marchés publics à la commande publique: L'évolution du droit des marchés publics. Droit. Université Panthéon-Assas Paris 2, 2004. Français. NNT: . tel-01423737

HAL Id: tel-01423737

<https://hal.science/tel-01423737>

Submitted on 4 Jan 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Université Panthéon-Assas (Paris II)
(Droit – Économie – Sciences sociales)

THÈSE

pour l'obtention du grade de

Docteur de l'Université Panthéon-Assas (Paris II)
Droit – Économie – Sciences sociales

Discipline : Droit

présentée et soutenue publiquement le 14 décembre 2004 par

Grégory KALFLÈCHE

DES MARCHÉS PUBLICS À LA COMMANDE PUBLIQUE **L'évolution du droit des marchés publics**

devant le jury composé de :

M. Pierre DELVOLVÉ, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), directeur de thèse

M. François LLORENS, Professeur à l'Université Robert Schuman (Strasbourg III),
rapporteur

Mme Martine LOMBARD, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

M. Laurent RICHER, Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), rapporteur

M. Bertrand SEILLER, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

*L'université PANTHÉON-ASSAS (PARIS II) Droit-économie-
Sciences sociales n'entend donner aucune approbation ni
improbation aux opinions émises dans les thèses, ces opinions
devront être considérées comme propres à leurs auteurs.*

TABLE DES ABRÉVIATIONS

ACCP	Actualité de la commande et des contrats publics (devenue CP-ACCP)
AN	Assemblée nationale
AJDA	Actualité juridique – droit administratif
AJ Travaux	Actualité juridique – travaux ; ainsi que Actualité juridique - édition « travaux » pour la période 1950-1953, et Actualité juridique « travaux publics » pour la période 1945-1949 ; revue devenue AJDA.
ALD	Actualité législative Dalloz
Arch. Phil. Droit	Archive de philosophie du droit.
Avis CE	Avis du Conseil d'État en formation administrative
BJCP	Bulletin juridique des contrats publics
Bull.	Bulletin des chambres de la Cour de cassation
CAA	Cour administrative d'appel
CCAG	Cahier des clauses administratives générales
CCAP	Cahier des clauses administratives particulières
CE	Conseil d'État
CE Avis	Avis contentieux du Conseil d'État
CGCT	Code général des collectivités territoriales
CJA	Code de justice administrative
CJEG	Cahier juridique des l'électricité et du gaz (devenue RJEP)
C.M.P.	Code des marchés publics
CP-ACCP	Contrats publics – L'actualité de la commande et des contrats publics
Code CA-TAA	Code des tribunaux administratifs et des cour administratives d'appel
Concl.	Conclusions
DAG	Droit administratif général
Dr. Adm. ou DA	Droit administratif, revue du Jurisclasseur Lexis-Nexis
GACE	Grands avis du Conseil d'État. Y. GAUDEMET <i>et alii</i> , Dalloz ed. 2e ed. 2002
GAJA	Grands arrêts du droit administratif. M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, B. GENEVOIS, Dalloz ed, 14 ^e ed. 2003
Gaz. Pal.	La Gazette du Palais
GDCC	Grandes décisions du Conseil constitutionnel, L. FAVOREU et L. PHILIP, Dalloz ed. 12 ^e ed. 2003
JCP (G) ou JCP G	Jurisclasseur périodique – édition générale
JCP (A) ou JCP A	Jurisclasseur périodique – administratif
JCP (N) ou JCP N	Jurisclasseur périodique – édition notariale
JCP (E) ou JCP E	Jurisclasseur périodique – édition entreprises
J.O.	Journal officiel.
LPA	Les petites affiches
MBTP	Moniteur du bâtiment et des travaux publics
<i>Op. Cit.</i>	ouvrage cité précédemment

PPLR	Public Procurement Law review
rec.	Recueil des arrêts du Conseil d'État ou des décisions du Conseil constitutionnel
RJC	Recueil de jurisprudence constitutionnelle. L. FAVOREU
Rev. Adm	Revue administrative
RDI	Revue de droit immobilier
RDP	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
RFDA	Revue française de droit administratif
req.	Requête (numéro de la requête qui permet d'identifier un arrêt dans les bases de données numériques)
RJEP	Revue juridique de l'entreprise publique (ex. CJEG)
TA	Tribunal administratif
TC	Tribunal des conflits
v.	Voir
V°	Aller au mot dans un dictionnaire ou répertoire alphabétique

Le nom des autres revues ou institutions sont écrits en toute lettre.

SOMMAIRE

INTRODUCTION

1^{RE} PARTIE :

LE DÉVELOPPEMENT DE LA NOTION DE MARCHÉS PUBLICS

TITRE 1^{ER} : LE DÉVELOPPEMENT DE L'OBJET DES MARCHÉS

Chapitre 1^{er} : L'extension de la notion matérielle de travaux : des marchés de travaux publics aux marchés publics de travaux

Chapitre 2 : L'extension des notions matérielles de fournitures et de services

TITRE 2 : LE DÉVELOPPEMENT DES PARTIES AUX MARCHÉS

Chapitre 1^{er} : Les personnes devant passer des marchés publics

Chapitre 2 : Les personnes pouvant répondre à un marché public

2^E PARTIE :

LE DÉPASSEMENT DE LA NOTION DE MARCHÉS PUBLICS

TITRE 1^{ER} : POUR UNE NOTION JURIDIQUE DE COMMANDE PUBLIQUE

Chapitre 1^{er} : Proposition d'une définition des contrats de la commande publique

Chapitre 2 : Intérêt de la définition

TITRE 2 : LES PRINCIPES DE LA COMMANDE PUBLIQUE

Chapitre 1^{er} : Les principes justifiant les procédures de passation

Chapitre 2 : Les principes renforçant les procédures de passation

Tables et index

Bibliographie

Table des textes

Table des jurisprudences

Index nominum

Index rerum

Table des matières

« [...] dans leur ensemble, les tendances nouvelles du droit administratif s'inspirent d'un esprit de conservation, de progrès, de simplification ».

A. MESTRE¹

1. Le Huron au visage candide qui jadis alla au Palais-Royal afin de s'enquérir de notre recours pour excès de pouvoir pourrait, s'il revenait aujourd'hui, s'étonner d'autres pans de notre droit administratif². Il en serait notamment ainsi s'il demandait à mieux comprendre nos fameux « marchés publics » qui ont inspiré l'Europe tant ils permettent, a-t-il entendu dire en Amérique, l'achat des meilleurs biens au meilleur prix sans risque de malversation. Il constaterait d'abord que, malheureusement, ces objectifs ne sont pas tous atteints et que ce droit est en constante « amélioration ». Il constaterait ensuite que ces « améliorations » conduisent à ce qu'une activité aussi quotidienne que la passation des contrats par les personnes publiques pour les besoins de leurs administrations soit devenue, pour le juriste de notre pays, un exemple de complexité et de technicité.

Plus encore, son collègue et ami français lui ferait observer que l'extension de ce droit a été à la fois constante et toujours dans le sens d'un développement des procédures. Les tentatives de la doctrine pour théoriser la matière ont sans cesse été contrecarrées par des textes de plus en plus nombreux et disparates. Le maquis juridique actuel est, en effet, le résultat d'une évolution par accumulation qui atteint aujourd'hui un tel niveau de sophistication³ qu'il en perd toute intelligibilité.

2. C'est à la constatation de cette disparité et de ce manque de théorisation, ainsi qu'à la proposition d'une solution que veut aboutir cette étude. La solution proposée passe par la mise en place d'une notion juridique de *Commande publique*, aboutissement d'une évolution historique des « marchés publics » aujourd'hui arrivée à un point de rupture.

¹ In « L'évolution du droit administratif du 1869 à 1919 » *Bulletin de la société de législation comparée*, numéro 7-12 du 40^e anniversaire de la Société de législation comparée.

² La Référence au Huron est un hommage au désormais classique article de Jean RIVERO « Le huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *Dalloz*, 1962, chron. VI pp. 37-40 & *Pages de doctrine*, Tome 2, pp. 329-334. Pour le « visage candide », cf. p. 333

³ LITTRÉ définit ce terme comme l'« action de dénaturer une substance médicamenteuse ou autre par le mélange frauduleux de substances inertes ou d'une qualité inférieure. » Si l'on ne saurait comparer le droit communautaire à une substance d'une qualité inférieure, on peut au moins considérer que les directives « dénaturent » la notion interne en la diluant au sein de sa propre notion.

3. Les « marchés publics » sont une matière bien aride si l'on y voit que les techniques de passation auxquels elle renvoie. Il est difficile de passionner sur ce point. En revanche, si l'on insiste sur les raisons du caractère mouvant du droit des marchés publics et sur les difficultés théoriques qui se posent dans la confrontation des notions internes et communautaires, on commence à y trouver des motifs d'intérêt. Si l'on se penche sur le fait que ces marchés sont, comme le montre le substantif « public », partie intégrante du droit administratif, et que l'on voit qu'ils peuvent être passés par des personnes privées, ressortir à la compétence du juge judiciaire et être une activité économique, voire commerciale, des personnes publiques, la curiosité est aiguisée. Si l'on s'intéresse aussi à la place de ces contrats dans la théorie des actes de l'administration et si l'on remarque enfin la place que prennent dans cette matière les sources textuelles, si contraires à la tradition du droit administratif, les motifs d'intérêt se multiplient.

4. Or toutes ces réflexions se rapportent à la *notion* de marchés publics bien plus qu'à son régime. C'est autour d'elle que se posent toutes les difficultés de la matière. On pouvait dès lors s'étonner jusqu'en 2001 que le Code des marchés publics français ne contînt de cette notion qu'une définition peu éclairante⁴. La raison en est peut être que la mise en place d'une définition est très récente puisqu'il n'en existait pas avant 1964⁵. Pourtant, c'est bien un droit ancien que celui des marchés, puisque Cicéron contestait déjà le respect des procédures par le fameux Verrès dont il faisait le réquisitoire⁶. Certes, aujourd'hui, tant le droit communautaire⁷ que le droit interne⁸ dégagent une notion

⁴ Heureusement, la doctrine palliait ce manque de clarté, cf. J. KAHN, « La notion juridique de marché public », *Marchés publics*, 1968, n° 78 p. 37 ; L. RICHER, « Le marché public : problèmes actuels de définition », *CJEG*, février 1986, n° 408, doctr. p. 37 & *Marchés publics*, janvier 1987, n° 223, pp. 35-39 ; L. RICHER, « L'article 1er du Code des marchés publics doit-il être révisé ? », *AJDA*, 20 juillet 1994, n° spécial p. 13. La définition du Code apparaissait pourtant comme tellement peu satisfaisante que le *Traité des contrats* de A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, Paris, LGDJ, Tome 1, 1983, n° 198 p. 255 préfère redéfinir les marchés en proposant des critères plus opératoires.

⁵ Le premier Code des marchés publics français est issu du décret n° 64-729 du 17 juillet 1964

⁶ CICÉRON, *Action contre C. Verrès*, Liv. 1^{er}, Chap. 50, 55 et 56, cf. traduction de P-C-B GÉROULT, « Discours contre Cécilius, première action contre Verrès, seconde action contre Verrès [...] », *Bibliothèque latine-française*, Tomes 51-53, œuvres complètes de Cicéron V-VII, Paris, 1867-1869. Voir aussi pour une étude juridique : E.-E. JOUVE, *Droit romain du louage d'ouvrage (digeste livre 19 titre 2)*, droit français des marchés de travaux publics (CCAG du 14 novembre 1866), Thèse, Paris, 1878.

⁷ La définition des marchés publics communautaires figure aujourd'hui à l'article 1^{er} des directives 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, (JOUE L. 134 du 30 avril 2004) & Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, (JOUE L134 du 30 avril 2004). Ces deux directives remplacent les anciennes directives du Conseil 92/50/CEE du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services (JOCE L 209 du 24 juillet 1992 p. 1), 93/36/CEE du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (JOCE L 199 du 9 août 1993 p. 1), 93/37/CEE du 14 juin 1993, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, (JOCE n° L. 199 du 09/08/1993 p. 54) ; 93/38/CEE du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, (JOCE n° L. 199 du 9 août 1993). Ces dernières, modifiées, codifient les « premières » directives 71/305/CEE du Conseil du 26 juillet 1971 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, J.O.C.E. n° L. 185 du 16 août 1971, p. 5 (modifiées par la directive du Conseil du 18 juillet 1989 n° 89/440/CEE) et 70/32/CEE du 17

juridique de « marchés publics ». Cependant, on constate d'une part que ces définitions ne sont pas identiques, ce qui n'est pas sans poser de difficultés théoriques et pratiques, puisque l'on a non pas une mais deux notions de marché public en droit français. On constate aussi d'autre part que certains contrats qui étaient des « marchés » dans l'Ancien droit comme durant une partie du XIX^e siècle en sont aujourd'hui exclus. C'était le cas des concessions en droit interne, mais aussi d'autres contrats à propos desquels on insiste souvent sur les différences qu'ils présentent avec les marchés publics – transfert de la gestion, longue durée ou financement – alors qu'il semble au contraire que ce soient les points communs qui prédominent – caractère contractuel de l'acte, objectif de se procurer des biens corporels ou des services, gestion directe ou indirecte d'un service public⁹.

5. Fallait-il une étude ayant une approche des « marchés publics » par la *notion*, si cette démarche ne fait qu'accentuer la confusion ? Assurément, la solution à la confusion qui règne en droit positif et en doctrine ne peut être trouvée que par ce prisme. Il faut seulement inverser la démarche : ne pas chercher à cerner la notion de marché public, mais voir quels sont les contrats permettant aux personnes publiques de se procurer des biens. La cohérence vient alors : il y a une concordance entre ces contrats et la mise en place de procédures de passation. Voilà le champ d'étude, voilà ce que sont les « marchés publics » : non pas une catégorie contractuelle précise mais un ensemble de contrats qui constituent ce que l'on peut appeler une « matière ». Mais alors un constat s'impose : les notions juridiques de marchés publics – puisqu'il y en a plusieurs¹⁰ – ne correspondent pas à cette matière. La solution à une partie de l'incohérence du régime juridique, à sa diversité et son manque de théorisation, passe par la recherche d'une nouvelle notion de marchés publics, ou, pour plus de clarté, une nouvelle notion au nom nouveau. C'est à la suite de ce raisonnement « récursif » qu'est apparu l'objet de cette étude : mettre en place une notion juridique de commande publique, résultat de l'évolution historique de la matière des « marchés publics ».

décembre 1969 et 77/62/CEE du 21 décembre 1976 *portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures*, plusieurs fois modifiée.

⁸ Le premier Code des marchés publics mettant en place une définition satisfaisante des marchés publics est issu du décret 2001-210 du 7 mars 2001, *Portant code des marchés publics*, J.O. n° 571 du 8 mars 2001 p. 3700 et pp. 37001-37026. Le second qui reprend la première définition date du décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004, *Portant code des marchés publics*, J.O. n° 6 du 8 janvier 2004 p. 37003. Le premier sera le plus souvent appelé au sein de cette étude « Code de 2001 » et le second « Code de 2004 ».

⁹ F. LLORENS notait déjà ce phénomène d'approche par les différences qui en fait oublier les points communs à propos des marchés de travaux publics et des contrats d'entreprise, cf. F. LLORENS, préface de P. DELVOLVÉ, *Contrats d'entreprise et marchés de travaux publics (contribution à la comparaison entre contrats de droit privé et contrat administratif)*, Paris, LGDJ coll. *Bibliothèque de droit public*, Tome 139, 1981, 705 pp. spé. p. 6

¹⁰ Notamment une notion interne, issue du Code des marchés publics et une notion communautaire, issue des directives. On a pu voir dans le champ d'application du référé précontractuel de l'article L. 551-1 une autre notion interne de marché public, mais il s'agit en réalité de la notion de marchés publics au sens communautaire interprétée par le juge dans le cadre de ce recours spécifique. Cf. CH. MAUGÜÉ et L. TOUVET, « Note sous CE Ass. 10 juin 1994, Commune de Cabourg, in "Chronique générale de jurisprudence administrative française" », *AJDA*, 20 juillet 1994, p. 502

Opportunité d'une étude sur l'évolution du droit des marchés publics

6. Les contrats que passent les administrations et qui constituent la matière des marchés publics¹¹ représentent des sommes très importantes dont on a souvent peu conscience. Selon les chiffres du Ministère de l'économie et des finances, ces sommes s'élèvent à 120 milliards d'euros par an, c'est-à-dire 10 % du produit intérieur brut français¹² ou près de 45 % du budget de l'État¹³. En Europe, ils équivalent à environ 16 % du PIB de l'Union, soit approximativement 1500 milliards d'euros¹⁴. Si ces données économiques ne justifient pas par elles-mêmes une étude juridique, elles expliquent qu'un domaine aussi important soit l'objet d'attentions particulières de la part des pouvoirs publics, qui régulent et règlent ce domaine tout en étant des acteurs principaux.

7. Dans une perspective plus juridique, l'ensemble des marchés publics, dont on a pu dire qu'ils étaient en « réforme permanente »¹⁵, a subi depuis quinze ans des modifications d'une ampleur considérable. En droit français, les personnes publiques et leurs cocontractants ont été soumis à trois Codes des marchés publics différents en l'espace de quatre ans¹⁶, à la création et aux modifications d'une nouvelle catégorie juridique de « conventions de délégation de service public » regroupant d'anciens contrats nommés¹⁷ et à l'établissement des récents « contrats de partenariat »¹⁸. Toutes ces

¹¹ On retrouve une utilisation du terme de « marché public » au sens large dans un certain nombre d'articles de doctrine, Cf. P. DELVOLVÉ, « Vers l'unification du droit des "marchés publics" ? », *L'unité du droit, Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica ed., 1996, pp. 225-239

¹² Ces chiffres que l'on peut trouver sur le site Internet du Ministère fin 2004 ne doivent toutefois être envisagés que comme des ordres d'idées, ils sont parfois contradictoires, ne serait-ce que parce que le PIB de la France en 2003 est de 1551 milliards d'euros selon l'OCDE (et les 120 milliards cités par le site Internet du Ministère ne font pas 10 % de 1551 milliards). Rappelons qu'en billets de 200 euros, un milliard représente une liasse de 500 mètres d'épaisseur.

¹³ Pour l'année 2004, ce dernier est de 273,80 milliards d'euros (120 milliards représentent donc 43,83 % de ce budget). Bien entendu, les « marchés publics » ne sont pas seulement « payés » sur ce budget, non seulement parce que beaucoup le sont sur celui des autres personnes publiques, mais aussi parce que certains ont leur rémunération fondée sur des redevances payées par les usagers, voire par d'autres recettes non fiscales.

¹⁴ Ces chiffres sont ceux que l'on trouve dans le document « *Buying green ! A handbook on environmental public procurement* », Bruxelles, 18 août 2004, SEC(2004) 1050 (dont la traduction officielle est « *Achetez Vert ! Un manuel sur les marchés publics écologiques* ») Ce chiffre est par ailleurs repris sur le site Internet de l'Union. Afin d'insister sur l'importance de ces sommes, le document précité insiste sur le fait que cela représente la moitié du PIB de l'Allemagne (le PIB de l'Allemagne pour 2003 est pourtant « seulement » de 2136 milliards d'euros selon l'OCDE, le chiffre de 1500 milliards est plus proche du PIB de la France soit 1551 milliards ou de celui du Royaume-Uni, soit 1566 milliards). Notons là aussi que ce chiffre a été fortement revu à la hausse par rapports au chiffre officiel de 1994 qui était de 720 milliards d'écu, soit 11,5 % du PIB européen (que l'on trouve in « *Livre vert. Les marchés publics dans l'Union européenne : pistes de réflexion pour l'avenir* ». Communication adoptée par la Commission le 27 novembre 1996, sur proposition de M. MONTI).

¹⁵ CH. BRÉCHON-MOULÈNES, N. CHARREL et L. RICHER, « Une étape de la réforme permanente : le décret du 7 mars 2001 », *ACCP*, juin 2001, p. 7

¹⁶ Avant 2001 le Code de 1964 (cf. note 5) entre 2001 et 2004 le Code de 2001 et depuis 2004 le Code de la même année (cf. note 8)

¹⁷ Cette catégorie juridique issue de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques dite « loi Sapin », modifiée par la loi n° 94-530 du 28 juin 1994 (J.O. du 29 juin 1994), la loi n° 94-674 du 8 août 1994 (J.O. du 10 août

modifications textuelles ont eu une influence sur la façon dont les personnes publiques se fournissent en biens en imposant des procédures de passation. Par ailleurs, des réformes en matière de constitution de droits réels sur le domaine des personnes publiques ou en matière d'aménagement ont développé les moyens, pour ces mêmes personnes, de se procurer des immeubles et ces modes d'acquisition sont venus en concurrence avec les contrats précités¹⁹.

8. En droit communautaire, des personnes plus largement entendues que les seules personnes publiques ont été soumises, elles aussi, à des directives imposant des procédures de passation très précises et, elles aussi, modifiées à trois reprises²⁰. L'extension principale de la matière, notamment *rationae personae* est d'ailleurs venue de ces directives.

9. On le voit, la matière est éminemment textuelle, mais elle laisse toutefois un pouvoir d'appréciation important aux juges. À l'évidence, le juge administratif est au cœur du contrôle et de l'interprétation de ces textes. Il faut pourtant aussi insister sur la place essentielle du juge communautaire dans l'appréciation des directives européennes ; ou encore du juge constitutionnel par les limites qu'il pose à l'action du législateur et, indirectement, de l'administration, en découvrant des principes propres à « la commande publique » apportant aux citoyens des garanties dont les pouvoirs publics ne sauraient les priver²¹.

10. Cette activité textuelle et jurisprudentielle sans équivalent²² a conduit à une activité doctrinale importante. Les premiers ouvrages sur les marchés publics au cours du XIX^e siècle étaient, pour une part, inclus dans l'étude du droit administratif en général²³, et

1994), la loi n° 95-101 du 2 février 1995 (*J.O.* du 3 février 1995), la loi n° 95-127 du 8 février 1995 (*J.O.* du 9 février 1995), la loi n° 96-142 du 21 février 1996 (*J.O.* du 24 février 1996) et la loi n° 96-609 du 5 juillet 1996 (*J.O.* du 9 juillet 1996), et enfin par la loi n° 2001-452 DC du 6 décembre 2001 *portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier* (MURCEF) qui en donne clairement une définition. Pour les collectivités territoriales, ces dispositions sont codifiées aux articles L. 1411-1 et s. du CGCT.

¹⁸ Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 *sur les contrats de partenariat*, *J.O.* n° 141 du 19 juin 2004 p. 10994, texte n° 2 ; qui s'applique à l'État et ses établissements publics et qui crée des dispositions similaires pour les collectivités locales et leurs établissements publics aux articles L. 1414-1 du CGCT.

¹⁹ On pense aux articles L. 1311-2 et s. du CGCT issus de la loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 et aux articles L. 34-1 et s. (et R. 57-1 et s) du Code du domaine de l'État issus de la loi n° 94-631 du 25 juillet 1994 et de son décret d'application n° 96-695 du 6 mai 1995. Les conventions d'aménagement sont pour leur part issues des articles L. 300-4 et L. 300-5 du Code de l'urbanisme.

²⁰ Cf. note 7. On peut distinguer trois étapes : les premières directives des années 1970, les secondes des années 1989-1993 et les troisièmes de 2004.

²¹ On peut tirer cela de la décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, 18^e considérant. Cette décision nous a définitivement convaincu de choisir le terme de *Commande publique* pour la nouvelle notion que nous voulions mettre en place.

²² Il semble que les travaux publics aient eu la même tendance à l'instabilité que les marchés publics si l'on s'en réfère à la façon dont T.-A. COTELLE justifie la 3^e édition de ses *Cours de droit administratif appliqué aux travaux publics*, Paris, *Dalmont et Dunod ed.*, 3^e ed., 1859-1862, 4 Tomes : « *Les nouveaux éléments à y comprendre étaient trop nombreux et disséminés dans toutes les matières, pour qu'il nous fût possible de publier en leur faveur un supplément à l'édition précédente. [...] En effet, est-il quelque autre partie de notre législation qui se soit autant enrichie en peu d'années ?* »

²³ On pense aux ouvrages de E.-V FOU CART, *Éléments de droit public et administratif*, Paris, *Videcoq, libraire*, 1839, 2^e ed. spé. Tome 2 page 203 ; A. BATBIE, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*,

pour une autre part, tournés vers la pratique administrative²⁴. L'étude des marchés a ensuite été répartie, selon les ouvrages, entre celle des contrats administratifs et celle des « travaux publics »²⁵. Les évolutions récentes ont conduit parfois à en faire une matière originale incluse dans les études de droit, mais aussi à développer des outils doctrinaux propres à la matière.

11. D'abord, les revues classiques ont fortement développé la place accordée aux « contrats et marchés »²⁶ et les nouvelles revues généralistes créées traitent aussi largement de ce sujet²⁷. Ensuite, un nombre très important de revues spécialisées se sont développées ou sont apparues. Parmi les premières, figurent le *Moniteur du bâtiment et des travaux publics*, dont la partie juridique ne cesse d'augmenter, la *Revue de droit immobilier*, qui fait la part belle au droit public, ou à la revue *Marchés publics* du Ministère de l'économie et des finances, qui suit avec peine les réformes que ses auteurs instiguent. Les secondes sont notamment le *Bulletin juridique des contrats publics*, l'*Actualité de la commande et des contrats publics* (devenue *Contrats publics*) ou la revue *Contrats et marchés publics*, sans oublier la relance de la centenaire *Revue des concessions*.

12. Les ouvrages traitant de ces contrats se sont, eux aussi, développés. La matière des « marchés publics » est en effet abordée, soit au sein d'un nombre grandissant de contrats touchant aux « contrats administratifs »²⁸, soit au sein de livres spécialisés dont

Paris, L. Larose et Forcel libraires-éditeurs, 1885, 2^e édition, spé. Tome 7, pp. 248-251 (marchés de fournitures) et 132-248 (marchés de travaux publics) ; H. BERTHÉLÉMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, Arthur Rousseau ed., 1906, 4^e édition, spé. p. 1, 508 (marchés de fournitures) et 556 (marchés de travaux publics) ; L. CABANTOUS et J. LIÉGEOIS, *Répétitions écrites sur le droit administratif*, Paris, librairie A. Mareseq Aîné, A Chevalier-Mareseq, successeur, 1882, 6^e ed. spé. n° 47 p. 615 ; TH. DUCROCQ, *Cours de droit administratif et de législation française des finances*, Paris, A. Fontemoing, ed., 1897, 7^e édition 1897, 6 Tomes et des tables

²⁴ Par exemple : L. AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'école des ponts et chaussées*, Paris, Dunod, 1^e ed. 3 Tomes 1869-1870-1876 ; 2^e ed. 1882 ; 3^e ed. 1885-1886 ; T.-A. COTELLE, *Op. Cit.*, note 22, 3^e ed., 1859-1962. Ces deux cours sont la reprise des conférences de leurs auteurs faites à l'école des Ponts et chaussées et qui touchaient aux travaux publics très largement entendus, auxquels s'ajoutaient notamment des éléments de droit constitutionnel et d'organisation administrative. Cf. aussi A. CHRISTOPHLE, *Traité théorique et pratique des travaux publics*, Paris, A. Mareseq aîné ed., 1^e ed. 1862, 2 Tomes, 2^e ed. 1890, 2 Tomes.

²⁵ Cf. par exemple R. CHAPUS, *Droit administratif général*, qui en traite surtout dans son Tome 1, 15^e ed. 2001, n° 1365 et s. et peu dans sont Tome 2, 15^e ed. 2001, n° 709 et s. Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, 16^e ed. 2001, n° 1432 et s.

²⁶ L'expression de *contrats et marchés* est celle employée par l'*AJDA*, vraisemblablement inspirée par les tables du *Lebon* qui regroupent sous ce terme l'ensemble des arrêts au sujet des contrats en général et des marchés et concessions en particulier. Sur les 46 numéros de cette revue entre juin 2003 et juin 2004, seuls 16 ne mettent pas en avant, en couverture, un article ou une note sur les contrats et marchés. Notons que l'*AJDA* s'appelait jusqu'en 1955 *Actualité juridique « édition travaux »*, puis « travaux » ; l'extension de la place des marchés publics est donc en quelque sorte un retour aux sources. Cette tendance, quoique moins forte, peut aussi être constatée dans d'autres revues comme la *RFDA*, *Droit administratif* ou les *Cahiers juridiques de l'électricité et du gaz* (*CJEG*), devenus la *Revue juridique de l'entreprise publique* (*RJEP*).

²⁷ On pense notamment à la *Semaine juridique*, édition « administratif », citée *JCP (A)*.

²⁸ On ne peut que faire référence aux ouvrages classiques de G. JÈZE *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics*, Paris, Marcel Giard ed. puis *Librairie générale de droit et de jurisprudence*, 1927, spé. Tome 1, 257 pp et de A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 1983 et 1984, 1124 pp. On peut aujourd'hui ajouter ceux de

la teneur doctrinale dépasse bien souvent ce que le titre laisse entendre²⁹, et cela sans compter le nombre important d'ouvrages pratiques.

Toute cette activité législative, réglementaire et doctrinale démontre la place croissante de cette matière dans l'activité juridique du droit public et laisse apparaître son importance. Dans l'analyse du droit applicable à ces contrats, les articles parus font montre d'une inventivité et parfois d'un grand recul sur l'ensemble de la matière³⁰, mais s'il existe des thèses plus ponctuelles, peu sont publiées et aucune thèse globale n'a été menée dans ce domaine³¹. C'est ce manque que cette étude tente de combler.

13. La question de l'opportunité *rationae temporis* d'une thèse sur l'évolution du droit des marchés publics, ou de la mise en place d'une nouvelle notion de commande publique pourrait se poser. Elle ne fait à notre sens que peu de doute. En effet, ces dernières années sont marquées par une volonté de rationalisation de la matière. En témoignent non seulement les « codifications » françaises et les « paquets législatifs » communautaires, mais aussi les nombreux constats doctrinaux à propos d'une complexité trop importante³². C'est d'ailleurs plus récemment ce qui ressort de l'idée émise par le législateur d'un « code de la commande publique » ; même si les contraintes administratives et la volonté de prendre ce code par ordonnance, sans travail parlementaire et à droit constant, ne laissent pas la même liberté et ne poussent pas aux mêmes réflexions d'ensemble.

On le voit, par la masse des évolutions récentes qui nécessite une systématisation de la matière et, partant, une nouvelle notion juridique, mais aussi par le moment auquel elle abouti, cette étude apparaît opportune.

Délimitation du sujet

14. L'entreprise apparaissait colossale, il a fallu la limiter. Historiquement d'abord, on fera partir l'analyse de ce droit à la Révolution³³, sous la seule réserve de

L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ coll. Manuel, 4^e ed. 2004, 677 pp. et de CH. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, PUF, coll. Thémis Droit public, 2004, 514 pp.

²⁹ S. BRACONNIER, *Droit des marchés publics*, Paris, Imprimerie nationale, éditions techniques coll. Essentiels experts, 396 pp., N. SYMCHOWICZ, *Droit public des montages contractuels complexes*, Paris, Imprimeries nationales, ed. techniques, coll. Essentiel expert, 2003, 353 pp.

³⁰ PH. TERNEYRE, « Les montages contractuels complexes », *AJDA*, 1994, n° spécial, pp. 43-58 ; P. DELVOLVÉ, « Vers l'unification du droit des "marchés publics" ? », *L'unité du droit, Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, Economica ed., 1996, pp. 225-239 ; R. ROUQUETTE, « Contribution à la classification des contrats synallagmatiques de l'administration », *AJDA*, 20 juillet 1995, pp. 483-495

³¹ On notera que certaines études, bien que moins larges, touchent certains points essentiels de la matière O. GUEZOU, *Les comportements anticoncurrentiels dans la passation des marchés publics*, Thèse dactylographiée, 1998, Paris X – Nanterre ; P. REIS, *La concurrence et les marchés publics*, 1999, Nice, Droit privé ; A. CABANES, *La notion communautaire de marchés publics*, 1996, Paris V ; C. PRÉBISSY-SCHNALL, *La pénalisation du droit des marchés publics*, Paris, LGDJ coll. Bibliothèque de droit public, Tome 223, 640 pp.

³² Il est inutile de faire une liste des articles ayant cette opinion tant elle est partagée.

³³ Et précisément du décret du 14 décembre 1789 relatif à la constitution des municipalités, suivi de l'instruction, DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 1, page 63, spé. art. 50 p. 66 précise que : « Les fonctions

quelques recours ponctuels à l'Ancien droit. Les raisons de ce choix sont de plusieurs ordres. La première est que le droit des marchés est, à la Révolution, dans une situation presque aussi incomplète que ce qu'il était durant l'Ancien régime : il n'y a pas plus de loi généralisant les procédures de passation avant qu'après, et l'on ne trouve aucune notion juridique fixée de « marché public ». En revanche, et c'est la deuxième raison, à partir de 1789, si le droit est « sectoriel », par ministère ou par type de marché, il devient national. L'Ancien droit était pour sa part fait essentiellement de réglementations locales³⁴. Troisième raison, chaque contrat d'envergure faisait l'objet d'un texte spécial du Roi, l'octroi d'un marché étant assimilé à l'octroi d'un privilège³⁵. La vision « universaliste » du droit post-révolutionnaire réduira fort heureusement cette vision de « privilège privé » à quelques rares exemples ensuite. Enfin, quatrième raison, par ses spécificités, le droit d'Ancien Régime est difficile à comparer avec le droit moderne. C'est de cela que témoigne la controverse que l'on rencontre parmi les historiens du droit, d'aucuns estimant qu'il existe un droit administratif avant la Révolution, tandis que d'autres estiment que cette position est abusive³⁶. Si, comme certains auteurs³⁷, on considère qu'il existe un « ancien droit administratif »³⁸ qui ne saurait se définir comme le droit administratif d'aujourd'hui mais qui en est bien un, matériellement au moins, le fait d'évacuer l'Ancien droit de notre étude permet d'éviter de rentrer dans cette controverse et d'effectuer des comparaisons que certains jugeraient inadaptées.

15. Matériellement, les limites du sujet doivent aussi être précisées. On l'a dit, c'est largement que l'on entendra la matière des « marchés publics ». Pourtant, on ne traitera que de ce qui touche directement aux contrats et à leur passation, certains points ne seront pas du tout abordés, d'autres simplement évoqués.

16. Tout d'abord, on ne traitera, ni de l'organisation des corps des Ponts et chaussées, ni des écoles fondées essentiellement pour mieux organiser les travaux de

propres au pouvoir municipal, sous la surveillance et l'inspection des assemblées administratives, sont : [...] de diriger et faire exécuter les travaux publics qui sont à la charge de la communauté [...] ».

³⁴ Cf. J.-L. MESTRE, *Le contentieux des communautés de Provence : un droit administratif à la fin de l'Ancien régime*, Paris, LGDJ coll. Bibliothèque de droit public, Tome 121, 1976, XV-597 pp. ; F. MONNIER, *Les marchés de travaux publics dans la généralité de Paris au XVIIIe siècle*, Paris, LGDJ bibliothèque de science administrative, Tome XI, 1984, 435 pp.

³⁵ Cf. M. F. MALAPERT, *Histoire de la législation des travaux publics*, Paris, Librairie générale de l'architecture ed., 1880 p. 91, ainsi que les nombreux exemples donnés par X. BEZANÇON, *Essai sur les contrats de travaux et de service public. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 206, 1999 et 2001 avec appendice d'actualisation, 658 pp. pour ce deuxième tirage.

³⁶ Pour une approche de ces débats, cf. F. BURDEAU, « Naissance d'un droit », in *Nonagesimo anno, Mélanges en hommage à Jean Gaudemet*, Paris, PUF, 1999, pp. 521-540. Les tenants d'un droit administratif dès l'Ancien Régime sont regroupés autour de P. LEGENDRE ou de J.-L. MESTRE et ceux estimant que le droit administratif naît après la Révolution, voir durant l'empire ou la Restauration ont aujourd'hui pour représentant F. BURDEAU et G. BIGOT.

³⁷ B. PLESSIX « Nicolas Delamare ou les fondations du droit administratif français », *Droits*, n° 38, 2003 p. 113-133

³⁸ L'expression est de B. PLESSIX, *ibidem*, p. 114

l'État³⁹. De même seront écartés les autres modes, notamment non contractuels de gestion ou d'acquisition de biens qui sont souvent associés aux marchés publics par le prisme des travaux publics mais qui n'en sont pas : lois sur l'expropriation, les mines et carrières, les travaux forestiers et le reboisement ou le dessèchement des marais. Tous font partie des anciens manuels, ils n'ont plus de raison d'être rattachés aux marchés publics aujourd'hui.

17. En second lieu, ne seront qu'évoquées l'organisation et les compétences des Ministères des travaux publics ou celui de l'économie et des finances qui étaient, ou sont, l'une des principales sources du droit des marchés publics, de même que toutes les modalités comptables des marchés tels que les dotations, participation des propriétaires, avances ou décomptes. Par ailleurs, on se limitera à faire référence aux différents cahiers des charges dans la mesure où, d'une part ils ne s'appliquent qu'aux marchés publics au sens du Code des marchés publics et, d'autre part, ils ne sont plus obligatoires pour les collectivités territoriales⁴⁰.

Commence cette étude à la Révolution et la limiter essentiellement aux procédures de passation largement entendues impose des précisions sur les méthodes employées.

Méthodes employées

18. L'analyse de l'évolution du droit des marchés publics, qui conduit à envisager la mise en place d'une notion de commande publique, est fondée sur une triple méthode d'analyse. Elle est d'abord une méthode inductive qui cherche les expressions du droit des marchés pour remonter à la notion ; elle est ensuite une méthode généalogique, qui veut expliquer par l'histoire la portée réelle des innovations ou des éléments de stabilité ; enfin, elle est une méthode comparatiste, nécessitée par la multiplicité des sources de ce droit.

19. La méthode employée est d'abord inductive. Elle part en effet de la recherche des moyens contractuels par lesquels l'administration se procure⁴¹ des biens.

³⁹ On pense aux écoles Polytechnique, des Mines, des Ponts et chaussées et à l'école Centrale. Certaines visent les travaux civils, d'autres les travaux militaires et le corps du Génie. Citer les vieux tucs qui en parlent

⁴⁰ L'article 13-1 de la loi du loi n° 82-623 du 22 juillet 1982 *modifiant et complétant la loi n° 82-213 du 2 mars 1982 relative aux droits et libertés des communes, des départements et des régions et précisant les nouvelles conditions d'exercice du contrôle administratif sur les actes des autorités communales, départementales et régionales* modifie l'article 22 de la loi du 2 mars 1982 et prévoit que les cahiers de charges, et notamment les fameux CCAG (Cahiers des clauses administratives générales, approuvés auparavant par décret et depuis l'article 13 du Code des marchés publics de 2001 par arrêté) ne sont que des modèles non obligatoires. Ils sont toutefois clairement considérés comme des pièces contractuelles dès lors qu'un marché y fait référence, cf. CE 14 décembre 1988, *Assistance publique à Marseille*, rec. tables p. 900 req. n° 67024. Pour les services publics locaux, on se référera à l'article L. 1231-2 2° CGCT.

⁴¹ On notera que les anglo-saxons utilisent le terme de *public procurement* pour ce que nous appelons « marchés publics » au sens large et que nous regroupons pour notre part sous la notion juridique de « commande publique ». Le verbe *to procure* signifie obtenir, se procurer. Il s'emploie aussi bien pour obtenir un objet (comme dans une vente) qu'un service ou une obligation de faire (comme dans un

Cela conduit à constater d'abord le regroupement de ces contrats sous la qualification principale, mais non unique, de « marchés publics » et, ensuite, une constante soumission de ces contrats à des procédures de passation, sauf pour ceux qui en sont expressément exclus. C'est en fonction de cette méthode que l'on a pu d'abord rechercher quels étaient les biens soumis à ces procédures, ce qui a permis de constater une extension constante *rationae materiae* de ces contrats. C'est aussi en fonction de cette méthode qu'on l'on a ensuite recherché quelles étaient les personnes soumises à ces procédures. Là encore, même constat : les diverses qualifications contractuelles ont subi une extension du champ d'application *rationae personae*, ce qui a développé encore la soumission à des procédures.

C'est le constat de l'adéquation pratique entre les « contrats permettant de se procurer des biens » et leur soumission à des procédures de passation qui conduit à la conclusion : le développement constant de la matière des « marchés publics » à travers les différentes catégories contractuelles que sont les marchés publics au sens du Code des marchés publics français, les marchés publics communautaires, les concessions dans ses différents sens, les délégations de service public, les contrats de partenariat, voire les contrats innomés. De l'analyse individuelle de chacune de ces qualifications, axée autour de la notion de marchés publics, on remonte vers une approche globale de cet ensemble de contrats. Cela conduit au constat de l'inadéquation des qualifications juridiques à la réalité de la matière et à la possibilité de rationaliser cette dernière à travers une nouvelle notion.

C'est alors que l'on peut essayer de reconstruire l'ensemble dans le sens dans lequel le raisonnement juridique doit l'aborder : du général au particulier et non pas l'inverse. La méthode « inductive » permet la déconstruction, la reconstruction se doit d'être déductive⁴². Loin de nous l'idée de suivre le Commissaire du Gouvernement B. CHENOT dans ce que l'on a pu appeler « l'existentialisme juridique »⁴³ auquel s'opposerait la construction de systèmes. Ce qui est recherché est bien la construction d'une *notion*, non pas seulement parce qu'elle « assure la tranquillité des professeurs »⁴⁴, mais parce qu'elle assure la tranquillité des acteurs du droit, l'égalité de tous dans la connaissance et l'accessibilité au droit, la justice tout simplement, à travers un minimum de sécurité juridique⁴⁵.

contrat d'entreprise). En cela, il est parfaitement comparable aux « marchés publics » tels que nous les entendons.

⁴² C'est ce qui ressort d'ailleurs de J. RIVERO, « Apologie pour les faiseurs de systèmes », *Dalloz*, 1951, chron. XXIII, pp. 99-102 & *Pages de doctrine*, Paris, LGDJ, 1980, Tome 1^{er}, pp. 3-10 « *A un plan plus humble, le « faiseur de systèmes », remontant du concret à l'abstrait, passant du multiple à l'un, va s'efforcer de ramener la pluralité des solutions données par la loi ou la jurisprudence à quelques formules qui en dégagent les aspects fondamentaux ; dans cet effort encore, il y a des degrés, selon qu'il s'attache à un domaine plus ou moins vaste* ».

⁴³ M. WALINE, « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Bruxelles et Paris, Bruylant et Sirey, 1963, pp. 359-371, spé. p. 362 où l'auteur explique en quoi on peut trouver une référence à l'existentialisme dans ce qu'écrivait le commissaire du gouvernement B. CHENOT in « La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'État », *EDCE*, 1950, pp. 77-83

⁴⁴ Le terme est issu de l'étude précitée de B. CHENOT à l'EDCE 1950, spé. p. 82, qui fait suite, dans l'esprit, à ses conclusions sous l'arrêt CE 10 février 1950, *Sieur Gicquel*, rec. p. 100.

⁴⁵ Dans son article, B. CHENOT estime que les notions institutionnelles garantissent « la stabilité des catégories juridiques », mais il n'en voit pas les conséquences bénéfiques.

20. À cette méthode inductive s'ajoute une méthode que l'on peut appeler « généalogique » pour ne pas dire « historique ». L'analyse de la matière pouvait être uniquement positive, se limiter au champ d'application des différentes législations et à leur interprétation par les juges. La difficulté était alors de prendre le recul tant nécessaire à une étude d'ensemble. Prendre cet angle uniquement positif pouvait conduire à rester cantonné aux *a priori* et empêcher une vision un tant soit peu renouvelée. Une certaine distance à l'égard droit positif était la condition d'une recherche doctrinale, d'une tentative de systématisation. De plus, le rôle attribué à la doctrine par elle-même⁴⁶ est souvent justifié par le fait que le droit administratif est une matière jurisprudentielle, c'est-à-dire instable et *a priori* casuelle. Il se remplit donc spontanément avec moins de recul lorsqu'il s'agit de systématiser l'action du législateur ou du pouvoir réglementaire et non celui du juge. Les textes sont en effet couramment généraux, ils recherchent des solutions objectives et dépassent les situations subjectives qui, sauf en théorie dans le recours pour excès de pouvoir, sont l'apanage des jugements et arrêts. Pourtant, bien que les sources des marchés publics soient principalement textuelles et non jurisprudentielles, cette systématisation est tout à fait nécessaire dans notre matière tant ses textes sont ponctuels et fluctuants comme le sont plus souvent les jurisprudences⁴⁷.

21. La distance doctrinale prend donc partiellement la forme, dans cette étude, d'un recul historique sur la situation actuelle. L'ambition n'est pas de s'inscrire dans la fameuse école historique du droit de SAVIGNY, ni dans la lutte qu'il mène en la développant contre le Code civil et le culte du texte au détriment la jurisprudence⁴⁸. On voit bien d'ailleurs qu'on ne peut estimer comme lui que les textes brisent le droit issu « *de la plus intime (innersten) essence de la nation et de son histoire* »⁴⁹ puisque, précisément, notre matière est à la fois textuelle, mouvante et produit de l'histoire. Peut-être veut-on se rapprocher d'auteurs moins véhéments comme LABOULAYE, DARESTÉ⁵⁰, ou SALEILLES, partiellement inspirés par SAVIGNY mais s'en détachant aussi sur certains points ; et principalement sur l'idée que la codification ne va pas contre le droit qui se doit d'être « *fonction de l'esprit national* », puisque c'est au contraire le droit coutumier qui se « *réalis(e)*

⁴⁶ *Ibidem*, « au commentateur de systématiser des solutions particulières, de coordonner en un tout organisé, d'en éclairer les formules les unes par les autres, de les transformer ainsi en une matière intelligible. Dans une discipline touffue, neuve, mouvante, [...] l'effort pour systématiser, c'est-à-dire pour ramener à de lignes simples le chaos des espèces, répondait à une nécessité ». Cf. aussi A. de LAUBADÈRE, « Le problème de la responsabilité du fait des choses en droit administratif français », *EDCE*, 1959, n° 13, pp. 29-44 & *Pages de doctrine*, Paris, LGDJ, 1980, Tome 2^e, pp. 277-299, spé. p. 298, note 50 « *C'est que la doctrine, dont le métier est de proposer des systématisations [...]* »

⁴⁷ Ce caractère mouvant des textes de la commande publique, dont on a dit qu'il fait suite à ce même caractère pour les textes de la matière des « travaux publics », permet d'ailleurs de conserver une méthode d'approche qui est celle du publiciste, directement de la source à la doctrine, et non de passer à une méthode plus courante au droit privé qui fait passer du texte à la jurisprudence puis à la doctrine.

⁴⁸ Cf. J. GAUDEMET, « Les écoles historiques du droit en France et en Allemagne au XIX^e siècle », *Revue d'histoire des facultés de droit*, 1998, pp. 87-124, spé. pp. 96 et s.

⁴⁹ F. C VON SAVIGNY, « Sur le but de ce journal », premier article du *Journal pour la science historique du droit* faisant office de manifeste de son école, spé. p. 264

⁵⁰ Ces deux auteurs ont ensemble fondé la *Revue historique de droit français et étranger* en 1855 et ont publié le *Grand coutumier de France* en 1868.

dans la législation »⁵¹. On se démarquera de ces auteurs en ne s'opposant ni à la codification comme SAVIGNY, ni à l'école de l'exégèse comme les auteurs français⁵².

22. Le point commun entre leur approche et la notre est le recours à l'histoire comme méthode d'observation du droit, observation qui permet d'éclairer et de comprendre le droit du moment. En cela, comme pour ces éminents auteurs, notre approche historique est aussi la cause de notre approche inductive⁵³. Pour autant, notre objectif est plus limité. Il s'agit essentiellement de suivre la « filiation » des notions afin de déceler ce qui constitue historiquement leurs éléments fondamentaux et de les distinguer de ce qui fait partie des ajouts récents ; ces derniers pouvant, tout autant que les premiers faire partie des règles que tout le monde considère comme « intangibles » alors que c'est autour des éléments essentiels que se fera la rationalisation de la matière. C'est en cela qu'on préférera le terme de méthode « *généalogique* » à celui de méthode « *historique* », d'une part parce que nous analyserons bien plus l'évolution des notions juridiques que la pratique des achats et contrats d'entreprise des personnes publiques⁵⁴ et, d'autre part, parce que le caractère matériellement limité de notre étude interdit une comparaison opératoire avec ceux qui ont comparé des systèmes entiers⁵⁵.

23. Les enseignements de cette approche sont d'ailleurs probants. Ainsi peut on souligner que le caractère obligatoire de l'adjudication ne date que de 1909⁵⁶ ; les personnes publiques pouvaient auparavant choisir de ne pas se soumettre à des procédures

⁵¹ E. LABOULAYE « La vie et les œuvres de Savigny », *Le droit*, 1842, spé. p. 44.

⁵² Ces auteurs s'opposaient en effet sur le plan méthodologique à CH.-B.-M. TOULLIER et son *Le droit civil français, suivant l'ordre du Code 1819-1823* pour la première édition ; R. TH. TROPLONG et son *De l'échange et du Louage, commentaire des titres VII et VIII du livre III du Code civil* de 1840 (TROPLONG est mort en 1869) ou CH. DEMOLOMBE, qui a écrit le *Cours de Code napoléon* en 30 volumes jusqu'à l'article 1368, de 1844 à 1882 (date de sa mort).

⁵³ Notamment par opposition, pour ce qui les concerne, avec la méthode déductive de l'école de l'exégèse qui tirait le droit des textes et notamment du Code civil.

⁵⁴ Quoique dans un article méconnu (« Quelques mots sur le rôle de la méthode historique dans l'enseignement du droit », *Revue internationale de l'Enseignement*, 15 mai 1890, pp. 3-24, tiré à part cote BNF 8-F-pièce-3608), R. SALEILLES précise que la méthode historique s'inscrit dans une démarche de renouvellement des programmes de l'Université en droit, notamment avec une baisse d'importance des enseignements de droit romain ou de droit canon au profit des sciences politiques ou sociales. Cet « esprit nouveau » qui « semble vouloir [...] rajeunir [les programmes de licence] » a pour principale caractéristique de ne plus seulement se fonder sur une approche déductive. Il écrit : « [...] la méthode historique [...] n'est autre chose que l'observation des phénomènes d'évolution sociale au fur et à mesure de leur apparition » Pourtant, il développe dans ce même article l'idée selon laquelle cette nouvelle approche ne s'oppose pas au raisonnement juridique classique, déductif, ni l'analyse des notions elles-mêmes. Les deux approches peuvent – doivent ? – donc se combiner comme nous voulons le faire dans cette étude.

⁵⁵ L'approche généalogique telle que nous la définissons pourrait faire penser que l'on s'inscrirait dans la même perspective que le Doyen HAURIOU. D'une part, à lire L. SFEZ, *Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français*, Préface de J. RIVERO, Avant-propos d'A. HAURIOU, Paris, LGDJ coll. *Bibliothèque de droit public*, Tome LXXI, 1966, 520 pp. spé. pp. 211-230, nous ne saurions prétendre à sa maîtrise de l'histoire du droit sur lequel il a beaucoup écrit, notamment en droit romain. D'autre part, nous ne nous inscrivons pas dans la vision conservatrice avec laquelle il aborde l'histoire et que l'on peut percevoir dans sa note sous l'arrêt CE 10 juin 1921 *Commune de Monségur*, au *Sirey* 1921.III.19 ou *Notes d'arrêt*, I, p. 2 lorsqu'il écrit : « toute théorie nouvelle est entachée d'une présomption de fausseté et toute théorie ancienne d'une présomption de vérité ».

⁵⁶ Et notamment de l'arrêt CE 5 février 1909 *Barla*, rec. p. 134, RDP 1910 p. 61 note G. JÉZE. Cf. *infra* pour de plus amples développements.

de passation, la seule conséquence d'un choix de liberté étant la soumission du contrat au droit privé. On peut aussi rappeler que la différence entre les concessions et les marchés, que l'on fonde en partie sur la longue durée du contrat, fait fi des considérations qui ont longtemps conduit à considérer que les contrats de fournitures devaient d'être de longue durée ou, au moins, multiples ; la fourniture unique étant qualifiée de contrat de droit privé. Plus largement, c'est de l'analyse historique que découle l'enseignement d'une notion en constante évolution depuis la Révolution jusqu'aujourd'hui et qui permet de considérer qu'elle est arrivée à un point de rupture.

24. Sur un plan plus pratique, les références historiques seront principalement textuelles et doctrinales. La première constatation d'une extension constante de la soumission des contrats des personnes publiques à des procédures de passation est venue d'une étude systématique des textes qui les imposent⁵⁷. Cela a permis d'envisager ensuite la façon dont ces textes ont été abordés dans la doctrine du XIX^e siècle et du début du XX^e siècle. À cet égard, on a dû d'abord faire appel aux auteurs dans leur façon de traiter des travaux publics ou des biens des personnes publiques avant de se référer, à partir de 1927, à des auteurs dont les propos étaient axés sur les contrats et notamment dans un premier temps G. JÈZE, puis G. PÉQUIGNOT et A. de LAUBADÈRE.

25. La troisième approche des sources du droit des marchés publics est comparatiste. L'ampleur du sujet nous a interdit un renvoi fréquent aux autres droits européens – ce que l'élargissement aurait par ailleurs rendu encore plus difficile – ou au droit américain. Si quelques réflexions ponctuelles y font appel, elles n'ont pas d'ambition comparatiste puisqu'elles ne sont pas replacées dans un contexte leur permettant d'être probantes. Les véritables comparaisons que nous avons entreprises sont de celles que l'on peut qualifier de « comparaisons internes ». Elles visent à confronter, afin d'en déceler les incohérences et les points communs, les différentes sources de la matière des marchés publics. Comparer les « marchés publics » au sens des différents Codes est ainsi très instructif pour l'appréhension des tendances de ce droit, il en est de même des différents textes communautaires entre eux et, bien entendu, de la comparaison des Codes et directives. Dans la continuité de ce qui a déjà été dit, l'approche historique s'intègre aussi dans cette comparaison ; c'est là que la tendance profonde de l'extension constante peut être perçue. Mettre en place la généalogie d'une notion, c'est comparer les différentes étapes de son évolution entre elles et notamment les passages des unes aux autres. Enfin, les renvois au droit privé permettent de montrer ce qui est spécifique au caractère public de ces contrats ou ce qui tient à leur caractère de contrats « commerciaux ».

Ces comparaisons, pour être opératoires, ont dû respecter un certain nombre de critères. On a suivi en cela l'approche, reconnue par les comparatistes, de

⁵⁷ Cette thèse est en effet pour partie le fruit d'une étude systématique de l'ensemble de textes ayant trait aux règles de passation des contrats de l'administration dans le recueil écrit par J.-B DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances réglemens, et avis du Conseil-d'État*, Paris, Guyot et Scribe, qui regroupe ces textes de 1788 à 1949, dit « le Duvergier ».

L.-J. CONSTANTINESCO, fondée sur les « éléments déterminants »⁵⁸. Il est apparu que ces éléments étaient, pour ce qui concerne l'ensemble de notre étude, les deux critères matériel – l'objet des contrats – et organique – les parties au contrat. C'est ainsi que ces éléments constitueront les deux prismes par lesquels sera examinée l'évolution du droit des marchés publics. À un niveau plus précis, d'autres éléments tels que les notions d'État, de travaux, de services, de concessions voire de marchés publics seront des « éléments déterminants » dont les différences et les points communs mettront en avant l'intérêt des comparaisons. Faire une comparaison « interne » permet en plus de se concentrer sur les termes eux-mêmes sans risquer de tomber dans une comparaison qui serait mal fondée, soit parce les éléments de comparaisons seraient propre à deux systèmes difficilement comparables, soit parce qu'ils seraient intraduisibles⁵⁹.

La triple méthode⁶⁰ inductive, généalogique et comparative a permis de dégager une thèse que l'on veut établir avant que de la préciser.

Thèse soutenue

26. La thèse soutenue est marquée à la fois par un constat et une proposition doctrinale. On peut la formuler ainsi : l'évolution constante, par accumulation et extension, du nombre de contrats soumis à des procédures de passation et qui ont pour objet de procurer des biens à l'administration, est arrivée à un point de rupture⁶¹. Cela nécessite de refonder l'ensemble de la matière des « marchés publics » sur une nouvelle notion juridique englobante de *Commande publique*. Cette qualification de *contrats de la commande publique*⁶² regroupe un certain nombre de catégories contractuelles existantes et les soumet et à une série de « principes de la commande publique » et à un régime commun à développer.

27. Cette thèse n'a donc, ni une approche purement pratique, ni une approche purement théorique. Son approche n'est pas purement pratique en ce qu'elle ne cherche pas à donner aux lecteurs les moyens de passer un « marché public », qu'elle ne décrit pas les modes de passation de ces contrats, sauf en ce qu'ils montrent l'évolution de ce droit ou l'application des principes. Elle est une thèse qui tente de montrer les défauts d'une notion juridique polysémique et d'en proposer une autre. Elle est pragmatique et la proposition qu'elle fait ne peut passer pour iconoclaste. Elle conserve en effet les

⁵⁸ L.-J. CONSTANTINESCO, *Traité de droit comparé*, Paris, LGDJ puis *Economica*, 3 Tomes, 1972, 1974 et 1983, spé. Tome 2 pour la méthode comparative et Tome 3 pour les « éléments déterminants ».

⁵⁹ Dans ce cadre, nous utiliserons les références communautaires en langue française, sauf si la comparaison avec la langue anglaise clarifie le sens français.

⁶⁰ Nous ne détaillons pas les sources qui font aussi partie de la méthode employée. Pour celles-ci on pourra se référer à la table finale ou aux notes de bas de pages du corps du texte. Pour renseigner le lecteur plus concrètement sur leurs origines, on précisera que cette étude a été rédigée entre trois lieux : la Bibliothèque interuniversitaire Cujas, la Salle de droit public du Centre Panthéon des universités Paris 1 et Paris 2 et la Bibliothèque nationale de France.

⁶¹ Parce que la matière est devenue à la fois trop complexe et parce qu'elle ne peut plus s'étendre sauf à englober trop de contrats et perdre son efficacité.

⁶² Ou ces « commandes publiques »

catégories actuelles en les appréhendant comme des sous-catégories de la commande publique et elle développe les principes de la commande publique en tenant compte de leur reconnaissance par le Conseil constitutionnel.

28. En précisant un peu, on peut dire qu'à la suite d'une évolution par sédimentation ou accumulation de textes, les contrats soumis à des procédures de passation ont subi une double extension : non seulement, matériellement, l'ensemble des biens doivent en principe – mais il y a des exceptions – faire l'objet de « marchés publics », mais en plus, organiquement, l'ensemble des personnes publiques ainsi que certaines personnes sous influence publique doivent respecter des textes imposant une publicité de leurs futurs contrats ou une mise en concurrence des candidats qui répondent à un appel à la concurrence. Une telle extension permet de conclure que les différentes qualifications contractuelles imposant des procédures sont trop diverses et confuses pour être opératoires, mais aussi qu'il serait dangereux de développer encore les contrats soumis à passation. Ceux-ci méritent par conséquent d'être regroupés sous une notion juridique de *Commande publique* que l'on définira comme suit :

Un contrat de la commande publique est un contrat à titre onéreux par lequel une personne morale de droit public ou une personne privée qui est, soit contrôlée par une ou plusieurs personnes publiques, soit qui a en charge des deniers publics, se procure pour elle même ou pour les usagers du service public dont elle a la responsabilité des biens corporels ou des services.

La Commande publique doit s'envisager comme un mode de rationalisation de cette matière si complexe, un moyen de simplifier par la systématisation. On peut raisonnablement penser que des procédures communes à l'ensemble de ces contrats pourront être mises en place ou que, fondé sur cette notion, un régime contentieux se développera. De plus, le terme de *commande publique* est aujourd'hui parfois utilisé pour l'application d'une esquisse de régime, sans pour autant avoir été définie⁶³. En effet, Depuis la décision du Conseil constitutionnel du 26 juin 2003⁶⁴, un certain nombre de contrats dont on ne connaît pas la liste sont soumis à des *principes de la commande publique*, principes qui non seulement leur donnent une unité et tendent à les rapprocher, mais qui constituent aussi, par eux-mêmes, une amorce de régime juridique. Parmi ces principes figurent notamment un « principe de mise en concurrence », corollaire commun aux principes de libre concurrence et d'égalité. Celui-ci justifie en profondeur l'existence des procédures de passation. On trouve aussi des principes qui s'expriment par les procédures comme le principe de transparence, le principe du contrôle des deniers publics qui tend vers un principe d'efficacité des procédures, ainsi que des principes environnementaux dont la place va grandissante.

⁶³ En ce sens, cf. E. FATÔME et L. RICHER, « Le Conseil constitutionnel et le “droit commun” de la “commande publique” et de la domanialité publique. À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2002-473 DC du 26 juin 2003 », *AJDA*, 22 décembre 2003, n° 44 pp. 2348-2354

⁶⁴ On fait référence à la décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, 18e considérant, précitée.

De cette dialectique dont on espère qu'elle aurait pu éclairer le Huron et lui faire penser qu'en devenant un « droit de la commande publique », le « droit des marchés publics » en serait amélioré, découle le plan de cette étude.

Plan de l'étude

29. C'est à un raisonnement en deux temps que tiennent nos conclusions, inductif d'abord par l'analyse du développement des marchés publics, déductif ensuite par la construction d'une notion juridique de commande publique et une explication de son régime fondé sur des principes.

1^e partie : Le développement des marchés publics

2^e partie : Le dépassement des marchés publics. Pour une notion de commande publique

PREMIÈRE PARTIE :
LE DÉVELOPPEMENT DE LA NOTION
DE MARCHÉS PUBLICS

30. L'évolution récente du droit des marchés publics, issue du droit communautaire, est connue pour être une extension du droit interne qui prévalait avant les directives. Cette affirmation est tout à fait exacte, mais elle est incomplète. On pourrait en effet en tirer la conclusion que le droit interne était ancien, stable et que le droit communautaire est venu en modifier les fondements. C'est l'inverse qui est la réalité. Non seulement le droit interne n'est pas ancien, la notion de marché public « moderne » datant du Code des marchés publics de 1964, mais ni auparavant, ni ensuite elle n'a été véritablement stable.

Cette instabilité ne veut pourtant pas dire que la notion a été aléatoirement plus ou moins large selon les périodes. L'analyse montre au contraire que l'évolution de la notion de marchés publics a été constamment dans le sens de l'extension de nombre de biens et de personnes soumises à des procédures de publicité ou de mise en concurrence. Ce qui est considéré, aujourd'hui, comme une notion juridique formalisée¹, n'a été pendant longtemps qu'un ensemble couvrant des contrats soumis à ces procédures, notamment parce qu'ils engageaient de telles sommes que l'on a considéré qu'il fallait à la fois essayer de bénéficier des prix les plus bas, et éviter des détournements d'argent. L'extension s'est faite autour de deux axes : un développement des objets des contrats, et un développement des parties aux contrats.

31. Pour ce qui est de l'élément matériel, après avoir été réglementés par secteurs, les marchés ont été entendus comme des contrats qui permettaient, d'une part, de construire les immeubles dont l'administration avait besoin et, d'autre part, de se procurer les objets et services qui lui étaient utiles. Se fondant sur la distinction classique du droit privé entre les contrats d'entreprise et les contrats de vente, les catégories de « marchés de travaux publics » et de « marchés de fournitures » sont apparues. Puis elles ont encore évolué pour s'étendre non seulement, pour les premières, à l'ensemble des « travaux » et non plus les « travaux publics », notamment sous l'influence communautaire, mais aussi, pour les secondes, à l'ensemble des « services » qui se sont détachés des « fournitures ». *In fine*, aujourd'hui, on peut dire que l'ensemble des biens et des services sont, sauf exceptions expresses, soumis *a priori* à des procédures de passation, que cela soit du fait des « marchés publics » au sens strict ou du fait d'autres contrats comme les délégations de service public. (Titre 1^{er})

¹ En réalité, il s'agit de deux notions juridiques, l'une propre au droit interne et formalisée dans le Code des marchés publics, l'autre propre au droit communautaire, formalisée dans les directives et transposée, en droit interne, à la fois dans le Code des marchés publics et dans des lois spéciales.

Pour ce qui est de l'élément organique, l'impact du droit communautaire a été plus fort que l'évolution proprement interne. Dans un premier temps, les réglementations étaient propres à chaque ministère, certains n'en ayant pas du tout. À partir du premier tiers du XIXe siècle, les réglementations nationales sont apparues, puis elles ont été étendues aux autres personnes publiques dès lors que le droit administratif leur a reconnu une personnalité juridique. Enfin, c'est bien le droit communautaire qui a cherché à dépasser la notion de « personnalité de droit public » pour imposer des procédures de passation aux contrats de personnes, même « de droit privé », dès lors que leur activité ou que leur financement sont assimilables à du droit public. (Titre 2^d).

Ce double mouvement, qu'il reste à détailler, montre bien un constant développement de la notion de marché public.

TITRE 1^{ER} :
LE DÉVELOPPEMENT DE
L'OBJET DES MARCHÉS

32. L'objectif des contrats que l'on regroupe sous le terme de « marchés publics » est à l'évidence, pour les personnes qui les passent, de se procurer des biens. La multiplication de ceux susceptibles d'intéresser les personnes publiques, aussi bien au sein des fournitures que par le développement des « services », a eu une influence directe sur l'extension de la notion de marchés publics. Pour ce qui concerne les travaux, le développement des missions des personnes publiques a aussi conduit à une diversification des constructions nécessaires : de la mairie de campagne ou du fortin de guerre on est arrivé aujourd'hui à des Stades, des autoroutes ou des réseaux divers ; cette évolution ayant surtout touché les collectivités territoriales. Ce développement est spécialement intéressant à deux égards : parce qu'il est très récent, pour ne pas dire contemporain, et parce qu'il est arrivé à une situation de complétude.

33. Si les marchés de travaux sont très anciens et ont même été à l'origine de la majorité des règles de notre droit des marchés actuel, ils ont été appréhendés de manière bien différente jusqu'à la fin des années 1960 et après. Durant la première période, ils étaient des *marchés de « travaux publics »*. Le développement de la notion de « travaux publics » a été la source du développement du droit des marchés. Puis, durant la deuxième période, ces contrats ont été appréhendés comme des « *marchés publics* » de travaux, les travaux ne devenant alors qu'un des objets des marchés. Pendant les deux mêmes périodes, les marchés de fournitures ont d'abord essentiellement visé des biens mobiliers, ils n'étaient que le pendant des marchés de travaux publics. Puis, à partir des années 1970, au sein de ces contrats ont été distingués les « marchés de services » (le premier Code des marchés publics en 1964 hésitait d'ailleurs encore à distinguer les fournitures des services²).

34. La situation actuelle en trois catégories matérielles surprend par sa complétude : sauf exceptions spéciales, tous les biens sont soumis à des procédures de passation par principe. Les difficultés qu'il peut y avoir dans la distinction entre ces catégories semblent pouvoir être résolues, ou au moins simplifiées. En effet, on défendra l'idée qu'il est possible de se référer aux distinctions classiques des biens – biens meubles et immeubles, biens corporels et incorporels – pour éclairer la situation actuelle.

35. L'évolution de chacun des objets matériels contient des spécificités telles qu'il est nécessaire de les appréhender l'un après l'autre : d'abord – son caractère fondateur lui donnant la primauté – la notion matérielle de travaux et son passage des marchés de travaux publics aux marchés publics de travaux (Chapitre 1^{er}). Ensuite les notions matérielles de fournitures et de services (Chapitre 2^e).

² L'article 1^{er} disposait « *Les marchés publics sont des contrats passés [...] en vue de la réalisation de travaux, fournitures et services* », ce qui était interprété par la l'instruction d'application du Code comme constituant deux catégories de biens.

CHAPITRE 1^{ER}

L'EXTENSION DE LA NOTION MATÉRIELLE DE TRAVAUX : DES MARCHÉS DE TRAVAUX PUBLICS AUX MARCHÉS PUBLICS DE TRAVAUX

36. Les marchés publics de travaux sont, dans le langage commun, l'archétype du contrat passé par l'administration. Le fait qu'ils aient conduit à la réalisation de nombreux équipements publics et aient été la source de dépenses importantes de la part des personnes publiques n'est pas indifférent à ce statut. Cela explique aussi vraisemblablement que, si les contrats publics de construction sont soumis à un régime contractuel différent de celui qui prévaut en droit privé, ce n'est pas historiquement dû à un caractère « public » des contrats, mais bien au caractère « public » des travaux.

37. Quoi qu'il en soit, la mainmise du droit public sur ces contrats a été justifiée différemment selon les époques. Les premières réglementations ont eu pour but de protéger les deniers publics en soumettant à une procédure particulière — l'adjudication — les contrats des personnes publiques qui agissent dans un but d'intérêt général en faisant construire un immeuble. La question était alors de déterminer quels travaux étaient effectués dans l'intérêt général, et quels autres l'étaient dans l'intérêt patrimonial de la personne publique. Les premiers furent qualifiés de « travaux publics », catégorie préexistante et à laquelle s'attachaient d'autres conséquences juridiques que le régime de passation des contrats¹, les seconds restant des travaux privés.

Cette situation fut reconnue comme le droit positif du premier tiers du XIX^e siècle au milieu du XX^e siècle. Elle a eu pour conséquence que l'extension de la notion de *travaux publics* implique celle du droit des *marchés publics*.

Plus tard, lorsque le régime particulier de passation a été étendu à d'autres contrats comme ceux de fournitures ou de services, qu'il s'est doublé de règles d'exécution autonomes et que la justification de ces dernières n'a plus été la simple protection des deniers publics – mais aussi la meilleure utilisation de ces deniers et une approche plus libérale de l'économie – on a assisté à une « autonomisation » des marchés publics par rapport à la notion de travail public. C'est ainsi que la première définition des « marchés

¹ On pense par exemple au régime de l'expropriation dans la loi du 8 mars 1810, aux conditions de paiement des ouvriers dans le décret des 7-14 octobre 1790, à la législation sur le dessèchement des marais avec la loi du 16 septembre 1807, Titre VII art. 28 et s. ; ou au régime de responsabilité qui se met en place dans la jurisprudence administrative à partir de la loi du 28 pluviôse An 8.

publics » incluse dans le Code des marchés publics en 1964 ne se réfère plus à la qualification classique de « travaux publics » mais à celle de « travaux »².

38. On peut donc dire que la notion matérielle de travaux dans les marchés publics est marquée par le passage de ce que l'on appelait les « marchés de travaux publics » (section 1^e) à ce que l'on appelle les « marchés publics de travaux » (section 2^e).

² L'utilisation du terme de travaux au lieu et place de celui de travaux publics est précisément issue de l'article 1^{er} du décret n° 56-256 du 13 mars 1956 *relatif aux marchés passés au nom de l'État* que le législateur a codifié dans le premier « Code des marchés publics » issu du décret n° 64-729 du 17 juillet 1964

SECTION 1:

L'EXTENSION DE LA NOTION DE « TRAVAUX PUBLICS », PREMIER FACTEUR DE DÉVELOPPEMENT DES MARCHÉS PUBLICS

39. Les travaux publics sont de nos jours une catégorie juridique relativement fixée³ qui emporte un nombre important de conséquences, tant en termes de droit fonctionnel⁴ que de compétence contentieuse⁵. Cela n'a pourtant pas toujours été le cas. Premièrement parce que, durant tout le XIX^e siècle, on a préféré les énumérations restrictives de travaux à l'utilisation de la qualification juridique de travaux publics ; il s'ensuivait un manque d'unité dans le régime applicable à des contrats matériellement proches. Deuxièmement parce que la définition de ces travaux a longtemps été incertaine, notamment quant aux éléments qui emportaient leur caractère public ou privé.

40. Pour autant, l'unité a fini par se faire autour d'une notion peu à peu clarifiée et surtout étendue. La notion de travaux publics s'est en effet constamment élargie, ce qui a conduit à une extension du champ d'application d'un droit des marchés publics avant tout concentré sur des procédures de passation. Deux principales raisons sont la cause de cette évolution : d'une part l'extension des critères entraînant le caractère public des travaux, et ce malgré la permanence des autres éléments de la définition, à savoir la présence d'un immeuble et d'un travail. D'autre part, l'existence de ce que l'on appelle le « caractère attractif de cette notion » qui a conduit à l'application du régime des travaux publics à des réalités qui ne remplissaient pas les critères de la jurisprudence.

41. Ainsi, s'il est nécessaire, pour étudier la notion de travaux de montrer en quoi elle a évolué d'une notion floue de travaux vers une notion juridique de « travaux publics » dont les marchés n'étaient qu'un mode contractuel d'exécution (Sous-section 1^{re}), c'est surtout l'extension de ses éléments constitutifs et son caractère attractif (Sous-section 2^e) qui sont à l'origine de l'extension du régime de passation et de garanties que l'on regroupait alors sous la qualification de « marchés de travaux publics ».

³ Depuis l'arrêt TC 28 mars 1955, *Effimieff*, rec. p. 617 qui est venu compléter l'arrêt CE 10 juin 1921, *Commune de Monségur*, rec. p. 573, le double critère de qualification n'a pas fait l'objet de changement et l'ensemble de la doctrine s'accorde pour l'approuver. Cf. infra, sous-section 2.

⁴ On pense par exemple au régime de la responsabilité de travaux publics, Cf. R. CHAPUS, « Structure de la responsabilité pour dommages de travaux publics », *Mélanges Waline*, 1974, p. 307 ; M. DEGUERGUE, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, Préface de J. MORAND-DEVILLER, Paris, LGDJ, coll. *Bibliothèque de droit public*, Tome 171, 1994, 884 pp. spé. pp. 274 et s. Pour le régime actuel R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien coll. *Domat droit public*, Tome 2, 15^e ed. 2001, n° 795 et s.

⁵ Cf. infra les développements sur les conséquences de la loi du 28 pluviôse An 8.

Sous-section 1^{re} : La formation de la notion de travaux publics, fondement de l'application d'un droit des marchés publics

42. Au XIX^e siècle, pas plus la notion de *marché*, comme forme d'un contrat administratif, que celle de *travaux publics*, comme groupe distinct parmi les activités de construction, ne sont fixées juridiquement. Pourtant, on trouve dès la Révolution une utilisation de ces termes en tant que critères juridiques dans un certain nombre de textes de passation ou d'exécution.

On peut pourtant constater que, jusqu'au milieu du XX^e siècle, c'est la qualification de *travaux publics* qui avait le plus de conséquences juridiques sur le régime de passation, le terme de *marché* étant parfois simplement utilisé comme synonyme de contrat⁶ ou, le plus souvent, comme un type de contrat mal défini hormis par référence à son but : l'exécution de travaux publics ou la prestation de fournitures⁷. La raison principale de cette situation est sûrement que la notion de travaux publics a, dès son apparition, des implications autres que contractuelles en droit public.

43. Jusqu'au premier tiers du XIX^e siècle, plus précisément jusqu'à la loi du 31 janvier 1833⁸, les textes sur les marchés de travaux étaient limités dans leur champ d'application à certains travaux très rarement qualifiés de publics ou à certaines activités des personnes publiques (§1^{er}), puis ils ont été généralisés par l'utilisation de la notion de *travaux publics* comme facteur d'unité. (§ 2^e)

§ 1^{er} : Des travaux disparates dans les premiers textes sur les marchés de travaux (1789 – 1832).

44. Aujourd'hui, le terme de marché, si difficile qu'il soit à définir au regard d'autres qualifications contractuelles⁹, n'emporte pas moins l'application de ce que l'on

⁶ Ce terme est aussi mal défini en droit privé – où il ne trouvera pas de définition stricte même plus tard – et on le retrouve à l'article 1779 3^o du Code civil « des entrepreneurs d'ouvrage par suite de devis ou marchés ». Cf. M. X. BEZANÇON *Essai sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*. Préface de M. M. LONG, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit public, Tome 206, 1999 (réédition 2001 avec annexe d'actualisation), qui estime que la notion de marché est même synonyme de « contrat ».

⁷ Pour l'étendue de ce que représentaient les fournitures à cette époque, notamment quant à l'assimilation des services aux fournitures, cf. *infra* Chapitre 2.

⁸ Loi du 31 janvier 1833 *portant règlement définitif du budget de 1829* qui autorise à mettre en place une procédure commune pour tous les marchés de l'État par ordonnance, ce qui sera fait en 1836 avec la généralisation de l'adjudication. Cf. *infra*.

⁹ On pense au débat sur le critère de distinction entre marchés et concessions à la suite de la jurisprudence CE 15 avril 1996 *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de Lambesc*, rec. 137, RFDJ 1996, p. 715 concl. C. CHANTEPY, note Ph. TERNEYRE ; *Marchés publics* 1996 n° 292 p. 39 concl. C. CHANTEPY ; *CJEG*, n° 523, 1996 p. 267, concl. C. CHANTEPY, note R. SAVIGNAT ; *JCP E*, n° 13, 27 mars 1997, p. 59, note Y. DELAIRE ; *LPA*, 12 juillet 1996, n° 84 p. 30, note D. PRÉAT.

peut appeler sans hésiter tout un régime juridique¹⁰. Durant la période qui nous intéresse, ce terme n'est utilisé, concernant des travaux de construction – rarement qualifiés de travaux publics – que pour des procédures de passation (A). En revanche, concernant le régime de l'exécution de ces travaux, c'est bien souvent — mais non exclusivement — la qualification de travaux publics qui est le fondement du régime applicable (B).

A) Les travaux dans les textes instaurant des procédures de passation

45. Le cœur et la raison historique des réglementations sur les marchés publics se trouvent dans le choix du cocontractant de l'administration qui doit être fondé sur des procédures particulières et réglementées. Or, historiquement, la nécessité de ces procédures ne s'est pas fait sentir à la même époque pour tous les contrats de l'administration, les premiers textes¹¹ postrévolutionnaires¹² n'ayant ainsi réglementé que certains contrats de construction.

Parmi ces contrats, on peut distinguer deux modèles : ceux qui concernent tout un ministère (critère organique) ou ceux qui distinguent un type d'ouvrages à construire : ponts, canaux, routes... (critère matériel). Pour pratique que puisse être cette distinction, nous ne l'utiliserons pas, car il ne semble pas qu'il y ait une véritable évolution chronologique entre les deux, mais bien une utilisation parallèle de chacun selon les secteurs en cause.

46. On remarquera en revanche la naissance de contrats — souvent qualifiés de marchés — soumis à des mesures de passation dans quatre secteurs (1), alors même que cette notion de marché est mal définie et que les travaux, sans être qualifiés comme tels, sont essentiellement des travaux publics (2).

¹⁰ C'est-à-dire à la fois des règles de passation, de garanties ou d'exécution. Dans le sens de cette constatation, cf. *Réglementation et pratique des marchés publics*, sous la direction de Ch. BRÉCHON-MOULÈNES. Association pour le droit public de l'entreprise (ADPE), *Dalloz* 1985, contribution de D. LABETOUILLE « La jurisprudence administrative », p. 129.

¹¹ Il est difficile — voire impossible — de déterminer le texte fondateur des marchés publics. On trouve en effet dès la Rome antique (Cf. par exemple in CICÉRON, *Action contre C. Verrès*, Liv. 1^{er}, Chap. 50, 55 et 56, cité par F. MALAPERT, *Histoire de la législation des travaux publics*, p. 5 comme les *Pamphlets contre Verrès*) et que certains appellent « discours contre Verrès ». cf. traduction de P-C-B GÉROULT, « Discours contre Cécilius, première action contre Verrès, seconde action contre Verrès [...] », *Bibliothèque latine-française*, Tomes 51-53, œuvres complètes de Cicéron V-VII, Paris, 1867-1869) ; ou en Grèce à la même époque (DARESTE, *Mémoire sur les entreprises de travaux publics chez les grecs*, Paris, 1877, p. 3) des procédures de passation avec publicité et mise en concurrence, notamment pour les travaux.

¹² Cf. *l'introduction* pour les raisons justifiant que cette étude ne se fonde que sur le droit postérieur à 1789.

1) Une réglementation sectorielle

47. Il est difficile de parler d'une unité contractuelle pour les travaux soumis à une réglementation de marché entre la Révolution et la loi de 1833. La raison principale en est que la réglementation des marchés est elle-même très réduite et limitée à certains secteurs, dont il faut constater dès à présent qu'il s'agit principalement des activités stratégiques de l'État.

48. Le premier des secteurs stratégiques est celui des travaux militaires. Les règles de passation initiales datent d'un décret des 8-10 juillet 1791¹³ qui met en place une procédure d'adjudication pour les constructions et l'entretien des fortifications et casernes militaires. Ce décret est complété par un autre des 20 septembre-14 octobre 1791¹⁴ qui vise non seulement les travaux précités, mais aussi les fournitures et plus généralement « toute autre entreprise dont le prix est payable par le département de la guerre »¹⁵. On a donc, pour ce qui est des travaux militaires, d'une part un décret qui vise certains types de bâtiments – fortifications et casernes – puis un autre plus général pour tous les travaux du département de la guerre. Aucun d'entre eux n'est qualifié de travail public.

49. En ce qui concerne les marchés de la Marine, deuxième secteur stratégique, la première étape fut le décret du 2 brumaire An IV¹⁶ qui instaure une procédure d'adjudication pour les marchés passés par toutes les autorités autres que le ministre de la marine et des colonies en personne¹⁷. L'arrêté du 9 fructidor An VI¹⁸ sur les marchés, entreprises et fournitures de la marine et des colonies pose en revanche le principe de l'adjudication pour tous les travaux de ce ministère¹⁹, et suit en cela un critère organique comme c'était déjà le cas pour les travaux du ministère de la Guerre. Dans ce cas non plus, la qualification de travaux publics n'est pas utilisée.

¹³ Décret des 8-10 juillet 1791, *concernant la conservation et le classement des places de guerre et postes militaires, la police des fortifications et autres objets y relatifs*, DUVERGIER, *lois et décrets*, Tome 3, p. 92 et spécialement le titre 6, art 3 p. 95

¹⁴ Décret 20 septembre-14 octobre 1791, *portant suppression du corps des commissaires des guerres, établissement des commissaires ordonnateurs, grand-juges militaires, et de commissaires auditeurs et ordinaires des guerres, et qui détermine leurs fonctions dans les différentes cours martiales*. DUVERGIER, *lois et décrets*, Tome 3 p. 319, spécialement le Titre 2, Article 6

¹⁵ *ibid*, art. 6.

¹⁶ Décret du 2 brumaire An 4, *concernant l'administration des ports et arsenaux de la marine*, DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 8, p. 348, spécialement titre III « Adjudications, marchés et recette de munitions et ouvrages » art 30. On remarquera qu'il s'agit, dès ce premier décret des marchés de fourniture et de travaux.

¹⁷ Il s'agit essentiellement des *ordonnateurs* ou *chefs d'administration* des ports tels que détaillés dans le décret des 21 septembre – 12 octobre 1791, *concernant l'administration des ports et objets y relatifs*, DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 3 p. 334 ; *Moniteur* 23 et 24 septembre 1791. Ce décret revenait par conséquent à limiter l'adjudication aux travaux effectués dans les ports.

¹⁸ Arrêté du 9 fructidor An 6 (26 août 1798) du directoire exécutif, sur les marchés, entreprises et fournitures du département de la marine. 2^e bull. 221, n° 1978 ; DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 10 p. 334.

¹⁹ Seuls certains marchés de fournitures non énumérés à l'article 4 de cet arrêté peuvent être passés de gré à gré.

50. Le troisième secteur stratégique, celui des routes²⁰, est d'abord réglementé par le décret du 16-20 Frimaire An II²¹ qui ordonne la réparation des routes et des ponts aux frais de l'État et met en place une procédure d'adjudication, tant pour les fournitures²² que pour les travaux publics²³. Cette procédure sera ensuite révisée par l'arrêté 19 ventôse An XI (10 mars 1803)²⁴, puis étendue par la loi des 3 - 13 floréal An XI²⁵ aux travaux des communes. C'est un décret du 16 décembre 1811²⁶ qui établira un régime pour toutes les routes en distinguant quatre catégories de chaussées et deux procédures d'adjudication selon qu'il s'agit de la fourniture du revêtement ou des travaux faits par des cantonniers. Comme bien souvent en matière de marchés publics, cette « réforme » fera elle-même l'objet d'évolutions en ce qui concerne, d'une part les routes départementales — par une ordonnance du 8-21 août 1821²⁷ — et, d'autre part, le délai de concours qui est établi à un mois par une ordonnance des 10 au 27 mai 1829²⁸. On notera que le terme de travaux publics est employé deux fois²⁹, semble-t-il comme synonyme des travaux des ponts et chaussées ou de réparation de routes et des ponts au regard de l'utilisation de ces termes dans les lois.

²⁰ On notera que les textes antiques (La loi des Douze-Tables notamment pour ce que l'on en connaît, cf. M. HUMBERT, *Les XII Tables, une codification ?*, Droits, 1998, no 27, p. 87-111 ; M. HUMBERT, *Dictionnaire de la culture juridique, V^o Loi des 12 Tables*) mettaient aussi en place des normes pour la largeur des routes, cela dans un but stratégique puisqu'il s'agissait de faire avancer une légion en ordre de marche à plusieurs de front, et de pouvoir ainsi intervenir le plus rapidement possible à l'autre bout de l'Empire.

²¹ Décret 16-20 Frimaire An 2, *décret qui ordonne la réparation des routes et des ponts aux frais de l'État*, DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 6 p. 326 « Art. 1^{er} : Tous les travaux publics seront faits et entretenus aux frais de la République, à compter du 1^{er} nivôse ; en conséquence, tous les grands chemins, ponts, levées seront faits et entretenus par le Trésor public »

²² Cf. décret 16-20 Frimaire An 2 précité : « Art. 8 les adjudications des matériaux pour les routes, et des ouvrages d'art pour les ponts, seront faits le décadi qui suivra celui de la publication [...] ».

²³ « Art. 1^{er} : Tous les travaux publics seront faits et entretenus aux frais de la République, à compter du 1^{er} nivôse ; en conséquence, tous les grands chemins, ponts, levées seront faits et entretenus par le Trésor public : les chemins vicinaux continueront d'être aux frais des administrés, sauf le cas où ils deviendraient nécessaires aux services publics. »

²⁴ Arrêté du 19 ventôse An 11 (10 mars 1803) *relatif au mode d'adjudication des travaux des ponts et chaussées*, J. Cet arrêté qui n'a été inséré ni dans le Bulletin des lois ni dans le DUVERGIER, est rapporté par FLEURIGEON, *Code administratif*, Tome 6 supplément, p. 82, il a été remplacé par l'ordonnance du 10 mai 1829

²⁵ Loi des 3-13 floréal An 11 (23 avril, 3 mai 1803) : « Art 308 : Tous les travaux qu'une commune aura à faire en vertu de la présente loi seront, si fait n'a déjà été, évalués par devis, et ensuite faits, reçus et payés comme les travaux publics nationaux, sous l'inspection gratuite d'un inspecteur du département, et sous la surveillance du préfet du département. » cité par le *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, Paris, Dalloz ed. 1862 Tome XLII p. 842.

²⁶ Décret 16 décembre 1811, *décret contenant règlement sur la construction, la réparation et l'entretien des routes* ; 4, Bull. 418 n° 7644, DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 18, p. 80

²⁷ Ordonnance 8-21 août 1821, *contenant des dispositions relatives à l'exécution des travaux d'entretien des routes départementales*, DUVERGIER, Tome 23 p. 346, 7 Bull. 471, n° 11116, qui simplifie la procédure préalable d'approbation des travaux en la limitant à l'approbation du préfet.

²⁸ Ordonnance 10-27 mai 1829 (F. MALAPERT la date du 16 mai 1829, mais A. DEBAUVE dans *son Dictionnaire des travaux publics* la date bien du 10 mai 1829 et en reproduit le titre 3) *relative à la distribution des fonds affectés aux travaux des ponts et chaussées, et au mode d'adjudication de ces travaux*. « Titre 3 formes à suivre dans l'adjudication des travaux ». Il y est prévu que cela se fasse par voie de soumission cachetée, avec un délai de concours d'au moins un mois.

²⁹ La première dans le décret du 16-20 frimaire An 2 précité, la seconde dans la loi des 3-13 floréal An 11 (23 avril, 3 mai 1803) précitée et en qualifiant ainsi certains travaux de l'État.

51. Aux intérêts directement stratégiques — les armées, ports et routes — il faut ajouter un exemple particulier : le décret du 10 brumaire An XIV³⁰ qui met en place une procédure d'adjudication pour les bâtiments appartenant aux hospices et autres établissements de charité. On peut remarquer, d'une part qu'il s'agit ici encore d'une approche qui ne réglemente qu'une « matière », même s'il ne s'agit pas comme précédemment d'un ministère, et d'autre part que, dans la lignée de la plupart de ces lois de passation, les travaux en cause ne sont pas qualifiés de travaux publics.

2) Des qualifications peu établies

52. À l'époque qui nous intéresse, le « marché » est une qualification mal établie au champ d'application limité (a), dont les travaux sont très rarement qualifiés de publics, alors qu'au regard des critères actuels ils en sont toujours (b).

a) Des « marchés » limités à des procédures de passation

53. La proximité avec les qualifications actuelles fait adopter le terme de « marché » pour désigner ces contrats dont la conclusion est réglementée par une procédure de passation.

Ce choix pourrait paraître arbitraire si les lois et règlements détaillés ci-dessus ne montraient pas que le terme était employé à cette époque, par lui-même ou sous la forme d'autres qualifications synonymes. On utilise en général le terme de « *contrat* » associé aux travaux qu'il entend réglementer, définis matériellement³¹ (ex : « contrats de construction et d'entretien »³²) ou celui de « *contrat d'entreprise* »³³, réservant la plupart du temps celui de « *marché* » à des contrats ayant pour objet à la fois des travaux et des fournitures³⁴, sans pour autant que les contrats ayant pour objet l'un et l'autre soient toujours qualifiés de marchés³⁵. La confusion apparente est renforcée par la constatation

³⁰ Décret du 10 brumaire An 14 (1^{er} novembre 1805), *décret relatif aux constructions, reconstruction et réparations de bâtiments appartenants aux hospices et autres établissements de charité*, DUVERGIER, Tome 15 p. 274. Son article 3 met en place une adjudication publique au rabais. Ces dispositions seront reprises dans une loi spéciale du 23 décembre 1809, article 49 puis dans une autre du 13 août 1851.

³¹ Cf. *infra* pour la définition matérielle.

³² Décret des 8-10 juillet 1791 précité. Par ailleurs, le terme de contrat de « réparation » est utilisé dans le décret des 16-20 frimaire An 2 précité, ceux de « construction, réparation et entretien » dans le décret du 16 décembre 1811 précité, ceux « d'entretien » dans l'ordonnance des 8-21 août 1821 précitée, ceux de « constructions, reconstructions et réparations » du décret du 10 brumaire An 14 précité, enfin simplement ceux visant à « l'exécution de travaux » dans la loi du 3-13 floréal An 11 précitée

³³ On le trouve dans le décret des 20 septembre-14 octobre 1791 précité, dans le décret du 2 brumaire An 4 précité, ou dans l'arrêté du 9 fructidor An 6 précité

³⁴ C'est le cas pour le décret du 2 brumaire An 4 précité, l'arrêté du 9 fructidor An 6 précité

³⁵ Par exemple dans le décret des 16-20 frimaire An 2 précité et dans celui du 2 brumaire An 4 précité.

que le même texte puisse cumuler les qualifications sans que les unes puissent remplacer les autres ni qu'elles apparaissent comme contradictoires³⁶.

Il n'est donc pas abusif d'étudier les travaux dans tous les contrats qui mettent en place une procédure de passation, quelle que soit leur qualification. De plus, l'étendue de cette catégorie de contrats réglementés étant limitée matériellement par le faible nombre de contrats de travaux en cause, l'unité des « marchés » était latente et non pas clairement établie³⁷.

b) Des travaux publics qui s'ignorent

54. De la définition des marchés à cette époque, il faut tirer les conclusions sur la définition matérielle des travaux qui y sont soumis. D'une part, ces derniers ne sont pratiquement jamais *qualifiés* de travaux publics. D'autre part, tous ces travaux *sont* des travaux publics au sens qu'on leur donne actuellement³⁸.

La réglementation des marchés par secteur d'activité n'évite pas des précisions textuelles sur les travaux visés. Ainsi, deux points sont à considérer : premièrement, la qualité de ces travaux, leur étendue ; deuxièmement, les matières sur lesquelles ils portent.

55. Pour ce qui est de l'étendue des travaux, les textes qui manquent de précisions³⁹ sont beaucoup plus nombreux que ceux qui détaillent les activités⁴⁰ : construction, reconstruction, rénovation ou encore entretien. Il semble donc que l'on se trouve en présence de réglementations dans lesquelles chaque texte vise un certain nombre de comportements à l'exclusion des autres. Pourtant, il n'en est rien. Ici encore, l'incertitude des qualifications juridiques montre que les textes ont vocation à être plus généraux que ce qu'il y paraît ; soit que l'accumulation d'activités démontre une volonté des auteurs des décrets de réglementer toutes les opérations de construction⁴¹, soit que le caractère limitatif des activités soit démenti ensuite par l'utilisation d'une qualification plus générale⁴². Si le champ d'application de ces réglementations paraît limité quant à l'étendue des travaux, il ne l'est donc qu'en apparence.

³⁶ C'est le cas pour l'arrêté du 9 fructidor An 6, *sur les marchés, entreprises et fournitures de la marine...* précité.

³⁷ On remarquera que les ouvrages traitant des marchés publics tels que nous les définissons sont tous rassemblés à cette époque derrière l'étude des travaux publics ou des marchés de fourniture et non comme un ensemble cohérent de contrats.

³⁸ Cf. *infra*

³⁹ Les textes qui visent « toute entreprise » de telles personnes (par exemple le décret des 20 septembre-14 octobre 1791) ou ceux qui utilisent le terme de « marché » (cf. *supra*).

⁴⁰ Cf. les différents travaux en cause au paragraphe précédent.

⁴¹ Le décret des 8-10 juillet 1791 précité accumule dans son article 3 « construction, entretien ou réparations », le décret du 16 décembre 1811 précité ceux de « construction, réparation et entretien » ; le décret du 10 brumaire An 14 précité traite de « constructions, reconstructions et réparations ».

⁴² Le décret des 16-20 frimaire An 2 précité utilise le terme de contrat de « réparation » mais traite plus généralement dans son article 1^{er} des « travaux publics » ; l'ordonnance des 8-21 août 1821 précitée ne concerne au vu de son titre que « l'entretien » des routes départementales mais son article 1^{er} étend son champ d'application à tous les « travaux des routes départementales ».

56. Pour ce qui est des matières sur lesquelles portent les travaux, elles sont pour leur part effectivement limitées. Seuls quatre secteurs sont en effet réglementés, et, hors ceux-ci, la passation des contrats n'est soumise à aucune obligation de mise en concurrence ou de publicité. Ainsi, la construction d'une mairie par une municipalité⁴³ était-elle, par exemple, un contrat passé de gré à gré en application d'un principe de consensualisme.

La question qui se pose alors est de savoir si les contrats en cause ne portent que sur des travaux publics ou si les procédures de passation doivent être suivies pour des travaux privés. Hors les deux cas précités⁴⁴, le terme de travaux publics n'est utilisé dans aucun des textes sur les « marchés », et jamais lorsque le terme de marché est lui-même utilisé. Pourtant, contrairement à ce que l'on pourrait penser, ce n'est pas que les marchés puissent porter indifféremment sur des travaux publics ou privés ; bien au contraire, si les auteurs des textes n'ont pas jugé utile de qualifier les travaux de « publics », c'est pour la seule raison qu'ils l'étaient en tout état de cause. En effet, puisqu'ils portent tous sur des travaux immobiliers⁴⁵ dans des secteurs stratégiques, c'est-à-dire dans des domaines où la puissance publique est omniprésente, l'intérêt public de ces constructions ne fait pas de doute. Si la définition des travaux publics n'était pas encore strictement établie à cette époque, tous les indices du caractère public faisaient des travaux réalisés des travaux publics.

On peut même aller plus loin puisqu'il apparaît que c'est précisément cet intérêt public stratégique qui est à l'origine de la mise en place de procédures de marché. En effet, les difficultés militaires de l'époque avaient conduit les gouvernants à souhaiter une meilleure utilisation des crédits budgétaires, résultat que les procédures mises en place leur semblaient à même d'atteindre⁴⁶.

57. Il résulte de ce qui précède que les « marchés » – définis comme contrats soumis à des procédures de passation – n'étaient pas tous qualifiés ainsi et que les travaux étaient rarement qualifiés de publics, mais qu'ils l'étaient tous, que l'on s'en réfère à la situation passée ou à la définition actuelle.

⁴³ Les ancêtres de nos actuelles communes, mises en place par le décret du 14 décembre 1789, *relatif à la constitution des municipalités*, DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 1 p. 63. L'article 50 de ce décret donne compétence au pouvoir municipal, sous la surveillance des assemblées administratives, « de diriger et faire exécuter les travaux publics qui sont à la charge de la communauté [...] »

⁴⁴ Cf. note ci-dessus, n°42

⁴⁵ L'arrêté du 9 fructidor An 6 article 4 précité exclut expressément de la notion d'entreprise de travaux : « La construction de vaisseaux, frégates, flûtes, corvettes et autres bâtiments de guerre ou de transport destiné au service de la mer, des ports et des rades » en les qualifiant de marché pour les fournitures du fait du caractère mobilier des bateaux en cause. Pour de plus amples développements sur la notion de bien immobilier, cf. *infra*, Sous-Section 2^e, § 1^{er}.

⁴⁶ Pour ce qui est des routes, l'intérêt stratégique se double d'un intérêt économique – tout aussi public – théorisé spécialement peu avant la Révolution par les physiocrates. Voir notamment l'article de François QUESNAY (1694-1774) dans l'Encyclopédie de DIDEROT et d'ALEMBERT, « grains » et les « réflexions sur la formation et la distribution des richesses » de Anne-Robert-Jacques TURGOT, dissident des premiers physiocrates mais dont la place de ministre des finances de Louis XVI à partir d'août 1774 a conduit à faire passer dans les textes les théories de cette école.

B) Les travaux dans les textes autres que ceux instaurant une procédure de passation

58. La plupart des textes instaurant des procédures de passation ne se contentent pas de les détailler, ils mettent aussi en place d'autres conditions à la conclusion du contrat. Il s'agit principalement de diverses mesures de publicité⁴⁷ ou de garanties⁴⁸ que doivent présenter les candidats quant à leur surface financière⁴⁹ et leur capacité technique. Il peut aussi s'agir de conditions tenant aux modes de paiement⁵⁰, aux garanties d'achèvement ou au contrôle des travaux⁵¹. Ces conditions font partie des procédures de passation, non seulement parce qu'elles sont considérées comme telles par les rédacteurs des textes à cette époque, mais aussi parce qu'elles font partie d'une série de garanties d'un choix économiquement intéressant par l'administration, au même titre que la procédure d'adjudication.

59. D'autres textes intéressent la construction publique à cette période, textes que l'on considérerait bien souvent aujourd'hui comme faisant partie des législations de « marché public » au sens large du terme, c'est-à-dire comprenant d'autres contraintes que celles de passation. Pourtant, il existe une grande différence avec la définition actuelle : il est très rarement fait allusion aux marchés, et exclusivement lorsque les textes s'appliquent aussi bien aux travaux qu'aux fournitures. En revanche, ces réglementations se réfèrent à des travaux pour la plupart qualifiés de travaux publics⁵².

Les travaux qui sont réglementés en dehors de la mise en place de la procédure d'adjudication le sont dans différents domaines que l'on peut distinguer : répartition des compétences, mise en place de commissions pour l'étude d'offres et règles de contentieux.

60. Les premiers de ces textes touchent à la détermination de la personne qui a compétence pour signer un contrat de construction. Il s'agit tout d'abord d'un décret du 14 décembre 1789⁵³ qui inclut, dans les fonctions propres au pouvoir municipal, la

⁴⁷ Par exemple le décret du 20 septembre – 14 octobre 1791 dispose qu'il doit y avoir « *affiches et publications solennelles* » et que « *les affiches soient apposées partout ou besoin sera* ». Le décret du 10 brumaire An 14, précité, disposant que l'adjudication se fera « *après deux publications par affiche* ».

⁴⁸ On peut remarquer ici la place à part d'une loi du 14 mars 1793, *relative à la caution des entrepreneurs et fournisseurs de l'État à la date de l'adjudication*, qui supplée aux règles habituellement incluses dans les textes mettant en place des procédures de passation.

⁴⁹ Par exemple l'arrêté du 9 fructidor An 6, précité, article 9 : « [...] *et de remettre en même temps la désignation des immeubles qu'ils entendent affecter à leur cautionnement, et le nom des propriétaires qui les hypothéqueront* » Voir aussi articles 10, 11, 12 et 13.

⁵⁰ Par exemple ordonnance des 10-27 mai 1829, titre III précitée, et arrêté du 9 fructidor An 6, article 14, précité.

⁵¹ Par exemple, décret du 16 décembre 1811, précité

⁵² Huit textes sur quatorze. Les autres qualifications sont une liste de travaux qui pourraient être qualifiés de travaux publics, et cela d'autant plus facilement que cette notion n'est pas définie clairement à l'époque.

⁵³ Décret du 14 décembre 1789, *décret relatif à la constitution des municipalités, suivi de l'instruction*, DUVERGIER *Lois et décrets*, Tome 1 p. 63. « *art. 50 p. 66 : Les fonctions propres au pouvoir municipal, sous la*

direction et l'exécution des travaux publics. Plus élevés dans l'organisation administrative de l'époque, les départements⁵⁴ se voient accorder « *la direction et confection des travaux pour la confection des routes, canaux et autres ouvrages publics* » par le décret des 22 décembre 1789 – janvier 1790⁵⁵. Pour l'administration de l'État, c'est le décret du 13 fructidor An XIII⁵⁶ qui répartit les compétences entre les différents ministères. Il faut souligner que durant le début du XIX^e siècle la compétence pour les travaux publics revient en principe au pouvoir exécutif⁵⁷. Les derniers temps de la Restauration, qui sont ceux du développement des règles budgétaires, mettent un terme au monopole de l'exécutif. La loi des 21-28 avril 1832 oblige à ce que les marchés soient passés après une loi spéciale ou un crédit ouvert à un chapitre spécial du budget⁵⁸, règle qui a même été renforcée dans la période entre 1852 et 1870 où ils sont soumis à une compétence législative exclusive⁵⁹.

La fixation des autorités compétentes est fonction des travaux dont on peut dire qu'ils sont toujours des travaux publics, soit parce qu'ils sont qualifiés directement ainsi⁶⁰, soit parce que, comme pour certains travaux visés dans les réglementations sur les

surveillance et l'inspection des assemblées administratives, sont : [...] de diriger et faire exécuter les travaux publics qui sont à la charge de la communauté [...] » inclut dans les fonctions propres au pouvoir municipal la direction et l'exécution des travaux publics. (décret 21 mai-27 juin 1790, *décret relatif à l'organisation de la municipalité de Paris*, l'applique à la municipalité de Paris)

⁵⁴ Les départements n'étaient alors que des administrations déconcentrées, ce malgré le caractère démocratique de la composition de leurs organes. cf. L. BEQUET *Répertoire du droit administratif*, Paris, Paul Dupont ed, 1891, Tome 9, p. 508 et s.

⁵⁵ Décret du 22 décembre 1789-janvier 1790, *relatif à la constitution des assemblées primaires et des assemblées administratives*, DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 1 p. 73 : « *Section III, article 2 « Les administration de départements seront encore chargés, sous l'autorité de l'inspection du roi, [...] de toute les parties de cette administration, notamment celles qui sont relatives à [...] 7°) à la direction et confection des travaux pour la confection des routes, canaux et autres ouvrages publics [...] »* Il s'agit du décret créant les départements, districts et cantons. Pour une analyse plus poussée, cf. *Répertoire du droit administratif* précité.

⁵⁶ Décret du 13 fructidor An 13 (31 août 1805) *décret qui règle la compétence des ministres de l'intérieur, de la guerre et de la marine, relativement aux travaux à faire aux grandes routes, aux ponts, aux canaux de navigation, aux rades...* DUVERGIER Tome 16 p. 254 : « *Art. 1^{er}: Les travaux relatifs à la construction, réparation et entretien de grandes routes, des ponts, des canaux de navigation, des fleuves et rivières navigables, des ports de commerce, des écluses de navigation, de celles de chasses dans les mêmes ports, des dessèchements, des digues sur les fleuves, les rivières, les torrents, continueront à faire partie des attributions du ministre de l'intérieur, et à être exécutés par les ingénieurs des ponts et chaussées, sous la surveillance des préfets, sauf les exceptions ci-après.* » (sauf tout ce qui est place de guerre, ainsi que les ports et rades)

⁵⁷ Loi du 8 mars 1810 : *relative à la compétence de l'exécutif pour ordonner les travaux publics*, absente du DUVERGIER.

⁵⁸ Loi de finances des 21-28 avril 1832 : « *art 10 Nulle création, aux frais de l'État (sont donc exclues les concessions) d'une route, d'un canal, d'un grand pont sur un fleuve ou une rivière, d'un ouvrage important dans un port maritime, d'un édifice ou d'un monument public, ne pourra avoir lieu, à l'avenir, qu'en vertu d'une loi spéciale ou d'un crédit ouvert à un chapitre spécial du budget.* »

⁵⁹ La compétence législative sera généralisée par le *senatus-consulte 25 décembre 1852*, puis on verra un retour à la compétence de l'exécutif pour les travaux de l'État par la loi du 27 juillet 1870. Pour une description des ces tergiversations : « *De la compétence respective du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif en matière d'autorisation de travaux publics d'après la loi du 27 juillet 1870.* » In *Mélanges Travaux publics* (livre regroupant des articles divers sur ce thème et relié pleine fleur). Salle de droit public, Université de Paris II Panthéon-Assas, n° A 124.

⁶⁰ Décret du 14 décembre 1789, précité ; loi du 8 mars 1810, précitée

marchés, l'accumulation des travaux visés en fait des travaux publics⁶¹ ; ce qui est d'autant plus facile à une époque où leur définition n'était pas strictement établie.

61. La seconde série de textes, quoique très proche des procédures de passation, n'impose pas une mise en concurrence ou une publicité, mais simplement une procédure d'examen des offres que l'on pourrait qualifier de « technique ». Le décret du 21 ventôse An II⁶² institue une « commission des travaux publics », qui sera ensuite plusieurs fois modifiée quant à certaines de ses compétences, à sa composition et même à son nom⁶³. Cependant, malgré ces changements, la commission conservera sa vocation à traiter de tous les travaux publics, même en dehors des cas dans lesquels les contrats sont passés sous la forme de marchés. Le deuxième organisme à compétence technique est un « conseil d'examen des projets de travaux maritimes », dont la compétence est étendue au-delà des travaux publics puisqu'est comprise dans les travaux maritimes la construction de biens meubles⁶⁴.

62. À ces deux premières catégories s'ajoute une dernière qui a trait à la compétence contentieuse. Dans un premier temps, le décret des 7-11 septembre 1790⁶⁵ met en place une solution administrative des litiges de travaux publics, avant que ceux-ci soient portés devant les Conseils de préfecture par la célèbre loi du 28 pluviôse An VIII⁶⁶.

⁶¹ Décret du 22 décembre 1789-janvier 1790, précité ; décret du 13 fructidor An 13 (31 août 1805), précité ; Loi de finances 21-28 avril 1832 précitée.

⁶² Décret du 21 ventôse An 2 (11 mars 1794) *Portant établissement d'une commission des travaux publics*. L. 17, 371 ; B. 40, 202.

⁶³ D'abord par une ordonnance 18 septembre 1816, DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 21 p. 37, 7 Bull. 114, n° 1151, qui change la composition de la commission mixte des travaux publics. Cette commission ayant pour but de concilier les positions des ministères civil, militaire et maritime dans le cadre de projets de « travaux publics » qui les intéressent tous trois. Ensuite par une autre ordonnance du 28 décembre 1828-7 janvier 1829, *relative à la commission mixte de travaux publics*...

⁶⁴ Arrêté du 8 pluviôse An 8 (26 janvier 1800)-21 mars 1831 : *pour la formation d'un conseil d'examen des projets relatifs aux travaux maritimes auprès du ministre de la marine et des colonies*. Il faut ajouter que l'arrêté du 17 ventôse An 8 (8 mars 1800) *relatif au service des travaux maritimes* définit les travaux maritimes comme « tous les ouvrages relatifs à la sûreté, facilité et protection de la navigation soit à la mer, soit dans l'intérieur des ports et havres de la République, le creusement des ports, ainsi que la construction et l'entretien des bâtiments désignés sous le nom de bâtiments civils. ». Les travaux maritimes sont donc plus larges que les travaux publics en ce sens qu'il ne comprennent pas dans leur définition la nécessité d'être des biens immobiliers. Cette définition est utilisée ensuite par l'ordonnance des 19 février – 21 mars 1831 *sur la création d'un conseil des travaux de la marine*.

⁶⁵ Décret du 7-11 septembre 1790, *relatif à la forme de procéder devant les autorités administratives et judiciaires, en matière de contributions, de travaux publics, et de commerce, et à la suppression des cours, tribunaux et juridictions d'ancienne création*. Article 3 : « Les entrepreneurs de travaux publics seront tenus de se pourvoir sur les difficultés qui pourraient s'élever en interprétation ou dans l'exécution des clauses de leurs marchés, d'abord par la voie de conciliation, devant le directoire du district ; et dans les cas où l'affaire ne pourrait être conciliée, elle sera portée au directoire de département et décidée par lui en dernier ressort, après avoir vu l'avis motivé du directoire du district » DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 1 p. 359.

⁶⁶ Loi du 28 pluviôse An 8 (17 février 1800), *concernant la division du territoire français et l'administration*. « article 4 : Le conseil de préfecture prononcera [...] sur les difficultés qui pourraient s'élever entre les entrepreneurs de *travaux publics* et l'administration *concernant le sens ou l'exécution des clauses de leurs marchés* ; sur les réclamations des particuliers qui se plaindront de torts et dommages procédant du fait personnel des entrepreneurs et non du fait de l'administration ; [...] sur les demandes et contestations concernant les indemnités dues aux particuliers, à raison des territoires pris ou fouillés pour la confection des chemins, canaux et autres ouvrages publics. »

Cette compétence de l'ordre administratif sera ensuite confirmée dans le décret du 11 juin 1806⁶⁷. On remarquera que le terme de travaux publics est employé dans les deux premiers textes seulement, et seulement dans l'expression « d'entrepreneurs de travaux publics », même s'ils associent effectivement la compétence à l'existence d'une contestation concernant un marché. En revanche, le décret de 1806 fait la différence entre les marchés et les « travaux⁶⁸ ou fournitures » faits hors marchés et donne dans les deux cas compétence au Conseil d'État. Ces distinctions textuelles seront pourtant dépassées puisque c'est dès l'origine le critère de la présence d'un travail public qui donnera la compétence à la juridiction administrative sur le fondement de la loi du 28 pluviôse An VIII, et la présence d'un marché sera alors indifférente⁶⁹.

63. Conclusion du premier paragraphe : Il n'y a pas à cette époque de marchés de travaux publics, du moins pas comme qualification juridique, puisque l'association de ces termes n'est jamais employée dans les textes⁷⁰. La raison principale est à notre avis que, ni le terme de marché, ni celui de travaux publics ne sont fixés. On peut seulement s'accorder pour dire que, dans l'immense majorité des cas, le terme de marché signifie « contrat passé après des mesures de publicité et de mise en concurrence » ; cela justifie que nous ayons retenu cette définition à ce stade, tout en incluant dans cette notion de marchés les garanties exigées des cocontractants et qui apparaissent à l'époque comme des dispositions financières partie intégrante de l'adjudication⁷¹. De cette définition, on peut tirer une approche des travaux la plus conforme possible à la réalité de l'époque. D'une part, ils sont limités à certains domaines, parce que le faible engagement de l'État dans l'économie limite

⁶⁷ Décret du 11 juin 1806, *sur l'organisation et les attributions du Conseil d'État*, DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 15 p. 376 : « Titre II, article 14 : Il connaîtra en outre [...] de toutes contestation ou demandes relatives soit aux marchés passés avec nos ministres, avec l'intendant de notre maison, ou en leur nom, soit aux *travaux ou fournitures faits pour le service de leurs départements* respectifs pour notre service personnel ou celui de nos maisons. ». Ce texte servait aussi à l'époque de fondement à la compétence de la juridiction administrative pour les marchés de fournitures.

⁶⁸ Et pas travaux publics, car à cette époque, les termes de « marché » et de « travaux publics » ne sont jamais apposés pour former une qualification indépendante.

⁶⁹ J. APPLETON, dans son *Traité élémentaire du contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 683 pp. spé. n° 219, cité par R. LATOURNERIE, *De la faute et du risque à propos des dommages causés par les travaux publics*, RDP 1945 p. 10 considère que cette interprétation extensive de la loi du 28 pluviôse An 8 est en fait la rectification d'une « *bévue législative* ».

⁷⁰ Il est à noter que la doctrine de l'époque est plus que lapidaire sur ce point, ne définissant pas clairement les travaux publics, n'utilisant jamais le terme de marché de travaux publics et préférant à celui de marché le terme « d'adjudication ». Cf. Par exemple le Baron de GÉRANDO, *institutes du droit administratif français ou élémens de code administratif*, Paris, Nêve ed., Tome 4. pp. 249 et 268 qui définit les travaux publics comme « *ceux qui présentent un caractère d'utilité générale* » et refuse la qualification de marchés comme d'une catégorie juridique en précisant seulement que « *chaque administration a établi aussi quelques règles spéciales pour la confection des travaux publics dont elle est chargée* » et en ne traitant que de « *l'adjudication* » c'est-à-dire du régime et non de la définition des marchés.

⁷¹ Elles sont en effet le simple pendant des dérives possibles du système de l'adjudication qui, s'il permet aux collectivités de bénéficier du prix le plus faible, peut conduire les entreprises cocontractantes à proposer des rabais les mettant dans une situation financière délicate, compromettant de ce fait le marché.

ses compétences à des secteurs que nous avons qualifiés de « stratégiques »⁷². D'autre part, les réglementations autres que la mise en place de procédures d'adjudication font appel à la notion de travaux publics ou à des périphrases équivalentes, mais ont bien souvent un champ d'application plus grand que les marchés, même si cette qualification est parfois utilisée.

Les marchés, en tant que contrats dans les secteurs stratégiques, ont donc tous pour objet des travaux publics ; et les autres réglementations sont fondées sur les travaux publics. Il s'agit donc bien d'un point d'unité mais cette dernière est seulement latente et ne pourra se révéler que lorsque le développement des marchés aura élargi son champ d'application à un plus grand nombre de travaux qui seront pris en compte sous la qualification de travaux publics par le droit positif.

§ 2e : L'unité trouvée dans la notion de travaux publics (1833 – 1964)

64. À partir de la Restauration, et plus encore sous la Monarchie de Juillet⁷³, on assiste à une très grande activité⁷⁴, aussi bien matérielle que juridique, dans le domaine des travaux publics. C'est en effet à cette époque qu'à la faveur de la paix se développent les travaux civils et que se reprennent⁷⁵ préventivement des travaux militaires. Ainsi, à côté de constructions défensives comme le mur d'enceinte de Paris⁷⁶ ou les forts aux frontières, on assiste à un important accroissement des travaux civils comme la réparation, l'adoucissement⁷⁷ et la construction de routes⁷⁸, le creusement de nouveaux canaux⁷⁹, de

⁷² Route, canaux, ponts, places militaires et bâtiments pour les administrations... auxquels ils faut ajouter des travaux que l'on qualifie de travaux publics mais qui ne nous intéressent pas parce qu'ils ne sont pas passés sous la forme de marché mais par le procédé de la concession comme l'assèchement de marais ou la fixation des dunes.

⁷³ Si les règnes précédents ont initié les études (par exemple un état général des routes du 12 août 1828 est présenté à Charles X par le ministre de l'Intérieur, M. de MARTIGNAC) ou les premières expériences (par exemple la première ligne de chemin de fer entre le Rhône à Saint-Etienne et la Loire est due à une ordonnance de Louis XVIII du 26 février 1823), c'est Louis-Philippe qui engagera les vraies dépenses et réformes juridiques.

⁷⁴ F. MALAPERT, *Histoire de la législation des travaux publics*, 1880, note une « *énergique impulsion aux travaux publics* ».

⁷⁵ Les journées de 1830 ont permis à la France de se dégager de la limitation en matière militaire que lui avait imposée la défaite de 1815, notamment en ce qui concerne le nombre restreint de places fortes aux frontières. Cf. F. MALAPERT, *ibid*, p. 334.

⁷⁶ Il s'agit à la fois des forts détachés de l'enceinte en plus de cette dernière. Ces travaux furent effectués à l'initiative de Tiers et concrétisés grâce à la loi du 3 avril 1841. Ajoutons, comme anecdote à propos de la compétence des autorités administratives, que cette enceinte fut construite pour une moitié par le ministère de la Guerre et pour une autre moitié par celui des travaux publics, sans tenir compte des ouvrages à construire, cela grâce à l'ordonnance du 19 septembre 1840.

⁷⁷ Ordonnance du 10 juin 1838. L'adoucissement est l'action consistant à aplanir au maximum un terrain.

⁷⁸ Si les grandes routes ont clairement un intérêt stratégique, et qu'elles se sont aussi développées grâce à une loi des 27 juin-6 juillet 1833 qui ordonna la création de routes « dites stratégiques » sur 350 lieux dans l'ouest de la France ayant pour but d'empêcher les légitimistes de soulever la Bretagne et la Vendée ; on peut qualifier de travaux « civils » le développement des chemins vicinaux qui ont plus un

nouveaux ports de commerce, l'érection de phares et la mise en place progressive d'un réseau de chemins de fer⁸⁰, symbole de cette révolution industrielle.

Ce développement des travaux et leur influence sur les finances publiques ont conduit le législateur à étendre l'adjudication, pour son caractère protecteur des deniers publics et son effet limitatif de la corruption. Cela a d'abord été l'objet d'une loi du 31 janvier 1833⁸¹, suivie de deux ordonnances d'application, l'une des 4-7 décembre 1836⁸² relative aux marchés de l'État, l'autre des 14 novembre-12 décembre 1837⁸³ relative aux marchés des communes et des établissements de bienfaisance. Ces trois textes, fondements d'un véritable droit des marchés⁸⁴ puisque s'appliquant très généralement aux personnes publiques⁸⁵ — au-delà de réglementations spécifiques par secteur — ne font cependant pas allusion à la notion de travaux publics. Comme dans les textes des décennies précédentes, le terme de travaux est utilisé seul.

Pourtant, cet élargissement de l'adjudication fondé sur la seule prise en compte du délicat critère organique va conduire peu à peu la jurisprudence à rechercher un critère complémentaire afin de limiter une application trop large des procédures de passation : ce sera celui du caractère public des travaux.

65. Cette évolution vers l'utilisation du critère des « *travaux publics* » — et par voie de conséquence vers la naissance de « *marchés de travaux publics* » — a eu lieu, non

intérêt économique. Ces derniers se sont développés sur plus de 50 000 lieux grâce à un budget spécial de 40 à 50 millions par année pour les communes (loi du 21 mai 1836).

⁷⁹ Des nouveaux canaux comme le canal latéral de la Garonne, issus de lois de 1820 et 1821 qui permettaient leurs concessions, furent ensuite rachetées par l'État (loi du 29 mai 1845) puis raccordés entre eux et rendus gratuits.

⁸⁰ Après les premières expériences, le véritable début d'un réseau national trouve son origine dans la loi des 11-17 juin 1842 qui met en place des « voies de lignes » en étoile autour de Paris, sous forme de marchés payés par le Trésor et en vue d'être ensuite concédées (avec fourniture du matériel d'exploitation par le concessionnaire).

⁸¹ Loi du 31 janvier 1833 *portant règlement définitif du budget de 1829*. Bull. n° 190 : « Article 12 : Une ordonnance royale réglera les formalités à suivre à l'avenir dans tous les marchés passés au nom du gouvernement. Il sera fourni chaque année aux deux chambres un état sommaire de tous les marchés de 50 000 F et au-dessus, passés dans le courant de l'année échue. Les marchés inférieurs à cette somme, mais qui s'élèveraient ensemble, pour des objets de même nature, à 50 000 F et au-dessus seront portés sur ledit état — Cet état indiquera le nom et le domicile des parties contractantes, la durée, la nature et les principales conditions du contrat. »

⁸² Ordonnance 4-7 décembre 1836 *portant règlement sur les marchés passés au nom de l'État*, DUVERGIER *Lois et décrets*, Tome 36, p. 487, IX, Bull. CDLXX, n° 6, 606. « Article 1 : Tous les marchés au nom de l'État seront faits avec concurrence et publicité, sauf les exceptions mentionnées à l'article suivant [marchés de gré à gré]. »

⁸³ Ordonnance 14 novembre-12 décembre 1837 *portant règlement sur les entreprises pour travaux et fournitures au nom des communes et des établissements de bienfaisance*. DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 37, p. 437, IX. Bull. DXLVI, n° 7183. Cette ordonnance étend le principe de l'adjudication publique pour ces personnes. La règle fut reprise ensuite dans plusieurs textes : loi du 5 avril 1884, art. 89 et 90, 6° ; art. 115 modifié par les lois du 17 juin 1918 et du 15 janvier 1924. Voir sur ces derniers textes, G. JÈZE, *Les contrats administratifs*, Paris, Giard ed. 1927, spé. p. 80.

⁸⁴ Ces premiers textes seront ensuite repris avec de faibles changements, notamment quant à la place de l'adjudication et le critère organique : règlement d'administration publique du 31 mai 1838, art 45 ; Cf. JÈZE, *Op. Cit.* p. 79 ; arrêté des 18 août – 13 septembre 1848 « sur les travaux publics à adjuger ou concéder aux associations d'ouvriers. (*Dalloz* 1848.4.169) ; décret impérial du 31 mai 1862 ; règlement d'administration publique du 31 mai 1862, art 32 et s. Cité par Jèze, *Op. Cit.* p. 79. ; décret du 18 novembre 1882 *relatif aux adjudications et aux marchés passés au nom de l'État*, *Bulletin des lois* n° 12,567 ; *Dalloz* 1883.4.56, Code administratif *Dalloz* 1926 p. 273.

⁸⁵ L'État, les départements, les communes et les établissements de bienfaisance.

comme une révolution, mais à la suite de nombreuses et insensibles manifestations (B), et cela de façon parfaitement justifiable, tant pour des raisons de droit substantiel que sous l'influence des règles contentieuses (A),

A) Les raisons de l'utilisation de la notion de travaux publics comme critère d'application de règles de passation

66. Si l'utilisation de la qualification de « marché de travaux publics », qui a conduit à l'évacuation des marchés de travaux « privés » de la nécessité de respecter l'adjudication, a été une évolution historique relativement lente et certainement insensible, c'est qu'elle se justifie par des raisons liées plus à la compétence contentieuse (1) et à la volonté d'étendre l'adjudication à un grand nombre des contrats des communes (2) qu'à l'application stricte des textes.

1) Les raisons dues à l'interprétation de la loi du 28 pluviôse An VIII

67. La première raison de l'utilisation de la notion de travaux publics comme critère d'application des réglementations sur les marchés peut être tirée de la compétence contentieuse. En effet, était en germe dans la loi du 28 pluviôse An VIII une compétence administrative fondée sur des qualifications qui ont permis à la jurisprudence, et spécialement après la loi du 31 janvier 1833, de se fonder sur la notion de travaux publics.

68. D'une part, la contestation des clauses des marchés était attribuée aux conseils de préfecture pour les seuls marchés dans lesquels était présent un « entrepreneur de travaux publics »⁸⁶. N'étaient donc apparemment visés par cette disposition que les contrats qualifiés de *marchés* et ayant pour but des *travaux publics*⁸⁷. Dans un premier temps, c'est ce double critère qui a été utilisé par la jurisprudence⁸⁸, mais ensuite, la seule présence de travaux publics dans un contentieux entre deux parties à un contrat, dont une au moins était publique⁸⁹, suffisait à fonder la compétence administrative. Il est vraisemblable que l'absence de définition des « marchés » soit à l'origine d'une utilisation désordonnée de ce terme et à une perte de sa valeur en tant que critère juridique ; cela au moment même où la

⁸⁶ Art. 4, 3^e alinéa : « Le conseil de préfecture se prononcera ... sur les difficultés qui pourraient s'élever entre les entrepreneurs de travaux publics et l'administration concernant le sens ou l'exécution des clauses de leurs marchés... ».

⁸⁷ D'autres contrats qualifiés de marchés mais concernant des fournitures étaient jugés de la compétence des « tribunaux », c'est-à-dire de l'ordre judiciaire, cf. pour des marchés d'éclairage 8 novembre 1829, ord. Mac. II, 186 et 10 juin 1829, ord. Mac. II, 375. Cités in DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 12 p. 83

⁸⁸ On retrouve par exemple les deux éléments dans un arrêt du 7 février 1809 ; J.C. t. 3, p. 259 concernant les travaux d'embellissement d'une ville. Cité in DUVERGIER, *ibid*, Tome 12 p. 85.

⁸⁹ Ou par des personnes subrogées dans leurs droits, on pense par exemple aux sous-traitants avant même que le paiement direct leur soit accordé, cf. CE 15 avril 1857, *Velut*, rec. p. 276. Dans ce type de cas, le sous-traitant est considéré comme ayant traité directement avec l'administration ou comme mandataire de l'adjudicataire.

qualification de travaux publics commençait à s'établir⁹⁰. L'analyse que fait BERTHÉLÉMY de cette perte d'importance de la qualification du contrat – le marché public – au profit de son objet – les travaux publics – comme due à la volonté de soumettre les concessions de travaux publics à la compétence administrative est spécialement intéressante. Elle montre l'unité fondamentale qui existe entre ces deux contrats⁹¹.

69. D'autre part, en matière de responsabilité, les cas dont la justice administrative a connaissance sont ceux que l'on a peu à peu regroupés sous le titre de dommages de travaux publics. À cela deux explications : premièrement, on trouve dans l'alinéa 4 de l'article 4 de la loi de pluviôse⁹² la notion « *d'entrepreneur* » que la jurisprudence a assimilé à l'entrepreneur de travaux publics⁹³. Deuxièmement, la loi de pluviôse se fonde aussi sur la présence « *d'ouvrages publics* »⁹⁴ ; or à cette époque, l'ouvrage public était un critère de définition des travaux publics⁹⁵, et l'abondance de contentieux concernant les dommages aux particuliers était tel que, dans un souci d'unification, on est passé du critère de la présence d'un ouvrage public au critère de la présence de travaux publics.

La jurisprudence a donc peu à peu évolué vers l'utilisation d'un critère commun en matière de contrat et de responsabilité. Ce critère était d'autant plus facile à trouver que, d'une part la volonté d'étendre le contentieux administratif a poussé dans les deux cas à appliquer une notion de travaux publics que l'on trouvait dans un texte de compétence – la loi du 28 pluviôse An VIII – et que l'on a constamment étendu par ce que l'on a appelé son « caractère attractif » ; et d'autre part que cette notion large de travaux publics a aussi été utilisée dans d'autres textes⁹⁶.

⁹⁰ Cf. pour le contrat de construction d'une route par des particuliers et à leurs frais conclu avec une ville, et son attribution à la compétence administrative cf. Paris, 15 nov. 1850, *André, Dalloz* 1854.5.762

⁹¹ Cf. BERTHÉLÉMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, 4^e ed. 1906 pages 449 et 603. L'argument principal dans ce sens est que la seule différence entre les concessions et les marchés est la rémunération et que cela n'enlève pas le caractère d'entrepreneur de travaux publics aux concessionnaires de travaux publics comme le montre l'arrêt CE 24 juin 1840 *Hindenlang* rec. p. 176. Ces considérations d'il y a un siècle frappent par leur actualité, notamment au regard du droit communautaire.

⁹² Article 4, 4^e alinéa : « *Sur les réclamations des particuliers qui se plaindront de torts et dommages procédant du fait personnel des entrepreneurs* »

⁹³ Comme elle l'a fait pour l'alinéa 3 du même article

⁹⁴ Article 4, 5^e alinéa : « *Sur les demandes et contestations concernant les indemnités dues aux particuliers, à raison des terrains pris ou fouillés pour la confection des chemins, canaux et autres ouvrages publics.* »

⁹⁵ Cf. infra sous-section 2, § 3. C'est notamment la définition de M. HAURIOU pour qui le travail public est un travail sur un ouvrage public. *in précis élémentaire de droit administratif*, Paris, Sirey, 5^e ed. 1943, p. 409.

⁹⁶ En dehors des textes antérieurs à 1833 dont on a déjà fait état, on retrouve les termes de travaux publics dans de grands textes postérieurs : ordonnance 18 février-7 mars 1834 (modifiée par l'ordonnance du 15 février-6 mars 1835) *portant règlement sur les formalités des enquêtes relatives aux travaux publics*, Code administratif *Dalloz* 1926 p. 68 ; ordonnance du 23 août 1835 *portant que les enquêtes qui doivent précéder les entreprises des travaux publics seront soumises aux formalités y déterminées pour les travaux d'intérêt purement communal* (enquêtes envisagées à l'article 3 de la loi du 7 juillet 1833, puis 3 mai 1841) ; loi du 3 mai 1841 *sur l'expropriation pour cause d'utilité publique* ; loi du 27 juillet 1870 *concernant les grands travaux publics*, *Dalloz* 1870.4.43, *code administratif Dalloz* 1926 p. 167.

2) Les raisons dues à l'extension du régime des travaux publics aux communes.

70. Partant de cette extension, la jurisprudence a aussi vu dans la notion de travail public un procédé simple pour soumettre aux réglementations de passation le nombre maximum de contrats des communes : il suffisait de dire que leurs travaux étaient eux aussi des travaux publics.

Par un décret du 17 juillet 1808⁹⁷, les procédures de passation avaient été étendues aux municipalités, mais leur application n'avait pas été posée comme principe général puisqu'elles ne s'appliquaient qu'aux travaux de « bâtiments » et non à tous les travaux. Par ailleurs, la qualification de travaux publics des travaux communaux n'était reconnue que par intermittence⁹⁸, ce qui avait pour conséquence de faire de leurs marchés tantôt des contrats soumis au juge administratif, tantôt des contrats de droit privé. L'ordonnance de 1837⁹⁹ étendit à tous les travaux des communes la procédure de l'adjudication et la jurisprudence en tira les conséquences quant à la possibilité de qualifier de travaux publics des travaux des communes qui en remplissaient les conditions¹⁰⁰.

B) Les manifestations et les limites de l'utilisation de la notion de travaux publics comme critère d'application du droit des marchés

71. Peu à peu, l'utilisation du critère des travaux publics pour l'application des règles de passation s'est imposée. On retrouve les marques de cette évolution dans l'organisation des marchés, dans la législation et bien entendu dans la doctrine (1). Cependant, les procédures de passation des ordonnances de 1836 et 1837 ont une valeur juridique dont le caractère contraignant est quasi inexistant et peu discuté, loin du caractère d'ordre public qu'il a aujourd'hui. (2)

⁹⁷ Décret du 17 juillet 1808 *décret sur les constructions et réparations des bâtimens (sic) communaux* ; recueil officiel de l'intérieur, Tome 2, p. 95 ; DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 16 p. 294, Cité par JÈZE *Les contrats administratifs*, Giard 1927 p. 79, « art. 1^{er} : le décret du 10 brumaire An 14 est déclaré applicable aux villes, bourgs et villages. Le conseil municipal délibérera sur tous les travaux à exécuter, sans déroger aux réglemens sur les budgets qui doivent être réglés au Conseil d'État ».

⁹⁸ Sur l'historique de cette reconnaissance et ses débuts hasardeux, cf. A. CHRISTOPHLE *Traité théorique et pratique des travaux publics*, Paris, A. Maresq aîné ed. 1862, pp. 8 et 9. Il est à noter que les communes ont été considérés comme des personnes privées ne passant que des contrats privés jusqu'au début du XIX^e siècle. G. BIGOT, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, PUF coll. *Droit fondamental*, 1^e ed. 2002 n° 41 *in fine* est moins nuancé, il estime que la différence entre les travaux communaux qui ressortissent à la compétence administrative sont ceux qui ont été avalisés par le Préfet et pour lesquels ce dernier a permis la perception d'une contribution. *A contrario*, les autres travaux communaux vont devant le juge judiciaire. Cf. CE 17 mai 1813 *Procureur-gérant du lycée de Toulouse*, RL, I, p. 445. pour cette seconde hypothèse.

⁹⁹ Ordonnance 14 novembre-12 décembre 1837 : *Portant règlement sur les entreprises pour travaux et fournitures au nom des communes et des établissements de bienfaisance*. DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 37, p. 437, IX. Bull. DXLVI, n° 7183. Cette ordonnance étend le principe de l'adjudication publique pour ces personnes. La règle fut reprise ensuite dans plusieurs textes : loi du 5 avril 1884, art. 89 et 90, 6° ; art. 115 modifié par les lois du 17 juin 1918 et du 15 janvier 1924.

¹⁰⁰ Pour une analyse de l'évolution des travaux communaux, cf. *infra* et G. BIGOT, *Op. Cit.* n° 60, 72 et 83.

1) Les manifestations de l'utilisation du critère des travaux publics

72. L'évolution du droit des marchés dans le sens d'une prise en compte du critère matériel en plus du critère organique, c'est-à-dire de l'utilisation de la notion de travaux publics comme critère d'application des procédures de passation applicables aux contrats de « marchés » touchant — au sens large — à la matière de la construction, participe d'un mouvement général de développement de la notion de travaux publics dans le droit administratif. Ainsi, dès 1829 — c'est-à-dire avant même la loi de 1833 — les activités de construction publique étaient rassemblées sous l'autorité d'un Ministère des travaux publics¹⁰¹, ce qui les séparait pour la première fois du Ministère de l'Intérieur et leur donnait juridiquement la place qu'elles avaient déjà économiquement.

73. Les manifestations juridiques de cette utilisation du terme de travaux publics sont nombreuses et ont rapidement influencé le droit des marchés, tant dans les textes que dans la façon dont la doctrine a appréhendé le problème.

74. L'évolution la plus remarquable est certainement celle de la législation. On ne trouve en effet ni dans les ordonnances de 1836 et 1837, ni même dans le décret de 1882 la qualification de « marchés de travaux publics ». La première des manifestations de cette qualification est le nom donné à l'époque à la publication chargée d'informer les entrepreneurs des adjudications : le *journal des travaux publics*, mis en place à partir de 1856¹⁰². Cependant, la véritable évolution est plus tardive puisque l'on trouve seulement à partir de 1906¹⁰³ l'utilisation des termes de « travaux publics » dans des textes dans lesquels le critère du « marché » aurait été manifestement utilisé avant cette date — même si le terme de marché n'était alors pas encore assez fixé pour être un véritable critère juridique. Enfin, il faut attendre 1922, pour voir utiliser textuellement le terme de « *marché de travaux publics* »¹⁰⁴.

75. Pour ce qui est de l'utilisation de la qualification de « *marchés de travaux publics* » par la doctrine, l'évolution est sensible à travers les manuels au cours des XIX^e et

¹⁰¹ Ce ministère, qui date de 1829, a vu ses compétences précisées dans une ordonnance du 19 mai 1830. Il perdurera après les journées de Juillet et dans la plupart des gouvernements postérieurs.

¹⁰² Tout d'abord dans une circulaire non publique du 23 avril 1856, puis dans une autre du ministre des travaux publics du 7 novembre 1874 *relative aux nouveaux moyens de publicité*. On remarquera que ce titre pourrait être repris à l'identique aujourd'hui, 130 ans plus tard, pour de nouveaux textes développant le publicité par des moyens informatiques. Cf. *Infra*, 2^e partie, Titre 1^{er}, Chapitre 2.

¹⁰³ Loi du 17 avril 1906 *portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1906* (Dalloz 1906.4.85) « art. 69 : Pour la liquidation de leurs dépenses de travaux publics et de fournitures, l'État, les départements et les communes pourront recourir à l'arbitrage tel qu'il est réglé par le livre III du Code de procédure civile. » ; décret du 20 mai 1914 (Modifié par le décret du 20 février 1919) *instituant un comité consultatif de règlement amiable des entreprises de travaux publics et des marchés de fournitures intéressant les départements et les communes*, C. Adm. Dalloz, 1926 p. 686. ; arrêté des 18 août – 13 septembre 1848 sur *les travaux publics à adjuger ou concéder aux associations d'ouvriers*. (Dalloz 1848.4.169)

¹⁰⁴ Avec la loi du 19 décembre 1922 *tendant à imposer aux soumissionnaires des marchés de travaux publics passés au nom de l'État, des départements et des communes, l'obligation de servir les allocations familiales à leur personnel* Dalloz 1924. 4^e partie.

XX^e siècles. En 1859, dans la 3^e édition de son *Cours de droit administratif*¹⁰⁵, T.-A. COTELLE utilise le terme de « *marché de travaux publics* » mais n'en fait pas un groupe de contrats fondamentalement distinct, méritant, en lui-même et sous ce titre, une étude au sein d'un ouvrage plus général. A. CHRISTOPHLE, en 1862¹⁰⁶, préfère lui aussi, tout en utilisant de temps à autre la qualification qui nous intéresse, l'étudier à travers la procédure de l'adjudication. Précurseur, L. AUCOC écrit tout un chapitre de ses *Conférences*¹⁰⁷ sur les « *marchés ou entreprises de travaux publics* » comme mode d'exécution des travaux publics. Cependant, le passage du siècle semble marquer la consécration des « *marchés de travaux publics* » puisque le code annoté Dalloz de 1895¹⁰⁸ traite expressément des « *règles communes aux marchés de travaux publics [...]* », que H. BERTHÉLÉMY réserve des développements exprès à l'« *entreprise ou marché de travaux publics* »¹⁰⁹, et que G. JÈZE désigne les marchés de travaux publics comme une « *catégorie particulière de contrat* » en 1927¹¹⁰.

2) L'absence de valeur contraignante des ordonnances de 1836 et 1837 et du décret de 1882

76. Si l'utilisation du critère des travaux publics permet une extension de l'application des procédures de passation des ordonnances de 1836 et 1837, ainsi que la création de la catégorie juridique des « *marchés de travaux publics* » que certains auteurs utilisent encore à tort aujourd'hui¹¹¹, la valeur contraignante de ces réglementations n'est pas à l'époque celle qu'elle a actuellement.

Loin d'être, comme de nos jours, protecteurs du marché concurrentiel, les textes du XIX^e siècle ont été principalement édictés comme mesures de préservation des deniers publics. Cette origine des textes a longtemps conduit jurisprudence et doctrine à considérer que ces réglementations avaient été édictées dans l'intérêt de la seule personne publique et que celle-ci pouvait par conséquent s'en affranchir si elle le voulait. C'est ainsi qu'au début du XIX^e siècle, l'administration pouvait conclure ses contrats de gré à gré alors même que la législation semblait lui imposer la procédure de l'adjudication. Le juge se contentait de noter que « *les dispositions de règlements précités [...]* ont eu pour objet d'établir des

¹⁰⁵ M. COTELLE, *Cours de droit administratif appliqué aux travaux publics*, Paris, Dalmont et Dunod ed., 3^e ed. 1859 (t. 1) à 1862 (t. 4)

¹⁰⁶ A. CHRISTOPHLE, *Traité théorique et pratique des travaux publics*, Paris, A. Maresq aîné ed., Tome 1, 1862

¹⁰⁷ L. AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'école des Ponts et Chaussées*, Paris, Dunod ed. 1870, Tome 2 p. 147 ; 1886, Tome 2 p. 304.

¹⁰⁸ « Règles communes aux marchés de travaux publics et aux marchés de fournitures ou de transport au compte de l'État », Les codes annotés Dalloz, *Codes des lois politiques et administratives*, Tome 3 p. 520.

¹⁰⁹ H. BERTHÉLÉMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, A. Rousseau ed., 4^e ed. 1906, livre II, titre 1^{er}, section 3, chapitre 6 p. 602. Le terme d'entreprise de travaux publics est parfaitement justifié à l'époque puisque la présence de travaux publics fonde l'existence de ce type de contrat et que le type de contrat se rapproche en fait du contrat d'entreprise de droit privé. Le titre du chapitre 6 est lui aussi topique de la nouvelle notion puisqu'il s'intitule « *des travaux publics et des contrats auxquels ils donnent lieu* ».

¹¹⁰ G. JÈZE, *Les contrats administratifs*, Paris, Giard, 1927, Tome 1 p. 81.

¹¹¹ Cf. *Infra*, on verra que cette qualification ne doit être utilisée aujourd'hui que dans un cadre très restreint, qu'elle ne saurait avoir une effectivité dans le droit de la commande publique.

garanties dans l'intérêt de l'État [...] l'inobservation de ces dispositions [...] ne saurait ouvrir à son profit un recours par la voie contentieuse »¹¹².

Ce libre choix des procédures, dont on peut dire qu'il s'est maintenu jusqu'en 1909¹¹³ a aussi contribué à l'utilisation du critère des travaux publics, fondé sur l'objet du contrat, plutôt qu'à un critère fondé sur la nature du contrat. Comment en effet faire une catégorie des contrats passés après adjudication alors que cette procédure n'était même pas obligatoire...

De plus, tout au long du XX^e siècle et jusqu'à la loi MURCEF¹¹⁴, une grande partie de la doctrine a considéré que les contrats des personnes publiques qui ne sont pas passés dans les conditions imposées par les lois et règlements sont des contrats de droit privé¹¹⁵. Or, ici encore, l'utilisation du critère des travaux publics a permis au juge administratif de reprendre un rôle dans la vie de ces contrats puisqu'ils se retrouvaient soumis au droit public dans leur exécution même s'il ne l'avait pas été lors de leur passation.

77. Conclusion du paragraphe : Avec la prise en compte de la qualification de travaux publics pour l'application des règles de passation, les marchés de travaux publics ne deviennent en réalité qu'une modalité d'exécution des travaux publics parmi d'autres. Cette évolution aura de grandes conséquences : premièrement, sur un plan général puisque le droit des marchés publics au sens large est soumis à la compétence des juridictions administratives et qu'un droit spécial est créé pour eux, droit qui a constitué le fondement de tout le droit des contrats administratifs. Deuxièmement sur un plan plus particulier, puisque le droit des « marchés » a vu dès cette époque son application étendue à des contrats qui n'y étaient pas soumis — principalement les concessions — comme si les procédures de passation profitaient de ce que la jurisprudence les considère comme facultatives dans le cadre des marchés pour devenir une possibilité pour tout le droit des travaux publics¹¹⁶.

78. Conclusion de la sous-section : Ce premier droit des marchés de travaux, fondé sur des considérations financières a constitué un simple élément d'un droit plus général des travaux publics. Cela n'a été possible que parce que la notion même de marché, parfois

¹¹² La formule est de l'arrêt CE 4 juillet 1873 *Lefort*, rec. p. 612.

¹¹³ Jusqu'à l'arrêt CE 5 février 1909 *Barla*, rec. p. 134, RDP 1910 p. 61 note G. JÉZE. Pour de plus amples développements sur ce sujet, Cf. Chapitre 2, section 1^{ère}, paragraphe 3.

¹¹⁴ Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 *portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier*, J.O. n° 288 du 12 décembre 2001 p. 19703.

¹¹⁵ Sur ce point, cf. JOSSE « Coup d'arrêt à la dégradation de la notion de travaux publics », *EDCE* 1956 p. 34, spé. p. 38 M. JOSSE se fonde sur l'arrêt CE 22 mai 1939 *Dme Vve Chabaud*, p. 348 pour qualifier ces contrats de contrats de droit privé, alors que cet arrêt se contente de considérer que le contrat en cause est un contrat de fourniture et non de travail public. Il nous paraît plus juste de dire que ces contrats sont passés de gré à gré, c'est-à-dire librement comme c'est le cas en droit privé plutôt que de les qualifier de contrats de droit privé, cela n'empêche pas en effet qu'ils soient parfois « rattrapés » par le droit public dans leur exécution. On retrouve la position de M. JOSSE in A. de LAUBADÈRE, *Traité des contrats administratifs*, 1956 p. 29 et s. se fonde sur le même arrêt.

¹¹⁶ C'est ainsi que la passation de nombreux contrats de concessions a eu lieu après publicité et mise en concurrence dans des conditions équivalentes à celles des textes des ordonnances de 1836 et 1837.

synonyme de contrat, souvent prise à contre-pied pour définir les contrats soumis aux procédures de passation, n'a en tout état de cause jamais été définie clairement, alors que, dans le même temps, la notion de travaux publics envahissait sous d'autres formes le droit administratif, et finissait ainsi par englober le droit des marchés encore faible. L'évolution de ce dernier a donc été soumise durant toute cette période à l'évolution de la notion de travaux publics, ce qui lui a permis de s'étendre plus que toute autre notion en droit administratif.

Sous-section 2ème : Une conception extensive des critères des travaux publics étendant l'application du droit des marchés publics

79. BERTHÉLÉMY écrivait en 1906 : « *la définition des travaux publics n'est donnée par aucun texte ; elle se dégage seulement de la tradition et des lois qui en parlent.* »¹¹⁷ La situation n'est pas différente au début du XX^e siècle ou aujourd'hui¹¹⁸, si ce n'est – mais c'est déjà beaucoup – l'existence d'une définition relativement stable et posée en jurisprudence. Durant près d'un siècle et demi, le régime de passation des contrats de l'administration a donc évolué parallèlement à la notion de travail public, critère central justifiant l'application de l'adjudication¹¹⁹. Si comme nous l'avons montré c'est au départ par la multiplication des textes que l'adjudication s'est développée, c'est ensuite par l'extension continue de la notion de travail public qu'une grande partie des travaux de l'administration s'est vue soumise à cette procédure.

80. La jurisprudence actuelle distingue trois éléments qui permettent d'attribuer à un travail la qualification de travail public : le caractère immobilier des travaux (§ 1^{er}), la notion de travaux (§ 2^e) et le caractère public de ces travaux (§ 3^e). Or chacun de ces indices se trouve être entendu très largement ou avoir été ouvert durant toute l'époque qui nous intéresse, permettant parallèlement l'extension de l'application de l'adjudication et de l'appel d'offres, donc du « droit des marchés ».

¹¹⁷ H. BERTHÉLÉMY, *Op. Cit.* p. 557. À rapprocher de A. CHRISTOPHLE *Op. Cit.* p. 2 : « *Cette définition n'est pas empruntée à la loi. — Le législateur a laissé à la doctrine et à la jurisprudence la tâche difficile de combler une lacune qui a fait naître des questions importantes et suscité des conflits interminables. — c'est donc dans l'étude attentive des arrêts que nous avons dû la chercher.* ».

¹¹⁸ Cf. J. DUFAU, *Droit des travaux publics*, Paris, PUF coll. *Droit fondamental*, 1998, p. 20 pour une typologie des lois du XX^e siècle qui utilisent la qualification de travaux publics et la constatation qu'aucune d'entre elles ne les définit de manière générale.

¹¹⁹ De 1833 à 1964 mais aussi un peu avant et un peu après, soit de façon fondée mais peu appliqué (après le décret 56-256 du 13 mars 1956), soit de manière libre même si ce n'était pas fondé textuellement.

§ 1er : Une conception extensive du caractère immobilier des travaux publics

81. La définition des immeubles en droit privé est sujette à une contradiction apparente puisqu'elle est à la fois résiduelle et large. Résiduelle, en ce qu'elle est rarement choisie comme solution en cas de doute sur la qualification d'un bien¹²⁰ ; large, elle l'est pourtant puisque le caractère protecteur du régime des biens immeubles, issue de leur importance économique, lui a valu une extension aux biens meubles participant de cette importance économique des immeubles. La justification historique de cette division entre les deux types de biens (A) n'empêche pourtant pas que la définition des immeubles ne corresponde pas exactement en droit privé et en droit public. Contrairement à l'idée selon laquelle il s'agit de notions communes aux deux branches du droit, la notion d'immeuble est plus large en droit public. (B)

A) Une distinction fondamentale du droit privé à l'origine d'une distinction en droit des marchés publics

82. La distinction entre meubles et immeubles, une des plus anciennes de notre droit, avait pour but principal de protéger plus spécialement les biens qui fondaient le pouvoir et la richesse. Sa reprise dans le Code civil et sa justification téléologique ont conduit le droit public à l'adopter parce qu'il fallait aussi trouver un fondement à la protection des biens les plus importants des personnes publiques¹²¹. Pourtant, dans le droit des marchés publics, elle est forcément limitée aux immeubles corporels, les seuls pouvant être l'objet de travaux.

83. La distinction entre biens meubles et biens immeubles¹²² a acquis une valeur juridique avec le droit romain¹²³, mais elle n'est devenue la *summa divisio* d'aujourd'hui¹²⁴ qu'après une évolution en trois phases.

¹²⁰ J. CARBONNIER *Droit civil*. Tome 3 *Les biens*, PUF coll. *Thémis*, 1995, n° 47 ; ed. 2004 PUF coffret Tome 2 ; considère que « des deux compartiments, les interprètes admettent [...], que c'est celui des meubles qui reste toujours ouvert, et qu'il convient, partant, d'y faire entrer tous les cas douteux, toutes les espèces des bien qui ne peuvent rigoureusement se définir comme immeubles ». Dans le même sens, *jurisclasseur civil*, fasc. Art. 516 n° 4. Cependant, cette position de la doctrine privatiste est essentiellement due à la classification de l'essentiel des bien incorporels dans la catégorie des meubles, biens incorporels que le droit public est peu amené à réglementer, particulièrement dans le droit des travaux publics.

¹²¹ Cf. M. HAURIUO, « Note sur l'influence exercée par les institutés en matière de classification du droit », *Revue critique de législation et de jurisprudence*, Paris, F. Pichon ed., 1887, 24 pp.

¹²² Cette distinction est solennellement posée à l'article 516 c. civ. « Tous les biens sont meubles ou immeubles ».

¹²³ Les qualifications de *res immobiles* et *res mobiles* ou *per se moventes* ne datent en fait que du Bas Empire. Cf. F. ZENATI et Th. REVET, *Les biens*, PUF, 2^e ed. 1997, n° 65 p. 83 et P. VIOLLET, *op. cit.* p. 616. Il est intéressant que le terme de meuble ait pour origine étymologique « qui peut se mouvoir » car on verra que, *a contrario*, sont aujourd'hui essentiellement qualifiés d'immeubles les biens attachés au sol. Selon P. VIOLLET, *Histoire du droit civil français*, Paris, *librairie du recueil général des lois et des arrêts*, 1893, p. 616, la première des distinctions se rapprochant des biens meubles et immeubles est celle des *res mancipi* et *res*

Dans un premier temps, elle s'est vue reconnaître comme critère juridique dans les régions du Nord de la France grâce aux coutumes du droit germanique qui mettaient en place un droit des successions fondé sur une différence de régime entre les biens qualifiés « héritages¹²⁵ » — les biens immeubles — insaisissables et destinés au lignage et les « cateux, catix ou chatels » — biens meubles — saisissables par les créanciers et allant au conjoint survivant¹²⁶.

Dans un second temps, LOYSEL¹²⁷ et CHARONDAS LE CARON¹²⁸, codifiant les coutumes médiévales¹²⁹ en reprenant les qualifications du droit romain, vont faire de la différence entre biens meubles et biens immeubles une distinction centrale¹³⁰. L'utilisation de ce critère à titre principal se justifiant par le fait que le droit féodal, dont LOYSEL tire ses *institutes*, accordait au titulaire d'un bien immobilier à la fois la richesse et — ce qui est certainement déterminant — des prérogatives de puissance publique. L'importance qu'avaient par conséquent les immeubles en faisait des biens qu'il fallait spécialement protéger, notamment à l'occasion des successions et contre les recours des créanciers.

La France rurale du début du XIX^e siècle a logiquement repris cette distinction dans le Code civil et lui a accordé la place qu'elle a encore aujourd'hui¹³¹ ; car si la terre n'était plus source de droits féodaux, elle était encore la principale source de richesse et de puissance, ce qui justifiait que tous les biens immobiliers dussent continuer à être protégés¹³².

nec mancipi de Gaius (II, 15-17) et Ulpien (*Regulae* XIX, 1) qui, selon R. MONIER *Manuel élémentaire de droit romain*, Tome 1, 3^e ed. 1941 n° 244 et s. ; et P. OURLIAC et J. de MALAFOSSE *Histoire du droit privé* Tome 2, 2^e ed. 1971, n° 2 et s. ont pour justification le formalisme, les premiers voyant leur propriété se transférer avec un formalisme complexe, les second facilement.

¹²⁴ Le droit romain connaissait d'autres distinctions plus importantes comme celle des biens bâtis et non bâtis, celle des biens italiques et provinciaux (Cf. F. ZENATI et Th. REVET, *op. cit.*) ; ou celle des choses corporelles « *quae tangi possunt* » ou incorporelles que l'on retrouve dans les *Institutes de Justinien*, Livre II, Titre II, § 1^{er}. Cf. J. CARBONNIER, *Droit civil*, 13^e ed. Tome III n° 55 ; H., L. et J. MAZEAUD, et F. CHABAS, *Leçons de droit civil*, Tome 1 n° 176 ; P. MARTY et G. RAYNAUD, *Droit civil*, Tome 1, 1980, n° 310 ; R. MONNIER, *Manuel de droit romain*, Tome 1 n° 244.

¹²⁵ On retrouve le sens d'immeuble de ce terme dans l'article 637 c. civ. « Une servitude est une charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire »

¹²⁶ Cf. F. ZÉNATI et Th. REVET, *op. cit.* et n° 136 ; P. VIOLLET, *op. cit.* p. 618 reprenant l'adage des XII^e et XIII^e siècle « Wer nur noch Immobilien hat ist insolvent » (celui qui n'a plus que des immeubles est insolvable).

¹²⁷ « Tous biens sont meubles ou immeubles ». Antoine LOYSEL, *Institutes coutumières*, 1^{ère} ed. 1646, réédité par Dupin et Laboulaye, Paris, 1846, 2 vol.

¹²⁸ Loys le CARON, dit CHARONDAS, *Le Grand coutumier*, II, XIV, Paris, 1598, p. 116 et s.

¹²⁹ A. LOYSEL, est un homme du XVII^e siècle mais tire ses maximes d'un droit d'origine féodal.

¹³⁰ Il est à noter que dès cette époque, et par une interprétation téléologique de la différence entre meubles et immeubles, les meubles de grande valeur et productifs de revenus (tels les offices, rentes et charges) étaient assimilés aux immeubles, comme c'était le cas en droit romain.

¹³¹ La distinction meuble-immeubles se trouve dans le premier article du Code civil sur la propriété c'est-à-dire le premier article du Livre deuxième du Code civil intitulé : « des biens, et des différentes modifications de la propriété », ce qui lui confère une force toute particulière.

¹³² On retrouve ce souci de protection dans l'article 2206 c. civ. qui dispose que la saisie des immeubles des incapables n'a lieu qu'après celle des meubles, dans l'article 1674 c. civ. qui dispose que seule la vente d'immeuble est rescindable pour cause de lésion, ou dans l'article 2279 c. civ. *a contrario* qui rend la preuve de la propriété d'un immeuble plus difficile à prouver que celle d'un meuble, ce qui se traduit

84. Cette distinction entre les meubles et les immeubles, pour critiquée qu'elle soit par d'éminents auteurs en droit privé¹³³, n'en a pas moins été reprise en droit public dès l'origine pour fonder un certain nombre de régimes juridiques, dont les travaux publics¹³⁴.

Faut-il le préciser, ne sont qualifiés de travaux publics que ceux qui portent sur les immeubles corporels, les immeubles incorporels¹³⁵ ne pouvant subir un travail public. On distingue traditionnellement au sein de cette dernière catégorie deux groupes de biens : d'une part les droits réels portant sur un immeuble – l'usufruit, les servitudes, ou les droits issus d'un bail emphytéotique, même administratif – d'autre part les actions tendant à revendiquer un immeuble (cas rares même en droit privé). Dans les deux cas, ce qui fait ici défaut, c'est la possibilité physique d'un travail au sens matériel, le caractère réel de ces droits n'étant qu'une fiction juridique.

On aurait pu voir dans le caractère résiduel des immeubles en droit privé une contradiction avec le caractère attractif des travaux publics qui sont effectués par définition sur des immeubles. La contradiction n'est pourtant qu'apparente puisque le caractère résiduel du droit privé porte en réalité sur les biens incorporels¹³⁶ qui, justement, ne peuvent être soumis au régime des travaux publics.

B) Une notion d'immeuble plus large qu'en droit privé

85. La même origine historique et les liens nécessaires entre la définition des immeubles en droit public et en droit privé¹³⁷ conduisent à une notion définie de la même manière dans les deux branches du droit. Si l'on se réfère au Code civil, sont qualifiés d'immeubles des biens qui le sont « *ou par leur nature, ou par leur destination, ou par l'objet auquel*

plus concrètement par des obligations de publicité foncière Cf. Ph. SIMLER et Ph. DELEBECQUE, *Les sûretés, La publicité foncière*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 2004, n° 706 p. 573

¹³³ Opinion de MALLEVILLE face à TRONCHET dans la discussion du Code civil sur le régime légal qui devait être choisit en matière de mariage, cf. FENET Tome 13, p. 549 et s. ; P. MARTY et G. RAYNAUD, *op. cit.* n° 312 ; H., L. et J. MAZEAUD et F. CHABAS, *op. cit.*, Tome 1 n° 178 et 179 ; F. ZÉNATI, *op. cit.* n° 65 et 66 p. 78. Les principales critiques ont porté d'une part sur l'absence de prise en compte de la fortune mobilière, alors même que cette dernière était naissante au début du XIX^e siècle, et d'autre part sur le fait que le Code civil n'avait pas repris le tempérament du droit romain pour les biens mobiliers de grande valeur (comme il ne sera pas non plus repris en droit administratif, cf. infra).

¹³⁴ On peut penser au régime de l'expropriation ou au débat sur l'existence d'un domaine public mobilier, R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien coll. Domat droit public, Tome 2, 15^e ed. p. 695, n° 853 et p. 393, n° 463 ; et J.-M. AUBY et P. BON, *Droit administratif des biens*, p. 295 n° 289 et p. 13 n° 16.

¹³⁵ Les biens incorporels sont les « *biens ou valeurs qui échappent à toute appréhension matérielle* », par exemple les créances, valeurs mobilières ou parts sociales. Cf. *Vocabulaire juridique*, Assoc. H. Capitant, G. CORNU (dir.), Paris, PUF coll. *Quadrige Dicos poche*, 2004, 968 pp.

¹³⁶ Cf. Encyclopédie Dalloz - Droit civil, fasc. *Les Biens*, n° 88.

¹³⁷ On pense à des régimes juridiques qui combinent droit public et droit privé et pour lesquels une différence trop importante de définition poserait des problèmes insolubles (l'expropriation par exemple) ou à des mécanismes de droit privé fondés sur la notion d'immeuble et utilisés en droit public (la vente en l'état futur d'achèvement – VEFA – de l'article 1601-1 du Code civil par exemple).

ils s'appliquent. »¹³⁸, trois possibilités dont la troisième ne porte que sur les biens incorporels, mais qui ne laisse pas pourtant d'être une définition très large, et cela du fait même de la loi. Pourtant, à y regarder de plus près, on constate que la définition des immeubles recouvre plus de réalités en droit public qu'en droit privé, tant dans la définition des immeubles par nature (1) que dans celle des immeubles par destination (2)¹³⁹. Cela nous conduit à en conclure que si les travaux sont plus nombreux en droit public qu'en droit privé, ce n'est pas seulement dû au caractère attractif de la notion de travaux publics, mais aussi à la définition administrativiste des travaux eux-mêmes.

1) Une différence entre droit public et privé sur la définition des « Biens immobiliers par nature » du fait des « meubles par anticipation »

86. Les biens qui forment le « noyau dur » de la catégorie juridique des immeubles sont ceux que le Code civil n'a pu – assez maladroitement d'ailleurs – qualifier que d'immeubles « par nature ».

On peut tout d'abord constater qu'il n'y a pas plus de catégorie juridique définie abstraitement pour les immeubles de droit privé que pour ceux de droit public. Le Code civil lui-même ne procède que par exemples successifs¹⁴⁰, la qualification « d'immeuble par nature » qu'il utilise étant un appel au bon sens et à l'intuition du juriste qui doit extrapoler les exemples fournis par le texte. La recherche d'une définition générale de l'immeuble par nature ne peut se faire qu'*a contrario* à partir de l'article 528 du Code civil¹⁴¹. On peut alors discerner un autre critère, un critère physique que la doctrine utilise aujourd'hui lorsqu'il s'agit de définir l'immeuble par nature.

87. En droit privé comme en droit public, on utilise en effet le critère de « l'incorporation au sol¹⁴² », bien qu'il soit très délicat. Deux précisions doivent

¹³⁸ Article 517 du Code civil.

¹³⁹ Certains biens échappent à cette distinction de l'article 517 C. Civ. du fait de lois spéciales. Il en était ainsi des actions de la Banque de France (Loi du 16 janvier 1808) et des rentes de l'État qui appartiennent aux communes, aux établissements publics ou d'utilité publique (Ord. Du 2 avril 1917, art. 6) qui peuvent être immobilisées ; ainsi que des indemnités de dommages de guerre qui ont le caractère des biens qu'ils indemnisent (Loi du 28 octobre 1946, art. 32 al. 4)

¹⁴⁰ D. MAZEAUD et F. CHABAS, dans leurs *Leçons de droit civil*, Paris, Montchrestien, Tome 1, vol. 1, 8^e ed. 1986, n° 188 disent que cela « s'explique par le souci de mettre fin à la diversité des solutions coutumières [d'Ancien Régime] ». Si l'on peut comprendre cette volonté que les coutumes particulières ne dérogent pas à une règle générale, on ne voit pas bien en quoi cela empêche de poser cette règle générale en plus de donner des exemples non exhaustifs.

¹⁴¹ Il s'agit en effet d'une interprétation *a contrario* de l'article 528 c. civ. qui définit les meubles comme « les corps qui peuvent se transporter d'un lieu à un autre, soit qu'ils se meuvent par eux-mêmes, comme les animaux, soit qu'ils ne puissent changer de place que par l'effet d'une force étrangère, comme les choses inanimées ».

¹⁴² P. VIOLLET, *Histoire du droit civil français*, Paris, Librairie du recueil général des lois et des arrêts, 1893, p. 616 simplifie ce critère en écrivant « Certains bien sont susceptibles de déplacement, ce sont des meubles : d'autres ont reçu de la nature ou de la main de l'homme une assiette fixe ; ce sont les immeubles ». On retrouve alors exactement l'interprétation *a contrario* de l'article 552 c. civ. qui est en accord avec la définition étymologique des immeubles. Pourtant, comme le dit R. LIBCHABERT, *repertoire civil V° Biens*, mars 1997, cette distinction est « trop grossière pour être opératoire ».

immédiatement être apportées : sur ce que représente cette incorporation et sur la façon dont il convient de définir le sol lui-même.

Est donc bien immobilier le sol lui-même, mais aussi tout ce qui s'y trouve incorporé, c'est-à-dire lié fixement¹⁴³. Ce critère fait entrer dans cette catégorie les arbres et autres plantes enracinées¹⁴⁴ qui peut d'ailleurs faire l'objet de travaux publics¹⁴⁵, toutes les constructions qui disposent de fondations¹⁴⁶, mais aussi des constructions temporaires pour peu qu'elles soient liées au sol¹⁴⁷, elles sont alors immeubles tout le temps qu'elles disposent de ce lien. On remarquera que la qualification d'immeuble est essentiellement temporelle¹⁴⁸ et qu'elle ne tient pas à l'importance quantitative des travaux¹⁴⁹.

88. Pour ce qui est du sol¹⁵⁰, la situation est plus délicate. Par sol, on entend communément les terrains, fonds, champs, en terre ou en pierre qui constituent la surface du globe terrestre. Or il y a en notre matière une ambiguïté à ce sujet : ce sol est à la fois le

¹⁴³ M. HAURIOU, *Précis élémentaire de droit administratif*, 5^e ed. 1943, p. 410 : « Il s'agit d'un immeuble, [...] c'est un pont, une voie ferrée, un bâtiment, qui sont construits et deviennent l'accessoire du sol ; c'est une canalisation établie dans le sol, un arbre planté, une hausse scellée sur un barrage. »

¹⁴⁴ L'article 520 c. civ. est très clair sur l'enracinement comme critère de distinction entre le meuble et l'immeuble puisqu'il dispose « *Les récoltes pendantes par les racines, et les fruits des arbres non encore recueillis, sont pareillement immeubles. Dès que les grains sont coupés et les fruits détachés, quoique non enlevés, ils sont meubles. Si une partie seulement de la récolte est coupée, cette partie seule est meuble.* ». Même sens pour l'article 521 c. civ. « les coupes ordinaires des bois taillis ou des futaies mises en coupe réglées ne deviennent meubles qu'au fur et à mesure que les arbres sont abattus. »

¹⁴⁵ Ces immeubles naturels peuvent faire l'objet de travaux publics, il en est d'ailleurs ainsi de l'abattage d'arbres, cf. CE Sect. 12 juin 1936 *Sieur Boyaval*, rec. p. 640 ; CE 15 février 1939 *Ville de Paris c/ Touquet*, rec. p. 94 ou TC 10 novembre 1900 *Préfet des Bouches-du-Rhône*, rec. p. 607 ; ainsi que du reboisement comme c'est le cas dans le fameux arrêt CE 20 avril 1956 *Ministre de l'agriculture c/ Consorts Grimouard*, rec. p. 168 ; *GAJA*, 14^e ed. n° 75 p. 486 ; *Dalloz* 1956, p. 429, concl. M. LONG, note P.L.J., RDP 1956, p. 1058, concl. M. LONG, note M. WALINE ; *AJDA* 1956. II, p. 221, chr. FOURNIER et G. BRAIBANT ; *Rev. Adm.* 1956 p. 496, note G. LIET-VEAUX.

¹⁴⁶ Le Code civil dispose, art 518 « *Les fonds de terre, les bâtiments sont immeubles par leur nature* ».

¹⁴⁷ En droit privé Cass. Com. 1^{er} juin 1974, *Dalloz* 1974, inf. rap. p. 209 pour des baraquements qui ne font pas que reposer sur le sol ; et en droit public est aussi qualifié de travail public la construction, pour une exposition, de tentes-abris fixées au sol, cf. CE 30 juin 1893 *Cauvin-Yvose c/ Dame veuve Mamet*, rec. p. 548, *Sirey* 1895.3.54 ; *Dalloz* 1894.3.61 mais on refuse cette qualification si la fixation est limitée à de simples piquets CE 17 juin 1938 *Dupuy*, rec. p. 1231 ; *Sirey* 1939.3.6

¹⁴⁸ Cf. note ci-dessus et CE 12 octobre 1956 *Foucault*, rec. p. 769 pour un arc de triomphe à l'origine d'un dommage de travaux public alors qu'il était très fragile et qu'il devait être détruit après la cérémonie.

¹⁴⁹ Le fameux arrêt CE 11 mai 1959 *Dauphin*, rec. p. 294 ; *Sirey* 1959.117, concl. MAYRAS ; *Dalloz* 1959 p. 314, concl. MAYRAS ; *JCP* 1959.II.11269, note de LANVERSIN ; *AJDA* 1959.II.113, chr. M. COMBARNOUS et J.-M. GALABERT, *AJDA* 1959.II.228, note DUFU qualifie de travail public le fait de poser une chaîne entre les deux bornes de l'entrée des Alyscamps à Arles ; alors qu'un navire, si gros soit il, est qualifié de meuble et ne peut donc faire l'objet de marchés de travaux publics, cf. CE 7 mai 1880 *Ministre des travaux publics c/ Meikle*, rec. p. 448 et CE 24 octobre 1986 *Société Jan Kooren, Oude Hoofdoofdtlein*, *JCP* 1988, 21011, note F. HERVOUËT. Cette qualification de meuble des bateaux se trouvait déjà dans un arrêté du directoire exécutif du 9 fructidor An 6 (26 août 1798) DUVERGIER, Tome 10 p. 334 dont l'article 4 donne 8 catégories de fournitures ne pouvant pas *a contrario* être des travaux, dont la septième est « *la construction à faire et fournir des vaisseaux, frégates, flûtes, corvettes et autres bâtiments de guerre ou de transport destinés au service de la mer, des ports et des rades ;* »

¹⁵⁰ R. SAVATIER, *Vers de nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels*, RTD civ. 1958 p. 1.

fondement de la définition des immeubles, puisque c'est en lui qu'ils s'incorporent, mais il est aussi en-soi un immeuble.

Comme fondement de la définition, on comprend que c'est le fait que l'objet soit en partie « entouré » de la matière du sol qui constitue cette incorporation. C'est parce que les fondations ou les racines sont sous le sol, entourées de terre, que les arbres ou les bâtiments sont des immeubles.

Pourtant, cette terre est aussi en elle-même un immeuble ; et en tant qu'immeuble elle peut être l'objet d'un travail public : creuser un trou, monter un talus, aplanir ou bien retirer un minerai d'une roche¹⁵¹. Ces exemples nous montrent à quel point la terre ou la pierre qui constituent le sol sont elles-mêmes incorporées à la terre ou à la pierre située plus profondément. On peut alors raisonnablement se demander si le « sol » peut être défini comme la terre ou la pierre à la surface du globe terrestre ou s'il ne faut pas en venir paradoxalement à une définition immatérielle de ce sol. Il s'agirait alors d'une portion de la surface du globe¹⁵² terrestre, mais surface au sens géométrique et non physique¹⁵³.

La définition des meubles et immeubles par nature est jusqu'ici *identique en droit privé et en droit public*. On peut pourtant trouver au moins une différence qui a des incidences – même faibles – sur le droit des marchés publics.

89. Il est en effet étonnant de constater que la question, classique en droit privé¹⁵⁴, des biens « *meubles par anticipation* » n'est abordée par aucun auteur en droit administratif. Qu'est-ce qu'un meuble par anticipation ? Il s'agit d'un immeuble dont on considère qu'une partie qui est vouée à en être détachée peut se voir appliquer le régime juridique des meubles avant ce détachement. Dans ces hypothèses, la volonté des parties est à l'origine de la qualification du bien comme meuble ou comme immeuble. L'exemple le plus connu de cette qualification concerne la vente de récoltes encore sur pied, dont on a vu qu'elles étaient des immeubles par nature mais que le droit privé peut recevoir comme vente mobilière – évitant ainsi la publicité foncière – si telle est la volonté des parties.

¹⁵¹ Il suffit pour s'en convaincre de s'en référer aux législations des 21 avril 1810, 9 septembre 1919 ou 13 août 1959 portant Code minier.

¹⁵² Cf. J. CARBONNIER Tome 3 *les biens* p. 97 n° 48 « *La nature ineffable de l'immeuble est d'être une portion de territoire.* »

¹⁵³ C'est d'ailleurs l'idée qui ressort de l'article 552 c. civ. qui dispose que la propriété du dessus emporte celle du dessous et celle du dessous, voyant ainsi la propriété comme un volume qui aurait pour base le centre de la terre et qui passerait par les limites d'un bornage à la surface du globe. Bien entendu, cette propriété étant elle-même limitée par les législations spéciales comme le Code minier ou les accords internationaux sur la propriété universelle de l'espace interstellaire. R. SAVATIER *La propriété de l'Espace*, Dalloz 1976, Chr. p. 103 ; J.-P. MARTY, *La dissociation juridique de l'immeuble, contribution à l'étude du droit de superficie*, LGDJ 1979 p. 24 à 32, n° 12 à 16. Il importe peu que la propriété de l'immeuble soit celle d'une personne publique ou privée, ou qu'elle soit aux deux partiellement, en surface ou en volume. Cela n'a pas d'influence sur la qualification d'immeuble, même si cela en a sur l'application de tel ou tel régime. Cf. J.-P. MARTY *op. cit.* ; Y. GAUDEMET, *Superposition de la propriété privée et du domaine public*, Dalloz, 1978, chr. p. 293 ; CJEG, octobre 1991, p. 298 ; M.J. AGLAÉ *Division en volumes et propriété privée sur le domaine public*, RDI 1993 p. 313. Voir aussi EDCE 1987 p. 13 *Réflexions sur l'orientation du droit des propriétés publiques*, sous la direction de M.-A. LATOURNERIE, spec. p. 16.

¹⁵⁴ F. TERRÉ et Ph. SIMLER, *op. cit.* p. 29. Cette notion est issue de l'interprétation prétorienne des articles 520 et 521 du Code civil.

Appliquant cette idée à d'autres réalités, le bois issu d'arbres qui ne sont pas encore coupés¹⁵⁵ ou les matériaux issus de carrières sans qu'ils aient encore été extraits¹⁵⁶ ont été qualifiés de biens meubles par le droit privé. Si cette qualification était reçue en droit public, le travail qui consiste à couper ces arbres ou à creuser ces carrières ne serait pas un travail public en ce qu'il ne porte pas sur des immeubles mais sur des meubles. Cette qualification, qui pose déjà des problèmes en droit privé au regard de l'opposabilité de la vente vis-à-vis des tiers¹⁵⁷, se trouve contraire au caractère d'ordre public des procédures de passation des marchés publics.

C'est ainsi que la coupe d'arbre¹⁵⁸ ou la vente de gravats après destruction d'un bâtiment¹⁵⁹ sont considérées comme des marchés de travaux publics, comme constituant des travaux sur des immeubles ; et que l'utilisation de la théorie des « meubles par anticipation » serait vraisemblablement considérée par le juge administratif comme constituant un détournement de procédure, visant à échapper aux règles de passation du Code des marchés publics¹⁶⁰.

90. Les immeubles par nature sont donc définis de façon fondamentalement identique dans les deux branches de notre droit. La principale différence vient d'une approche plus commerciale des biens immeubles en droit privé, approche qui est à l'origine de la notion de meuble par anticipation et qui vise à requalifier le bien pour les facilités que cela procure en terme de formes contractuelles. À l'inverse, cette opération est impossible en droit public en ce qu'elle est contraire à l'intérêt public, qui prend la forme de l'intérêt patrimonial de la personne publique partie au contrat. Cependant, les immeubles par nature ne sont pas les seuls en cause en matière de marchés publics et l'on peut envisager des contrats sur des immeubles par destination.

¹⁵⁵ Cass. Civ. 7 décembre 1923, *Dalloz* 1924.1.14, Cass. Com. 21 décembre 1971, *Bull. Civ.* IV. n° 308, p. 290. Il faut remarquer que cette qualification de meuble s'applique même s'il s'agit de la coupe d'une forêt entière.

¹⁵⁶ Cass. Civ. 1^{ère} section civ. 12 janvier 1954, *JCP* 1954.II.8026, note E. BECQUÉ, Cass. Civ. 3^e 30 mai 1969, *Dalloz* 1969 p. 561.

¹⁵⁷ La preuve de la vente d'un meuble se fait par la possession, ce qui est impossible avec un meuble par anticipation, sous peine de le détacher et d'en faire effectivement un meuble. Le droit privé a donc accepté des possessions symboliques.

¹⁵⁸ Ces coupes d'arbres pourront être des travaux publics dans le cas où elles seront effectuées dans des conditions permettant de remplir les autres critères des travaux publics, ce qui n'est par exemple pas toujours le cas de l'ONF.

¹⁵⁹ *Sirey* 1876.2.27 p. adm. Chr. ; CE 13 février 1874 *Dussausoy et autres c. Ville de Lille*, & *Dalloz* 1874.3.93

¹⁶⁰ Rappelons que l'abatage d'arbre était déjà soumis à des procédures de passation avant le Code des marchés publics, pour preuve le décret du 16 décembre 1811 : *décret contenant règlement sur la construction, la réparation et l'entretien des routes*, 4, *Bull.* 418 n° 7644, DUVERGIER, Tome 18 *Lois et décrets* p. 80 « art. 103 : les travaux de l'élagage des arbres appartenant à l'État ou aux communes seront exécutés au rabais et par adjudication publique ».

2) Immeubles par destination, une différence dans la condition de propriété

91. Contrairement à l'incorporation, mécanisme dans lequel un meuble devient physiquement un immeuble, la qualification d'immeuble par destination est une fiction juridique qui laisse aux biens en cause une existence physique de meuble tout en leur appliquant le régime des biens immobiliers auxquels ils sont destinés¹⁶¹.

Pour qu'un meuble « physique » soit qualifié d'immeuble par destination, il faut, *en droit privé*, que son propriétaire soit *aussi propriétaire* de l'immeuble auquel le meuble sera affecté. L'ensemble des auteurs privatistes fait de cet élément de la définition une condition essentielle¹⁶². En *droit administratif*¹⁶³, cette nécessité ne se retrouve pas, les travaux publics pouvant être effectués sur une propriété immobilière privée¹⁶⁴. Il est par conséquent parfaitement possible qu'un immeuble par destination appartienne à un propriétaire différent de celui de l'immeuble auquel il est attaché.

92. Au-delà de cette différence à propos de la condition de propriété, deux critères sont requis en droit privé comme en droit public. Le premier est que le propriétaire — ou le maître de l'ouvrage en droit public — doit vouloir¹⁶⁵ affecter le meuble à l'immeuble. Cette condition est souvent source de litige puisque l'immeuble par destination reste meuble et doit être l'objet d'un autre contrat s'il n'est pas compris dans le contrat de travaux public par les parties.

93. Le second critère est alternatif : soit le meuble doit « servir » l'immeuble, c'est-à-dire que son utilisation doit être nécessaire à l'utilisation du fond¹⁶⁶, comme c'est le cas des meubles nécessaires à l'utilisation d'un ouvrage public ayant une activité économique¹⁶⁷ ; soit le meuble doit y être « attaché à perpétuelle demeure », c'est-à-dire

¹⁶¹ M. G. GOUBEAUX, in *La règle de l'accessoire en droit privé*, thèse Nancy 1966, n° 264. p. 354 écrit que « L'immobilisation par destination n'est qu'un moyen permettant à l'accessoire de suivre le sort du principal pour éviter d'en être séparé »

¹⁶² Cette opinion, constante en droit civil, est fondée textuellement sur l'article 524 al. 2 du Code civil « sont immeubles par destination, quand ils ont été placés *par le propriétaire* pour le service et l'exploitation du fond ». cf. par exemple F. TERRÉ et P. SIMLER *Les biens*, 5^e ed. Dalloz 1998. L'enjeu sous-jacent est qu'à défaut de propriété commune, les deux biens ne soient pas solidaires, et qu'ils ne puissent pas être saisis, hypothéqués vendus ou légués en même temps (*ibid*, 4^e éd. p. 18, n° 21)

¹⁶³ J. DUFAU, *op. cit.* n° 12 p. 30 ; G.-PH. BLOCH, *La notion de travail public*, Paris, *Librairies techniques*, 1965

¹⁶⁴ C'est le cas pour les réseaux domestiques de gaz, d'électricité, de téléphone ou de chauffage urbain. G. RIERA, *Les travaux de l'Electricité de France*, thèse Montpellier 1966 ; ou pour le dépôt d'ordures ménagères sur une propriété privée (l'opération étant qualifiée de travaux publics) CE 23 décembre 1970 *Commune de Bessèges*, rec. p. 790.

¹⁶⁵ F. TERRÉ, *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, thèse, Paris, 1955, n° 73 p. 74 et s.

¹⁶⁶ Le bien meuble doit avoir une utilité particulière pour l'immeuble et son exploitation, il ne peut s'agir de biens standards. Cf. pour des arrêts convergents dans les deux ordres de juridiction CE 5 mai 1952, *Département du Rhône*, rec. p. 842 et Cass. 3^e civ 7 juillet 1981 dans les deux cas pour des radiateurs électriques.

¹⁶⁷ Pour l'exemple de la qualification d'immeubles par destination de l'outillage nécessaire à l'exploitation d'un port, cf. CE 25 avril 1934 *Compagnie Havraise péninsulaire*, rec. p. 480 et CE 1^{er} mars 1935 *Ministère des travaux publics*, rec. p. 274. Ces deux arrêts sont à rapprocher à la solution de droit

qu'il est lié à l'immeuble, sans pour autant que ce lien aille jusqu'à l'incorporation¹⁶⁸. C'est le cas par exemple pour un lustre¹⁶⁹, une horloge scellée sur une façade¹⁷⁰ ou un orgue aux dimensions d'un studio d'enregistrement et lié à lui de manière indissociable.¹⁷¹

On remarquera la difficulté de distinguer entre la véritable incorporation des immeubles par nature et la fixation « à perpétuelle demeure » des immeubles par destination, mais le bien étant qualifié d'immeuble dans les deux cas, les jurisprudences civiles et administratives n'ont pas eu à en préciser exactement les limites. Cela étant, si l'on voulait faire une différence entre les deux, il semble au vu de la jurisprudence qu'un lien physique avec le sol fait tendre le choix vers la qualification d'immeuble par nature¹⁷² ; alors que le lien physique avec un immeuble « artificiel¹⁷³ » fait tendre la qualification vers celle d'immeuble par destination¹⁷⁴.

Quant à la condition alternative de « service du fond » ou « d'attachement à perpétuelle demeure », la définition des bien immeubles par destination ne présente donc pas de différence selon qu'on l'aborde en droit public ou en droit privé. En revanche, quant à la condition de propriété, on trouve une différence qui n'est pas innocente puisqu'elle rend plus large la définition de l'immeuble en droit public, permettant ce faisant à la définition des travaux publics d'être elle-même plus étendue.

94. Conclusion du paragraphe : Les immeubles ont donc une définition qui ne diffère pas radicalement selon qu'on les aborde avec l'œil du publiciste ou celui du privatiste, mais les quelques différences d'appréciation, toutes d'origine jurisprudentielle, vont toujours dans le même sens : une appréciation plus large des immeubles en droit public qu'en droit privé. Là où les juridictions judiciaires vont qualifier un bien de meuble par anticipation pour des raisons économiques, le juge administratif va lui appliquer le régime lourd mais protecteur des travaux publics ; là où le droit privé va exiger un propriétaire pour attacher un meuble à perpétuelle demeure, le droit public va permettre que le titulaire d'une mission de service public puisse effectuer des travaux publics sur un bien qui n'est pas sa propriété.

À quoi rattacher ces différences ? À la défense de l'intérêt public par la juridiction administrative ou au caractère attractif des travaux publics ? La réponse est vraisemblablement double puisque la première ne peut être effective que dans la mesure

privé de CA Agen, 1^{er} décembre 1988 *Defrénois* 1989. p. 1213, note VIALARD ; *RTDCiv.* 1990 p. 107, obs. F. ZÉNATI.

¹⁶⁸ Pour la nécessité d'un lien fixe prouvant la volonté d'affecter à perpétuelle demeure Cass. 2^e Civ. 5 avril 1965, *JCP* 1965, ed. G, II, 14233 ; et CE 1^{er} février 1978, *Société Muller*, rec. p. 65, *Dalloz* 1978 IR, p. 224 obs. P. DELVOLVÉ ; *RDP* 1979, p. 543, note WALINE

¹⁶⁹ CE 19 décembre 1962, *Louye*, rec. p. 695 et art. 525 c. civ.

¹⁷⁰ CE 8 mars 1935, *Commune de Chassey-sur-Beaupré*, rec. p. 316

¹⁷¹ CE 1 février 1978, *Société Muller*, précité.

¹⁷² Le lien étant alors pris comme une incorporation

¹⁷³ Artificiel est pris ici dans le sens qu'il a en droit du domaine public lorsque l'on différencie domaine public naturel et domaine public artificiel.

¹⁷⁴ Le lien étant alors une fixation à perpétuelle demeure

où la juridiction administrative est compétente du fait de la seconde. On ne saurait pourtant limiter à cela le « caractère attractif » des travaux publics, il a même pour principal effet l'extension de la notion de « travail ».

§ 2e : Une conception attractive de la notion de travail

95. La nécessité d'un « travail » est, parmi les éléments constitutifs de la définition des travaux publics, celle qui est le plus à l'origine de ce que la doctrine appelle leur « caractère attractif » ; elle permet en effet qu'une activité n'ayant qu'une toute petite part de travail immobilier soit qualifiée de travail public alors qu'elle est constituée pour l'essentiel de la fourniture de matériaux ou d'un service.

Le « travail » public est donc une activité bien différente selon son importance et l'immeuble pour lequel ou sur lequel il est effectué. Si l'on exclut les travaux qui concernent le reboisement des montagnes¹⁷⁵, ceux des associations syndicales de reconstruction¹⁷⁶, ceux portant sur les canalisations de transport de produits dangereux¹⁷⁷ ceux de démoustication¹⁷⁸, ceux de certaines entreprises publiques¹⁷⁹ et ceux de déminage¹⁸⁰ qualifiés de travaux publics par la loi, on peut reprendre la distinction de la loi du 20 septembre 1791 qui parle « d'entreprise de construction et de réparation », et différencier les travaux en vue d'un immeuble, c'est-à-dire ayant pour but la réalisation d'un immeuble (A) et ceux sur un immeuble, c'est-à-dire ayant pour lieu d'exécution un immeuble (B).

A) Les travaux en vue d'un immeuble

96. De prime abord, sont des travaux les activités qui ont pour finalité la construction d'un immeuble. Parmi eux, on peut distinguer un grand nombre de cas différents, selon l'étendue de la construction ou le type de bien à construire. On a vu que les premiers textes sur les marchés publics, en visant tel ou tel ministère, faisaient déjà la différence entre, par exemple, la construction d'un fort de guerre et celle d'une route, ces deux contrats n'étant pas passés selon les mêmes procédures.

¹⁷⁵ Loi du 4 avril 1882 *relative à la restauration et conservation des terrains en montagne* ; elle instaure un dispositif gradué en fonction de la gravité des phénomènes (réglementation des pâturages communaux, mise en défens, périmètres RTM d'État), également assorti de subventions. L'entreprise des travaux est limitée aux « dangers nés et actuels ». C'est une loi d'aménagement des territoires montagnards.

¹⁷⁶ Loi du 16 avril 1948

¹⁷⁷ Loi du 29 juin 1965 *relative aux conduites de produits chimiques*, loi du 29 mars 1958 art. 11 *relative aux pipelines d'intérêt général*, loi du 15 juillet 1980, art. 13, *relative aux canalisations de transport d'énergie thermique dont la construction a été déclarée d'utilité publique* ; P. DELVOLVÉ « Les concessions de transport et de distribution de gaz » *CJEG* 1969, pp. 169 et 183

¹⁷⁸ Loi du 16 décembre 1964, art. 12

¹⁷⁹ Travaux de la SNCF dans le cahier des charges approuvé par le décret n° 83-817 du 13 septembre 1983, travaux des concessionnaires d'électricité de la loi du 15 juin 1906 art. 12.

¹⁸⁰ Loi du 16 juin 1966 *relative à la détection, l'enlèvement et la destruction des explosifs et pièges de guerre*.

Ce n'est qu'ensuite que la notion de « travail public » a pris un sens très général, les différences entre les « objets » de ces travaux se traduisant alors par l'application de cahiers des charges différents, propres à chaque type de travaux publics : routes, bâtiments, génie civil... L'objet des travaux n'influçait plus le régime légal ou réglementaire, il n'influçait dès lors que le contenu du contrat.

97. Puisque les travaux doivent aujourd'hui être pris dans leur sens le plus général, et non en considération de caractères spécifiques à chaque catégorie de construction, il est possible de définir la notion de travaux publics visant à la construction d'un immeuble comme « l'incorporation — ou la fin de l'incorporation — d'un bien mobilier à un bien immobilier ». Cette définition large rend compte de la grande diversité des travaux en cause dans la jurisprudence : cela recoupe d'abord les travaux préliminaires à cette construction : terrassement¹⁸¹, déblaiement¹⁸², démolition¹⁸³ (à l'exclusion de tout le travail juridique¹⁸⁴) ; tous les travaux de construction eux-mêmes, mais aussi tous les travaux de dernière finition après la réception de l'ouvrage.

B) Les travaux sur un immeuble

98. L'élément immobilier de la définition des travaux publics est parfois beaucoup plus inconsistant que la construction d'un immeuble, ce qui a pour effet d'étendre encore les travaux publics et, partant, durant tout le XIX^e siècle et le début du XX^e siècle l'application des procédures de passation, non seulement à tous les cas dans lesquels le travail vise à modifier un immeuble existant (1) mais aussi à certains cas dans lesquels l'attractivité de la notion de travaux joue à plein puisque la simple présence d'un immeuble fait qualifier comme travail public une activité qui n'est pas directement celle de construction ou d'entretien (2).

1) L'atteinte à la structure d'un immeuble

99. Il en est des travaux publics comme des autres travaux : une fois l'immeuble fini, sa pérennité tient à son entretien tout autant qu'à la qualité initiale de la construction. Parfois, le travail sur un immeuble consistera à ajouter une aile, à ajouter un étage ou à toucher à l'agencement des pièces, d'autres fois il s'agira de refaire les peintures intérieures ou le système électrique. Le caractère simultanément récurrent et indispensable à la conservation de l'immeuble de ces travaux a conduit le législateur et le pouvoir

¹⁸¹ CE 29 avril 1983 *SEM d'aménagement urbain de Saint-Jean-de-Luz*, DA 1983 n° 246.

¹⁸² CE 1^{er} juillet 1959 *Ministre des Affaires étrangères*, leb. p. 417

¹⁸³ CE 5 juillet 1962 *Entreprise Leclerc*, leb. p. 463, CE 22 mai 1958 *Cie centrale de travaux publics* leb. p. 290

¹⁸⁴ La préparation juridique d'un dossier n'est pas un travail matériel – et cela quelque soit la taille du dossier ! – CE 11 janvier 1957 *Le Palace AJDA* 1958 II p. 62. On verra que le caractère attractif des travaux publics conduit toutefois certaines opérations juridiques à être qualifiées de travaux publics.

réglementaire à élargir la réglementation aux travaux « de construction, de réparation et d'entretien »¹⁸⁵. En général, les textes confondent la *réparation* et l'*entretien*, mais il est pourtant utile de montrer les différences qui existent entre les deux en se fondant sur la quantité de travaux effectuée, notamment parce que l'on trouve dans ces réflexions des éléments qui participent de la distinction entre les travaux et les services.

a) *Rénovation, incorporation et destination*

100. La rénovation est un travail immobilier important, il touche à la structure même de l'immeuble. On peut penser à la réfection de la chaussée¹⁸⁶, au dragage des voies fluviales¹⁸⁷, à la pose de réseau d'eau, de gaz ou d'électricité pour le compte d'une personne publique¹⁸⁸. La différence avec la construction est très ténue : il s'agit aussi d'un travail lourd qui touche à la structure de l'immeuble, mais elle porte sur un immeuble « artificiel »¹⁸⁹ existant.

b) *L'entretien*

101. L'entretien, souvent cité par les textes et la jurisprudence, est un travail difficile à définir en ce qu'il n'est ni une rénovation ni un simple coup de balai. Il n'est pas une rénovation en ce qu'il n'atteint pas profondément la structure de l'immeuble. Ainsi, la peinture d'une pièce, la pose de moquette ou parquet, l'entretien des plantes d'un square¹⁹⁰ le remplacement d'une vitre – et non son nettoyage – sont des travaux d'entretien.

¹⁸⁵ Décret des 8-10 juillet 1791 *Op. Cit.* « art 3 : Tous les travaux de construction, entretien ou réparation des fortifications, bâtiments » et décret 20 septembre-14 octobre 1791 *Op. Cit.* relatif aux commissaires des guerres, soumet à l'adjudication « toutes entreprises de constructions et de réparations » ; décret 13 fructidor An 13 (31 août 1805) ; décret du 10 brumaire An 14 : (1^{er} novembre 1805 et Cf. 17 juillet 1808) DUVERGIER, Tome 15 p. 274 relatif aux constructions, reconstruction et réparations de bâtiments appartenants aux hospices et autres établissements de charité ; décret du 4 août 1811 relatif aux travaux d'entretien et de réparation des routes et des chemins vicinaux à la charge des communes, qui traversent les fortifications etc... ; décret 16 décembre 1811 contenant règlement sur la construction, la réparation et l'entretien des routes. 4, Bull. 418 n° 7644, DUVERGIER, Tome 18 *Lois et décrets* p. 80 ; décret du 31 janvier 1813 relatif à l'exécution des travaux d'entretien et de réparation des ponts dormants et des ponts levés établis sur des parties de routes qui traversent des fortifications.

¹⁸⁶ CE 26 octobre 1932 *Lemaître* rec. p. 872

¹⁸⁷ CE 8 février 1930 *Ministre des travaux publics c/ Kieffer* rec. p. 165

¹⁸⁸ Au moins jusqu'à l'arrêt *Effimieff*, cf. *infra* note 235, cf. TC 23 mars 1907 *Sieur Roumens c/ Ville de Paris et Compagnie générale des eaux*, rec. p. 311 qui qualifie de travaux privés la pose de conduites montantes dans des immeubles parisiens comme étant « dans les maisons des particuliers et dans leur intérêt ». Par la suite, les branchements particuliers de canalisation d'eau ont été qualifiés de travaux publics parce que constituant une dépendance de la conduite principale, CE 21 janvier 1927 *Cie des eaux c/ dame veuve Berluque*, rec. p. 94.

¹⁸⁹ La notion d'immeuble artificiel est ici prise par opposition à l'immeuble « naturel » comme on fait la différence entre domaine public artificiel et domaine public naturel. L'élément artificiel est parfois faible comme par exemple dans le cas du dragage d'un cours d'eau dont seul les rives auront subi un aménagement par l'homme.

¹⁹⁰ CE 7 janvier 1970 *Ville de Cassis*, rec. p. 10 ; *Dalloz* 1970 p. 744, note PRIEUR (en matière de responsabilité)

Cependant, il ne se réduit pas non plus « à de simples besognes ménagères »¹⁹¹ car l'entretien doit rester un travail immobilier même s'il n'est que superficiel. À ce sujet, certains auteurs qualifient l'enlèvement des ordures ménagères de travaux d'entretien¹⁹². Or si au sens commun du terme on peut qualifier cette activité d'entretien, en droit, cette qualification est erronée parce qu'il n'y a pas d'atteinte matérielle à la structure de l'immeuble (la chaussée ou le trottoir). Le fait que l'enlèvement des ordures soit assimilé à des travaux publics est exact, mais il est dû à l'effet attractif de cette qualification et non à la notion « d'entretien ».

2) La simple présence d'un immeuble ou l'effet du caractère attractif

102. Le caractère attractif de la notion de travaux publics (a) a étendu l'application du régime contentieux et, ce qui nous intéresse au premier chef, du régime contractuel de « marché de travaux publics » à des cas dans lesquels les travaux sont matériellement peu importants (b).

a) L'origine du caractère attractif

103. La grande majorité de la doctrine s'accorde pour justifier l'attractivité de la notion de travaux publics par le contentieux : la loi du 28 pluviôse An VIII a permis, par la compétence qu'elle donne aux conseils de préfecture en matière de travaux publics, de désengorger le Conseil d'État en déconcentrant le contentieux. Elle est ensuite restée comme facteur de simplification après 1953 lors de l'instauration des tribunaux administratifs comme juges de droit commun¹⁹³. La loi de pluviôse ne répartissant les compétences qu'au sein de la juridiction administrative sans que cela ait *a priori* de conséquences sur la répartition entre les juridictions administratives et judiciaires, ce serait la volonté d'extension de son champ d'action par le juge de première instance ainsi qu'une « volonté de maintenir un bloc de compétence juridictionnelle publique dans un domaine [...] structurellement public »¹⁹⁴ qui justifieraient l'extension du régime des travaux publics à des opérations en partie privées.

¹⁹¹ « [...] savoir : lavage de vitres, essuyage et dépoussiérage des parties communes de l'immeubles, n'intéressant ni la structure ni l'aménagement, ni la conservation de ceux-ci sans rien ajouter à leur condition d'usage non plus qu'à leur substance ». Cass. Civ. 1^{ère}, 9 janvier 1958, *AJDA* 1958 II p. 186, n° 171 obs. R. PINTO.

¹⁹² J. DUFAU *Droit des travaux publics*, PUF 1998 n° 8 p. 25 ; Ch. LAVIALLE *Droit administratif des biens*, Paris, PUF, 1996 n° 171 p. 190 ; J-M. AUBY et P. BON, *Droit administratif des biens*, Paris, Dalloz 3^e ed. 1995 n° 166.

¹⁹³ Décret n° 53-934 du 30 septembre 1953 *portant réforme du contentieux administratif*, in *J.O.* 1^{er} octobre 1953 p. 8593 et rectificatif *J.O.* 4 octobre 1953 p. 8718 ; *Dalloz* 1953 p. 1436. Ce décret a bien entendu été codifié en 1973 dans le Code des tribunaux administratifs (devenu Code des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel en 1989), puis dans le CJA en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2001.

¹⁹⁴ Ch. LAVIALLE, *Droit administratif des biens*, Paris, PUF, 1996, p. 190 n° 171.

104. Cela ne nous semble pas être la seule raison de cette attractivité. La seconde est à trouver dans les termes de l'article 1787 du Code civil¹⁹⁵. En effet, en permettant que le contrat visant à une construction puisse aussi comprendre une partie de fourniture – la construction étant l'objet premier du contrat – cet article a permis de considérer que le travail était l'objet unique du contrat. Le droit public s'est engouffré dans cette voie et a considéré à son tour que les fournitures ou les services qui concouraient à un travail étaient « incorporés » dans celui-ci. Cette considération qui rendait les « travaux » attractifs a conduit à rendre les « travaux publics » attractifs. La doctrine et le juge administratif ont ensuite oublié que l'attractivité venait des premiers et ont attaché cet élément aux seconds. À la suite de cela, les Conseils de préfecture ont vu augmenter considérablement le nombre de contrats pour lesquels ils étaient compétents.

105. Il faut ajouter aux deux raisons précédentes le fait que les marchés n'ont longtemps été séparés qu'en deux sous-catégories mal définies : les marchés de travaux et ceux de fournitures. Puisqu'on considérait qu'ils ne pouvaient être à la fois « de travaux » et « de fourniture », il fallait trouver une règle de répartition pour les marchés ayant deux objets¹⁹⁶. C'est ici que la règle de l'attractivité jouait son troisième rôle en « attirant » ces marchés vers la qualification de marchés de travaux publics¹⁹⁷. La règle de l'attractivité de la notion de travaux publics a tiré de cette situation un engrais propre à assurer son développement, et a contribué en retour à l'extension de la notion de travaux publics et à celle de marchés de travaux publics.

b) Principes d'extension

106. Afin de définir les contrats qui subissent les effets du caractère attractif de la notion de travaux publics, le professeur R. CHAPUS précise que « *ce sont des contrats qui*

¹⁹⁵ « Lorsque l'on charge quelqu'un de faire un ouvrage, on peut convenir qu'il fournira seulement son travail ou son industrie, ou bien qu'il fournira aussi la matière. »

¹⁹⁶ Il faut distinguer les marchés ayant deux objets mais restant des marchés « publics » au sens où ils sont soumis aux mêmes lois et les marchés mixtes qui sont des montages contractuels mêlant différentes catégories de contrats.

¹⁹⁷ Toutefois, il ne faut pas exagérer cette influence : dans la mesure où, pour une même opération, il y a deux contrats distincts, l'un est un marché de travaux soumis à la compétence administrative et l'autre un marché de fourniture soumis au juge judiciaire. Pour un arrêt dans ce sens, cf. TC 12 décembre 1868 *Clément*, rec. pp. 1006-1010. Arrêt dans lequel le sieur Clément demande à une commune (Ourouer) le paiement de 450 francs pour la réparation d'une école et 1272 F pour la fourniture de lisses en pierre taillée à cette même commune. Le TC estime que la loi du 28 pluviôse An 8 conduit le premier litige devant le conseil de préfecture parce que ces travaux ont le caractère de travaux publics, mais que le second litige doit aller devant le tribunal civil « *considérant que le sieur Clément ne réclame cette somme de 1272 Fr. que comme le prix de la fourniture des lisses en pierre taillées qu'il a faite à la commune pour l'établissement des trottoirs; qu'il se fonde [dans l'exploit introductif d'instance et dans les conclusions par lui signifiées dans le cours de cette instance, sans que ces allégations aient été contestées] sur ce qu'il a fait cette fourniture en vertu d'un marché particulier, qu'il a passé avec le maire de la commune et que ne le chargeait d'aucun travail pour la mise en place des lisses, dont l'emploi aurait été fait par l'administration des ponts et chaussées; Considérant qu'aucune disposition de la loi n'a réservé à l'autorité administrative la connaissance des contestations relatives aux marchés de fournitures passées avec les communes; [compétence judiciaire]* ».

n'ont pas pour objet l'exécution de travaux publics mais qui sont des contrats de travaux publics car ils ne sont pas sans lien avec l'exécution de travaux publics. »¹⁹⁸ On peut distinguer trois hypothèses différentes dans lesquels on observe un lien – parfois très lâche – avec une opération de travaux publics.

107. Premièrement, si les travaux sont à la fois publics et privés, l'ensemble de l'opération immobilière devient de droit public. Ainsi, la construction de digues effectuée par le titulaire d'une concession d'endiguage, partiellement pour le compte de l'État et partiellement pour son compte, constitue dans son ensemble un marché de travaux publics¹⁹⁹. Il en est de même pour la construction d'un ensemble d'immeubles à usage public (un complexe scolaire ou un bureau de poste) et privé (un complexe hôtelier ou des locaux à usage d'habitation) sur le domaine privé de la commune²⁰⁰. Cette jurisprudence très répandue n'est pourtant pas absolue lorsque le montage contractuel en cause vise à l'aménagement d'un quartier et comprend une imbrication trop grande de différents contrats²⁰¹.

108. Deuxièmement, si les travaux sont des travaux publics matériels mais qu'ils se cumulent avec des fournitures ou des services, l'opération dans son ensemble est une opération de travaux publics. Cette « attractivité » est poussée très loin puisque la part de travaux est parfois très faible. Il en est ainsi des contrats de fourniture de pavés lorsque leur fourniture demande un minimum d'opérations matérielles²⁰², ou encore d'un contrat entre un établissement pénitentiaire et une société pour la fourniture de denrées aux

¹⁹⁸ R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien coll. Domat droit public, Tome 2, 15^e ed. n° 693 p. 574

¹⁹⁹ CE 30 mars 1928 *Compagnie des Polders de l'Ouest*, rec. p. 497 ; CE 18 mars 1988, *Ministre des travaux publics c/ société civile des Néo-Polders*, rec. p. 129

²⁰⁰ CAA Paris 18 avril 1989 *S.C.I. Dubouche et M. Rosset*, rec. Tables p. 775 req. 89PA00066 pour les complexes scolaires et hôteliers ; TC 12 janvier 1987 *Syndicat de la copropriété sis au 15 et 17 avenue de la Libération à Monistrol-sur-Loire* rec. p. 444 pour le bureau de poste et les logements.

²⁰¹ CE 23 juillet 1920 *Marianne et autres* rec. p. 749. Le conseil municipal de Pau prévoyait un projet d'ensemble avec la construction d'un nouveau casino, la résiliation de l'ancien pour le transformer en bibliothèque et musée, la construction d'une route... Le Conseil d'État conclut « *qu'un projet aussi complexe, comportant travaux et fournitures connexes justifie le groupement des diverses opérations entre les mains de la même personne et exclut l'application des règles de l'adjudication prescrites par l'ordonnance du 14 novembre 1837* ». On peut rapprocher cela des solutions qui président aux ZAC aujourd'hui (dont on a estimé qu'elles ne sont pas soumises aux dispositions de la loi Sapin du 29 janvier 1993) ou aux concessions d'aménagement de l'article L. 300-4 du Code de l'urbanisme dont la qualité de concession de travaux est contestée en droit interne (pour une solution négative cf. F. MODERNE in *Les concessions en matière d'urbanisme Encyclopédie Dalloz Collectivités locales*; pour une solution positive cf. P. DELVOLVÉ « De la nature des sociétés d'économie mixte et de leurs marchés de travaux », RDP 1973 p. 351 et spé. p. 365. La question de la nature de ces concessions d'aménagement se pose aussi en droit communautaire dans lequel on peut raisonnablement se demander si elles ne sont pas des marchés publics.

²⁰² Il en est ainsi de la fourniture de pavés qui est qualifié de contrat de marché de travaux public si le fournisseur effectue des manutentions pour que les pavés soient posés à l'endroit où ils seront installés CE 28 août 1942 *Sté des autocars rouges*, rec. p. 263 ; CE 4 août 1927 *Sté des établissements Charmasson*, rec. p. 948 ; CE 7 novembre 1930 *Quignard* rec. p. 627 ; *a contrario* CE 31 juillet 1912 *Sté des Granits Porphyroïdes des Vosges*, rec. p. 905, *GAJA*, 14^e ed. n° 27 p. 156 ; rec. 909 ; *Dalloz* 1916.3.35, concl. L. BLUM ; *Sirey* 1917.3.15 concl. L. BLUM ; RDP 1914. 145 note G. JÈZE dans lequel la fourniture est soumise au droit privé – sans que l'on puisse appliquer la loi du 28 pluviôse An 8 - parce que le contrat « *était exclusif de tous travaux à exécuter par la société et avait pour objet unique des fournitures à livrer* ». On retrouve les travaux dans la fourniture d'une cloche et sa mise en place dans le clocher, qualifiés de travaux publics CE 13 juin 1960 *Cne de Rigny-la-salle*, rec. p. 464

détenus et de travaux dans les locaux²⁰³. Le caractère immobilier du travail, parfois discutable, est un élément important de la qualification de contrat de travaux public lorsque ce dernier est essentiellement un service comme le ramassage des ordures ménagères²⁰⁴.

109. Troisièmement, certains contrats de l'administration sont qualifiés de contrats de travaux publics alors qu'aucune opération matérielle de travaux n'est effectuée par le cocontractant. Dans ces situations, le caractère attractif est tout à fait manifeste puisque le cocontractant n'effectue pas concrètement un travail public, il ne fait que participer à une opération de travail public. C'est le cas des architectes dont les contrats sont des travaux publics dès lors qu'ils assurent la direction et la surveillance des travaux²⁰⁵, le cas du transport en automobile d'un contrôleur d'installations électriques en tournée de service²⁰⁶, des contrats de fourniture si le fournisseur était chargé de passer un contrat visant à faire effectuer les travaux par une autre entreprise²⁰⁷, de la transaction qui avait pour objet de terminer un désaccord concernant des travaux publics²⁰⁸ ou de la convention de garde de matériel qui termine un marché résilié²⁰⁹.

110. On constate à la suite de ces arrêts l'importance que prend la matière des travaux publics dans le droit administratif et l'extension qu'elle subit durant toute cette période. Pourtant, l'extension de la notion de travaux publics est principalement apparue à la doctrine par la succession et le cumul des conditions donnant à des travaux leur caractère public.

§ 3e : Une conception diversifiée du caractère public des travaux

111. Nous ne nous attarderons pas sur ce point qui a fait l'objet de très nombreux développements doctrinaux. Cependant, la constante extension des critères des travaux publics, dont nous avons pu apprécier la réalité dans l'analyse de la définition des

²⁰³ CE 9 janvier 1894 *Lbermite*, rec. p. 57. H. BERTHÉLÉMY, dans son *Traité élémentaire de droit administratif*, Op. Cit. p. 557 estime que cet arrêt pousse le caractère attractif « très loin – trop loin » au regard de l'importance des travaux dans le marché. Voir aussi sur le même sujet CE 7 février 1927 *Sieurs Sultana et Galby*, rec. p. 9

²⁰⁴ TC 27 novembre 1933 *Verbanck* rec. p. 1248, *Dalloz* 1934.3.9, note M. WALINE, concl. ROUCHON-MAZERAT ; CE 27 mars 1925 *Sieur Lunel*, rec. p. 1366, CE 31 mars 1928 *Rauch*, rec. 522. Notons, comme nous le verrons dans le chapitre 2 de ce titre, que des marchés publics de services (le ramassage des ordures ménagères en est un exemple, le service étant même un service public) peuvent de ce fait être qualifiés d'activité de travaux publics. La contradiction apparente trouve en fait sa solution dans la distinction claire qu'il faut faire entre marchés publics et travaux publics (cf. Section 2 de ce chapitre).

²⁰⁵ CE 15 décembre 1950 *Mathiot*, rec. p. 812, contrat entre un architecte et un office d'habitation à bon marché, CE 28 février 1919 *Bariller*, rec. p. 222 contrat entre la ville de Paris et un architecte.

²⁰⁶ CE 7 mars 1951 *Douville*, rec. p. 142

²⁰⁷ CE 23 juillet 1919 *Delclaux*, rec. p. 661 ; CE 27 avril 1957 *Cabessut*, *AJDA* 1960.II.65 n° 55 ; CE 19 novembre 1943 *Commune d'Izel-les-Equerchin*, rec. p. 266

²⁰⁸ Voir J-M AUBY *La transaction en matière administrative* *AJDA* 1956 p. 1 ; CE 7 mai 1897 *Cimetière* rec. p. 345 ; CE 30 octobre 1974 *Commune de Saint-Pierre-les-Bois c/ Sieur Gobin*, rec. p. 525

²⁰⁹ CE 9 février 1951 *Ministre des armées c/ Société entreprises Bornhauser, Molinari et Cie*. rec. p. 81 qui est de la compétence de la juridiction administrative (en appel au Conseil d'État) par effet du caractère attractif des travaux publics.

meubles et du travail, est ici encore plus apparente. Cette évolution s'est faite en trois grandes étapes : une première durant laquelle on a voulu rattacher la notion de travail public à d'autres concepts juridiques du droit public (A), une seconde où une première définition a été posée par l'arrêt du Conseil d'État *Commune de Monségur* de 1921 (B), enfin une troisième étape qui a fini de poser la définition que nous connaissons aujourd'hui avec l'arrêt du Tribunal des conflits *Effimieff* de 1955, à l'époque où la notion de travaux publics perdait de son intérêt pour le droit des marchés publics (C).

A) Avant 1921 : à la recherche d'un critère juridique

112. Si pendant longtemps la notion de travaux publics n'a pas été utilisée dans les textes, lorsque ces derniers s'y sont enfin référés, la sécurité juridique n'en a pas été améliorée pour autant puisque cette nouvelle notion n'était pas encore définie avec précision. Certes, l'élément immobilier et la nécessité d'un travail étaient préexistants, mais le caractère public de ces travaux était soumis à une appréciation générale que les auteurs ont essayé de rapprocher des notions connues du droit public²¹⁰.

113. La logique a d'abord voulu que l'on raccroche les travaux publics à la présence d'une déclaration d'utilité publique. La première raison à cela est que la déclaration d'utilité publique est le préalable normal à l'expropriation dont le but principal est la construction d'un immeuble pour une personne publique lorsqu'elle n'agit pas dans son intérêt patrimonial²¹¹. La seconde raison peut être trouvée dans le terme même de « public » que l'on retrouve aussi bien dans l'expression de « travaux publics » que dans celle de « déclaration d'utilité publique ». Enfin, la troisième raison réside dans la législation puisque l'utilité publique des travaux devait être prouvée avant tous les grands travaux dès le XIX^e siècle²¹². C'est ainsi que, comme une grande partie de la doctrine, DUFOUR²¹³, TARBÉ de VAUXCLAIRS²¹⁴, CHRISTOPHLE²¹⁵ ou encore DALLOZ²¹⁶ prennent ce critère

²¹⁰ Pour une analyse des rapports entre les différentes notions à suivre en 1945, cf. R. LATOURNERIE, « De la faute et du risque à propos des dommages causés par les travaux publics », *RDP* 1945 p. 16 et s.

²¹¹ Il y a une controverse à ce sujet entre D. SERRIGNY et A. CHRISTOPHLE d'un côté et G. DUFOUR et A. BATBIE (*Introduction générale au droit public*, p. 360 cité par A. CHRISTOPHLE cf. *infra*.) de l'autre, ces derniers estimant que tous les travaux des personnes publiques sont des travaux publics, les premiers faisant une différence entre la construction dans un intérêt patrimonial et celle dans l'intérêt public. Cf. D. SERRIGNY, *Traité de l'organisation de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative*, Paris, Aug. Durand ed., 1865, Tome 2 n° 673 p. 162

²¹² Les lois sur l'expropriation commencent avec celle du 8 mars 1810 suivie de celles du 7 juillet 1833 et du 3 mai 1841 *Sur l'expropriation pour cause d'utilité publique*, dont l'article 3 précise : « Tous grands travaux publics, routes nationales, canaux, chemins de fer, canalisation de rivière, bassins et docks, entrepris par l'État, ou par compagnies particulières, avec ou sans péages, avec ou sans subsides du Trésor, avec ou sans aliénation du domaine public, ne peuvent être autorisés que par une loi [ou un décret en Conseil d'État]. Une enquête administrative précède toujours le décret ou la loi ».

²¹³ G. DUFOUR, dans son *Traité général de droit administratif appliqué*, 3^e ed. 1870 n° 231 p. 163 écrit « on entend par travaux publics, ceux qui sont empreints du caractère d'utilité publique », l'utilité publique utilisée par les arrêts de l'époque (dont il donne le détail), semblant se confondre avec notre intérêt général.

²¹⁴ J.-B. TARBÉ de VAUXCLAIRS, *Dictionnaire des travaux publics, civils, militaires et maritimes considérés dans leurs rapports avec la législation, l'administration et la jurisprudence*, Paris, P. Carilian-Goeury ed., 1835, 538 pp. V°

comme élément de définition des travaux publics. Ce critère ne prévaudra pourtant que jusqu'en 1905²¹⁷, date à laquelle le Tribunal des Conflits l'abandonnera définitivement.

114. Dans la mesure où les biens *immobiliers* des personnes publiques dont l'intérêt n'est pas seulement *patrimonial* sont le plus souvent intégrés dans le « domaine public », les auteurs ont aussi voulu rattacher la notion de travaux publics au domaine public.²¹⁸ Pour autant, la situation n'en devenait pas plus claire en terme de critères juridiques puisque la domanialité publique était, elle aussi, une notion mal définie²¹⁹ qui « devait être réservée aux biens insusceptibles de propriété privée et qui étaient affectés à l'usage de tous, c'est-à-dire à l'usage du public »²²⁰. On retrouve simplement l'idée que c'est un intérêt général, une utilité publique qui justifie ce régime particulier. Ce lien entre domaine public et travaux publics a été abandonné clairement par la jurisprudence après l'arrêt *Commune de Monségur*²²¹.

115. On doit encore évoquer la volonté d'une certaine partie de la doctrine de se référer à ce qui faisait une des spécificités des marchés de travaux publics : les cahiers des charges. La référence au CCAG travaux a en effet été proposée comme critère de passation d'un marché de travaux publics. Pourtant, ce moyen n'ayant été apporté devant le Conseil d'État qu'après 1921, les critères de *Commune de Monségur* sont les seuls qui ont été pris en compte par la jurisprudence²²², et si ces derniers critères sont remplis, la référence à un autre CCAG ne change pas la nature du contrat qui reste un marché de travaux publics²²³.

116. La notion d'ouvrage public est depuis toujours très liée aux travaux publics puisque la construction du premier est le plus souvent l'objet des seconds²²⁴.

Travaux publics. Ce sont « ceux qui intéressent les habitants [...] lorsque cette utilité n'a pas le caractère de la propriété patrimoniale et privée et surtout lorsqu'il y a eu d'abord déclaration d'utilité publique ».

²¹⁵ A. CHRISTOPHLE *Traité théorique et pratique des travaux publics*, Paris, A Maresq aîné ed. 1862 p. 5. Pour lui, la possibilité d'utiliser la procédure de l'expropriation est un critère du travail public dans la mesure où il permet d'éviter que soient ainsi qualifiés les travaux dans l'intérêt du domaine privé.

²¹⁶ DALLOZ, *Codes annotés, Code des lois politiques et administratives*, Tome 3, 1895, n° 715 p. 334 : « cette jurisprudence [Les travaux des communes qui sont définitivement des travaux publics à partir de 1850] est conforme à l'opinion du plus grand nombre des auteurs qui se fondent, notamment, sur l'impossibilité de refuser le caractère de travaux publics à des travaux susceptibles d'être déclarés d'utilité publique et de donner lieu à expropriation ».

²¹⁷ TC 3 juin 1905 *Sieur de Richard d'Aboncourt c/ Sté des Hauts Fourneaux de Denain et Anzïn*, rec. p. 507 ; CE Ass. 13 février 1942 *Cne de Sarlat et Sté mutuelle française* rec. p. 48 ; CA Toulouse 14 avril 1954, *AJ travaux* 20 juin 1954, p. 228. Sur le même modèle, le Conseil d'État n'acceptera pas de prendre comme critère le classement comme monument historique

²¹⁸ Par exemple A. CHRISTOPHLE *Op. Cit.* p. 2 « On désigne sous la dénomination générique de travaux publics ceux qui sont exécutés par l'administration [...] dans l'intérêt du domaine de l'État, des départements et des communes ».

²¹⁹ F. BURDEAU *Histoire du droit administratif*, PUF 1995 p. 428 précise que « le domaine public n'avait fait l'objet d'aucune définition généralement admise ».

²²⁰ J. DUFAU *Le domaine public*, Paris, *Le Moniteur*, 4^e ed. 1993, Tome 1 p. 53 n° 62. Cette définition est indirectement issue de celle trop large et polysémique du Code civil (art 538 à 541).

²²¹ TC 24 octobre 1942 *Sieur Chaumard* rec. 1943 p. 318 ; CE 16 novembre 1957 *Ville de Marseille c/ Poro*, *AJDA* 20 décembre 1957 n° 446.

²²² CE 15 janvier 1930 *Sté des ateliers de la Loire* rec. p. 55.

²²³ CE 26 novembre 1924 *Ministre de la Guerre*, rec. p. 935 pour un marché qualifié de marché de travaux malgré une référence au CCAG Fournitures

²²⁴ M. HAURIU estime ainsi que le travail public est un travail sur un ouvrage public. *in Précis élémentaire de droit administratif*, Paris, *Sirey ed.*, 5^e ed., 1943, p. 409

Cependant, on s'est rapidement aperçu que les travaux publics ne pouvaient pas être définis en fonction du critère de la construction d'un ouvrage public²²⁵. D'une part, l'ouvrage public peut ne pas être issu d'un travail public, ne serait-ce que lorsque l'immeuble est acheté par une personne publique après sa construction²²⁶. D'autre part, le travail public n'aboutit pas toujours à un ouvrage public comme c'est le cas pour les concessions hydrauliques qui n'ont pas pour but la fourniture d'électricité au public²²⁷.

117. D'autres auteurs seront plus proches de ce que la jurisprudence prendra par la suite comme critère : SERRIGNY²²⁸ d'une part qui définit le travail public comme « les travaux qui intéressent l'universalité des habitants de la France, ou l'État tout entier. Il en est de même de ceux qui intéressent un département, et qui sont construits à ses frais », et d'autre part BERTHÉLÉMY²²⁹ qui écrit « Il faut reconnaître cette qualité aux travaux de construction, d'aménagement et d'entretien exécutés par une personne morale administrative en vu d'un service public ». C'est le développement de cette approche en terme d'intérêt général ou de service public, développé en 1916 par le commissaire du Gouvernement CORNEILLE sur l'arrêt *Astruc*²³⁰ qu'il faut envisager maintenant.

B) Une définition large des travaux publics : l'arrêt Commune de Monséguir

118. Cet arrêt²³¹ pose la première branche de la définition telle qu'on l'entend encore aujourd'hui en droit positif : sont des travaux publics les travaux effectués pour le compte d'une personne publique dans un but d'utilité générale. Sans s'attarder sur son apport, on peut toutefois noter que cette définition a été elle-même entendue largement : d'une part, l'expression « pour le compte d'une personne publique » signifie que l'ouvrage existant ou à venir doit appartenir à la personne publique, quel que soit son caractère industriel et commercial ou administratif, et que les travaux peuvent indifféremment être exécutés par elle — en régie — ou par un tiers (marchés de travaux ou concessions²³²). D'autre part, on retrouve

²²⁵ Cf. R. CAPITANT « La double notion de travail public », *RDP* 1929 p. 507. Contrairement à ce que le titre laisse paraître, l'auteur montre au contraire l'indépendance des deux aspects de la notion de travail public : aspect « actif » des travaux publics et aspect « passif » de l'ouvrage public.

²²⁶ TC 10 février 1949 *Roubaud*, rec. p. 591

²²⁷ À ces deux raisons, le Professeur R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Paris, *Montchrestien coll. Domat droit public*, Tome 2, 15^e ed., n° 682 p. 561 en ajoute une troisième : les travaux faits sur un ouvrage public peuvent ne pas avoir le caractère de travaux publics lorsqu'ils ont été exécutés par une entreprise privée dans son propre intérêt.

²²⁸ D. SERRIGNY, *Op. Cit.* p. 163

²²⁹ H. BERTHÉLÉMY *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, *Arthur Rousseau ed.*, 1906, 4^e ed. p. 556

²³⁰ Conclusions sur CE 7 avril 1916 *Astruc*, *RDP* 1916 p. 363 ; *Sirey* 1916.III.49, suivies de la fameuse note de M. HAURIOU.

²³¹ CE 10 juin 1921 *Commune de Monséguir* rec. p. 573, *Dalloz* 1922, 3 p. 26 concl. L. CORNEILLE ; *RDP* 1921 p. 361, concl. L. CORNEILLE, note G. JÈZE ; *Sirey* 1921, 3 p. 49, Concl. L. CORNEILLE, note M. HAURIOU ; *GAJA* 14^e ed. n° 39 p. 239.

²³² Exception faite des ouvrages construits dans le cadre d'un bail emphytéotique administratif qui ne sont pas considérés comme faits pour le compte de la personne publique. CE Sect. 25 février 1994 *SA Sofap-Mariignan Immobilier*, rec. p. 94 ; *AJDA* 1994 p. 550 note H. PERINET-MARQUET ; *Dalloz* 1994 p. 536 note M. LOMBARD ; *RFDA* 1994 p. 510 concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA ; mais cette situation

dans l'idée d'un travail dans un but d'utilité générale, l'intérêt général qui apparaissait dans les essais antérieurs de la doctrine et dont le rôle premier est d'éviter que soient soumis à un régime de droit public des travaux réalisés dans l'intérêt purement patrimonial, « privé », de la personne publique²³³.

1921 marque donc une double extension de la notion de travaux publics avec une définition large du type de travaux par l'expression « pour le compte » qui évite une restriction aux seules personnes publiques, mais aussi une appréciation très large de l'intérêt en cause puisque ce n'est pas une mission de service public qui est requise mais un simple intérêt général – ce qui est souvent plus facile à démontrer comme le prouvent les faits de l'espèce.

119. Cependant, comme le note P.-L. JOSSE²³⁴, l'extension de la notion d'intérêt général qui a suivi l'arrêt *Commune de Monségur* et qui a profité à la notion de travaux publics n'a paradoxalement eu sur les marchés de travaux publics qu'un effet inverse de celui attendu. *A priori*, cette extension a fortement étendu l'application du droit des marchés publics : tous les marchés conclus dans le but de réaliser ces « travaux publics » plus larges étaient soumis au décret de 1882 pour l'État ou à l'ordonnance de 1837 pour les communes et les départements. C'est l'arrêt *Effimieff* de 1955 qui finira d'étendre la notion de travaux publics peu avant que la notion de marché public ne se sépare de celle de travaux publics.

C) Un second élargissement par l'arrêt *Effimieff*

120. L'arrêt *Effimieff*²³⁵ énonce que sont des travaux publics les travaux exécutés par une personne publique ou par son intermédiaire dans le cadre d'une mission de service public²³⁶, même lorsque ces travaux sont effectués pour le compte d'une personne privée²³⁷. La polémique a longtemps porté sur le fait de savoir si cet arrêt modifiait ou s'ajoutait à la définition de l'arrêt *Commune de Monségur*, d'aucuns²³⁸ estimant

correspond à une époque postérieure qui a vu une baisse de la place des travaux publics dans la définition des marchés.

²³³ R. CHAPUS, *Op. Cit.* 15^e ed., n° 670 p. 553, fait remarquer que la notion d'intérêt général dans ce cas exclue l'intérêt financier de la personne publique (comme étant un intérêt patrimonial) alors que l'intérêt financier d'une personne publique fait habituellement partie de l'intérêt général.

²³⁴ P.-L. JOSSE « Coup d'arrêt à la dégradation continue de la notion de marché de travaux publics », *EDCE* 1956 p. 34

²³⁵ TC 28 mars 1955, *Effimieff*, rec. p. 617 ; *JCP* 1955.II.8786, note C BLAEVOET ; *Rev. Adm.* 1955 p. 285, note G. LIET-VEAUX ; *AJDA* 1955.II.332, note J.A. ; *GAJA* 14^e ed. n° 74, p. 480.

²³⁶ Remarquons ici que l'activité de construction doit servir un service public existant et que l'on ne saurait qualifier de manière tautologique de travaux publics tous les travaux au prétexte qu'un travail public est, en soi et comme le prétendent certains auteurs (*Cf.* R. CAPITANT « La double notion de travaux publics », *RDP* 1929 p. 507), une activité de service public.

²³⁷ En réalité, cela ne concerne que ces travaux effectués pour le compte d'une personne privée, sinon l'on retombe dans le cas de *Commune de Monségur* et la condition de la réalisation dans un but de service public est surabondante puisque l'intérêt général suffit en fait.

²³⁸ *Cf.* P. MIGEON *Le contenu de la notion de travail public*, Thèse Alger 1957 p. 169 ; G-Ph BLOCH *La notion de travail public, librairies techniques* 1965 p. 6

que les travaux effectués pour le compte d'une personne privée dans un but de service public étaient en réalité exécutés indirectement pour le compte d'une personne publique puisque c'est le service public qui était à l'origine de l'exécution par la personne publique ; d'autres²³⁹ estimant que la définition de *Effimieff* était novatrice du fait du critère du service public qui était plus contraignant que celui de la présence d'un intérêt général.

Or, comme l'a montré le professeur J. DUFAU²⁴⁰, si des solutions proches de celles de l'arrêt *Effimieff* avaient déjà été prises sous l'empire de la jurisprudence *Commune de Monséguir*, c'est bien un complément distinct à cette définition qu'apporte l'arrêt *Effimieff* en posant de nouveaux critères (le service public et l'exécution par la personne publique) plutôt que de forcer les critères de la première définition.

L'arrêt *Effimieff*, dont les critères ont été utilisés à plusieurs reprises par la jurisprudence ultérieure²⁴¹, est donc bien à l'origine d'une nouvelle extension de la notion de travaux publics et cela même si, comme le remarque le professeur D. TRUCHET²⁴², « des deux [définitions des travaux publics], la première est de loin la plus utilisée. » Cet auteur ne se limite d'ailleurs pas à ces deux branches de la définition des travaux publics et estime que la jurisprudence administrative « recourt parfois à une troisième variante : travail immobilier effectué par une personne publique et dans un but d'utilité général »²⁴³. Cette troisième définition est encore une extension de la notion de travaux publics même si la simple présence d'un intérêt général ne suffit jamais à faire d'un travail immobilier un travail public.

121. Pour M. JOSSE²⁴⁴ l'arrêt *Effimieff* a un rôle primordial : il impose à la personne publique de passer ses contrats par adjudication dès lors qu'ils le sont dans le but de réaliser leur mission de service public, et cela notamment pour les « services nationalisés gérant un service public », notamment industriel et commercial depuis l'arrêt *Bac d'Eloka*²⁴⁵ de 1921. Force est de constater que cette interprétation de l'arrêt n'a pas eu le temps d'avoir des répercussions débattues : la pratique n'avait pas encore eu le temps de s'adapter que déjà le nouveau Code des marchés publics venait réorganiser l'ensemble et exclure de son champ d'application, dès son article 1^{er}, tous les établissements publics industriels et commerciaux à compétence étatique dont le but est précisément d'encadrer « un service nationalisé gérant un service public ».

²³⁹ Il s'agit de la majorité de la doctrine, cf. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Op. Cit. M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ, B. GENEVOIS *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Op. Cit. p. 514.

²⁴⁰ J. DUFAU « À propos de l'arrêt *Effimieff* et de la notion de travaux publics », *CJEG* 1983 p. 1

²⁴¹ CE 20 avril 1956 *Ministre de l'agriculture c/ Consorts Grimouard*, rec. p. 168 ; CE 12 avril 1957 *Mimouni*, rec. p. 262 ; CE 30 mai 1962 *Poplin*, rec. p. 359 ; CE 6 mars 1970 *Ville de Paris*, rec. p. 165

²⁴² D. TRUCHET *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, Paris, LGDJ *Coll. Bibliothèque de droit public*, Tome 125, 1977 p. 72.

²⁴³ D. TRUCHET cite les arrêts CE 1^{er} juillet 1959 *Ministre des affaires étrangères*, rec. p. 417 ; CE 9 juillet 1949 *Ville d'Ajaccio*, rec. p. 365 (sic) et CE 12 octobre 1966 *Association des entrepreneurs de Metzwiller et a.*, rec. p. 1124. On peut se référer aussi par exemple pour un arrêt plus récent et ne touchant pas à la reconstruction à CE 22 avril 1992 *Association syndicale autorisée des irrigants de la vallée de la Lèze, syndicat intercommunal d'aménagement de la Lèze c/ M Gaillard*, rec. Tables. p. 1346

²⁴⁴ P.-L. JOSSE « Coup d'arrêt à la dégradation continue de la notion de marché de travaux publics », *EDCE* 1956 p. 34, spé. p. 38.

²⁴⁵ TC 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'ouest africain*, rec. p. 91, *GAJA*, 14^e ed. n° 38 p. 229 ; *Dalloz* 1921.3.1, concl. P. MATTER ; *Sirey* 1924.3.34 concl. P. MATTER

122. *Conclusion* : La notion de travaux publics a donc fait l'objet d'une double évolution jusqu'aujourd'hui : d'une part, elle est devenue une notion juridique fixée et relativement claire, dont les éléments de définition se sont détachés d'autres notions du droit public pour devenir autonomes. D'autre part, ces éléments ont eux-mêmes subi une évolution constante dans le sens d'un élargissement des travaux publics à des cas toujours plus nombreux : les immeubles largement entendus, le travail réduit à peau de chagrin et le caractère public des travaux dont la définition multiforme englobe la quasi-totalité des travaux d'intérêt général, dès lors qu'une personne publique a un rôle quelconque dans leur réalisation.

Les marchés passés pour l'exécution des « travaux publics », ainsi définis de manière extensive, ont été qualifiés de « *marchés de travaux publics* » et tout un régime particulier, à l'origine d'une grande partie de notre droit des contrats administratif, leur a été appliqué. Pourtant, les procédures de passation qui constituent le cœur de notre droit actuel des marchés publics n'avaient pas la force juridique qu'on leur connaît aujourd'hui. Ainsi, le droit des travaux publics était un droit centré sur l'exécution, alors que le droit des marchés publics qui naît avec le Code est un droit centré sur la passation.

Il faut y voir deux raisons : en amont du marché, la personne publique n'était pas obligée de respecter les procédures de passation prévues par les ordonnances puisque le juge refusait de contrôler le choix d'une procédure de gré à gré même illégale au regard de ces textes jusqu'en 1909²⁴⁶. En conséquence, le faible nombre de recours contre la signature du contrat ou le choix de la commission ne permettait pas, à cette étape, la qualification du contrat en marchés de travaux publics. En aval, dans l'exécution du contrat, tant la répartition des contentieux (au sein de la juridiction administrative comme entre les deux ordres de juridictions) que le régime de l'exécution du contrat (en cas de résiliation unilatérale, de fait du prince, de responsabilité...) se fondaient sur la présence de travaux publics pour appliquer au contrat en cause un contentieux et un régime de droit public. Si lors de ces contentieux il y avait souvent une qualification du contrat en « marché de travaux publics », la circonstance que le contrat avait ou n'avait pas été passé dans les conditions des ordonnances de 1836 et 1837 ou du décret de 1882 n'était même pas examinée. Seule la présence de travaux publics suffisait à cette application du droit public.

Le Code des marchés publics a radicalement inversé cette tendance en recentrant le Code sur le régime de la passation grâce à une utilisation des marchés publics comme une catégorie contractuelle autonome, tout en conservant les avancées précédentes en matière de régime d'exécution. Ce recentrage a obligé à une redéfinition des travaux

²⁴⁶ On a dit que les procédures de passation n'étaient édictées que dans l'intérêt des personnes publiques et que par conséquent elles pouvaient ne pas les appliquer sans conséquences sur la légalité des contrats. Cette situation bien étonnante à notre époque justifie aussi la difficulté de trouver des jurisprudences à cette époque. Cf. *supra* pour de plus amples développements sur l'arrêt CE 5 février 1909 *Barla*, rec. p. 134, *RDP* 1910 p. 61 note G. JÉZE.

dans le cadre de ces nouveaux marchés, redéfinition qui est encore une fois allée dans le sens d'une extension du nombre de travaux soumis à un régime de droit public.

SECTION 2^e :
L'EXTENSION DE LA NOTION DE « TRAVAUX », DEUXIÈME
FACTEUR DE DÉVELOPPEMENT DES MARCHÉS PUBLICS

123. Le droit des marchés publics a plus évolué par modifications limitées et répétées que par grandes réformes. Les trois codes des marchés publics de 1964, 2001 et 2004 ne dérogent pas à cette règle puisque, sans opérer au sens strict une codification « à droit constant », ils n'apportent pas de modifications fondamentales à ce droit. Il n'est pas exagéré de dire que les modifications apportées au droit des marchés publics lors des codifications sont de même portée que de très nombreuses réformes en dehors du cadre de la codification²⁴⁷.

Ainsi, en 1964, la seule vraie modification qui retire à la codification son caractère de droit constant est la diminution du champ d'application des lois antérieures par la mise en place d'une définition²⁴⁸, contestable sur de nombreux points²⁴⁹. Le Code de 2001, dont la définition a été reprise en 2004, modifie formellement de manière importante la définition, tout en se limitant en droit à écrire ce que la jurisprudence avait déjà clarifié. Sur le plan purement matériel, il ne fait que reprendre la définition de 1964, n'y ajoutant aucun élément sauf la confirmation que les différents objets d'un marché sont au nombre de trois²⁵⁰.

124. L'arrivée du premier Code marque pourtant une rupture avec le droit antérieur ; rupture lente à mettre en place mais qui va définitivement retirer toute dépendance entre la notion de marché public et celle de travaux publics. En effet, d'une part, l'existence même de cette définition de marché public par une succession de critères rend caduque l'utilisation de la notion de travaux publics comme critère d'application des mesures de publicité et de mise en concurrence (Sous-section 1^e). D'autre part, si la notion de travaux publics a encore une influence aujourd'hui en dehors du droit des marchés, elle

²⁴⁷ Pour une critique de ces codifications sans ambition de réforme Cf. M. GUIBAL « nouveau code des marchés publics ? » *AJDA* 2001 p. 360 ; « Un nouveau Code des marchés publics sans codification », *ACCP* 2001, n° 1 p. 23

²⁴⁸ Il faut en effet noter qu'aucune des réglementations sur les marchés antérieures au Code, pas même les plus récentes que le Code était sensé codifier à droit constant, ne posait de définition des marchés. Seule une définition que A. COUTAUD qualifie de « formelle » (*in* « La réforme de la réglementation des marchés publics » *Rev. Adm.* 1957 p. 126) du contrat pouvait être trouvée dans les décrets les plus importants comme celui du n° 56-256 du 13 mars 1956.

²⁴⁹ On reproche notamment à cette définition son caractère apparemment tautologique en ce qu'elle fonde l'existence d'un marché sur la soumission au Code des marchés publics. Cf. sur l'analyse de cette apparence de tautologie et sa justification, cf. L. RICHER, « L'article 1^{er} du code des marchés publics doit-il être révisé ? », *AJDA* 1994 spé. p. 14 et 15.

²⁵⁰ Sur ce point, à savoir les hésitations doctrinales à propos de la distinction entre fournitures et services, cf. 1^{ère} partie, titre 1^{er}, chapitre 2^e.

n'est assimilable ni à la notion de travaux des codes des marchés publics successifs, ni à celle définie par la directive communautaire. (Sous-section 2^e).

Sous-section 1^{ère} : Des marchés de travaux qui ne sont pas fondés sur la qualification de "travaux publics"

125. Jusqu'au Code de 1964, on l'a vu, le critère des *travaux publics* justifiait à lui seul l'application du régime des ordonnances de 1836 et 1837 et du décret de 1882. L'article 1^{er} du Code des marchés publics va revenir sur cet état de chose et instaurer une suite de critères applicables à tous les marchés et notamment aux marchés publics « de travaux », travaux dont il faudra déterminer la substance (§ 1^{er}). Puis, le droit européen dérivé a lui aussi réglementé les marchés publics et, dans un souci d'harmonisation, a également donné une définition des travaux qu'il encadre. C'est cette seconde définition des travaux communautaires que les codes ont dû prendre en compte. (§ 2^e).

§ 1^{er} : Les travaux dans l'article 1^{er} du Code des marchés publics

126. L'arrivée des marchés publics comme catégorie juridique, sans être passée inaperçue, peut être qualifiée de « révolution silencieuse ». Révolution car elle constitue bien un renversement de la définition en justifiant la soumission du contrat à un régime particulier non plus sur le caractère public des travaux mais sur le caractère public du marché (A). Silencieuse pourtant car les conséquences de cette évolution n'ont pas été immédiatement comprises. Il est cependant marquant de voir à quel point les « travaux » ne peuvent s'assimiler aux « travaux publics » (B).

A) Les nouveaux critères de l'article 1^{er} du Code des marchés publics

127. Matériellement, tant dans le Code de 1964²⁵¹ que dans ceux de 2001 et 2004, les marchés ont pour champ d'application les « travaux ». Certains auteurs assimilaient jusqu'à peu ces travaux aux travaux publics et continuaient de parler de « marchés de travaux publics » là où il faudrait parler de « marchés publics de travaux ». Pourtant, l'évolution n'est pas uniquement sémantique, elle correspond à une progression importante.

128. En effet, dès 1964, l'article 1^{er} du Code a rendu caduque l'utilisation de la notion de *travaux publics* en ce qu'il pose un certain nombre de critères justifiant d'un « caractère public », à la différence près qu'il applique ces critères pour qualifier de « public » le *marché* et non plus les *travaux*.

²⁵¹ Décret n° 64-729 du 17 juillet 1964, J.O. 21 juillet et rectificatif du 25 août, modifié.

Ainsi, on retrouve tout d'abord un critère organique – les « *collectivités publiques* » dans le Code de 1964²⁵², les « *personnes morales de droit public* » dans les codes de 2001 et 2004 – ainsi qu'un critère matériel, la « *réalisation* »²⁵³ ou les « *réponses à des besoins* »²⁵⁴ en matière de travaux, de fournitures et services²⁵⁵. À cela s'ajoute un critère formel très contesté en 1964 : « *la réalisation dans les conditions du présent code* »²⁵⁶, et un deuxième critère matériel dans les deux derniers codes : le *caractère onéreux du contrat*. Le fait que les deux derniers codes ajoutent que le cocontractant peut être une personne privée ou publique est une nouveauté, mais il semble que, même en l'absence de disposition dans ce sens, c'est ce que le droit positif aurait été amené à conclure au vu des jurisprudences internes et communautaires récentes²⁵⁷.

Deux raisons interdisent par conséquent d'assimiler *a priori* les travaux du Code des marchés publics aux travaux publics : d'une part la présence de critères garantissant le caractère public du marché lui-même, et d'autre part le texte même de l'article qui n'utilise que le terme de travaux, terme qu'il convient donc de préciser.

B) Les différents types de travaux dans le Code des marchés publics

129. Si l'on se réfère à l'ensemble des caractéristiques des travaux *publics* telles que nous les avons déjà détaillées, certains éléments de la définition ont pour objet de définir objectivement l'opération des travaux – la présence d'un travail immobilier – tandis que d'autres justifient leur soumission au droit public – les conditions de service public ou d'intérêt général et la personne pour le compte de laquelle ou par laquelle ils sont faits. Les seconds ne sauraient avoir d'application dans le cadre des marchés publics, en revanche, les premiers conservent toute leur valeur. Ainsi, les travaux dont il s'agit ont deux caractéristiques indispensables : leur caractère immobilier et leur caractère de travail.

130. Concernant leur caractère immobilier, le rapprochement avec le droit privé et l'analyse qui prévalait pour les travaux publics et qui aboutissait à dire que l'immeuble est entendu de manière plus large en droit public est toujours opérante pour les travaux des marchés publics.

131. Concernant leur caractère de travail en revanche, il faut ici faire une importante différence entre les travaux des marchés publics et les travaux publics. En effet, c'est dans l'analyse de la notion de « travail » que l'on percevait le mieux le caractère attractif des travaux publics, c'est donc aussi dans ce cadre que l'absence de caractère

²⁵² Terme précisé aux articles 39 et 250 de ce Code des marchés publics.

²⁵³ Terme du Code de 1964

²⁵⁴ Codes de 2001 et 2004

²⁵⁵ Les deux derniers Codes disent « de travaux, de fourniture ou de services »

²⁵⁶ Pour cette interprétation de ce critère, cf. 1^{ère} partie, titre 3^e et L. RICHER « Le marché public : problèmes actuels de définition », *CJEG* février 1986, n° 408, doct. p. 37 et *Marchés publics*, janvier 1987, n° 223, pp. 35-39 et « L'article 1^{er} du Code des marchés publics doit-il être révisé ? » *AJDA* 1994 spé. p. 13

²⁵⁷ Cf. J.-D. DREYFUS, *Contribution à l'étude des contrats entre personnes publiques*, Paris, L'harmattan ed. coll. *Logique juridique*, 1997, 525 pp.

attractif des travaux des marchés publics sera le plus sensible. Ainsi, si les travaux du Code recouvrent évidemment les opérations matérielles visant à la construction d'un immeuble, de même que celles qui concernent ses réparations, voire son entretien, ils ne sauraient recouvrir les cas dans lesquels l'élément de travail immobilier est infime par rapport à d'éventuelles fournitures ou services. Auparavant, la seule présence d'un travail public dans un contrat qui contenait aussi des fournitures ou des services suffisait à qualifier le contrat de « marché de travaux publics » dans son ensemble, cela ne peut plus être le cas pour les marchés publics. Par exemple, un marché qui vise à la réfection très superficielle d'un immeuble et à son entretien pendant quelques années aurait été qualifié de *marché de travaux publics*, alors qu'il ne saurait être qualifié de *marché public de travaux*, ces derniers n'étant qu'un élément trop peu important parmi les différents objets du contrat.

132. On observe donc pour la première fois une rupture dans l'extension de la notion de travaux dans le cadre des contrats de « marchés » ou « d'entreprises » tels qu'ils existent depuis la Révolution : les « travaux » semblent sur ce point moins largement définis que les « travaux publics ». Est-ce à dire que l'extension des marchés subit elle aussi un revers ? Ce serait mal analyser la situation. Le recentrage des procédures de passation sur la notion de marchés publics, plutôt que sur celle de travaux publics, a eu comme principale conséquence de rééquilibrer l'ensemble des contrats soumis à des règles de passation en faveur des marchés de fournitures ou de services, cela bien évidemment au détriment des marchés ayant pour objet des travaux. Ainsi, l'exécution des services généraux d'une prison et du travail des détenus, qualifiée de marché de travaux publics sous l'empire des textes antérieurs au code²⁵⁸ sera nécessairement qualifiée de marché public de services dans le cadre du Code des marchés publics²⁵⁹.

Cette évolution est explicable par la nature même des travaux : si l'on analyse objectivement la substance d'un marché de travaux, on constate que l'on peut décomposer le travail en une fourniture et un service, fourniture des matériaux de construction et service consistant dans le travail lui-même²⁶⁰. Ce qui fait la différence entre un marché de

²⁵⁸ CE 9 janvier 1894 *Lbermite*, rec. p. 57 ; CE 7 février 1927 *Sieurs Sultana et Galby*, rec. p. 9. Les textes vont d'ailleurs dans ce sens lorsque les deux éléments de travaux et de service sont trop importants, la fin de l'utilisation de la notion de travaux public a même conduit à créer des contrats particuliers qui permettent à la fois la construction et les services, l'ensemble étant payé sur le long terme : cf. Loi du 22 juin 1987, *relative au service public pénitentiaire*, modifiée par la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 *Loi d'orientation et de programmation pour la justice* qui permet de passer des contrats spéciaux que l'on peut qualifier de « partenariats public-privé », ou de « Contrats de partenariat spéciaux » en référence à l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 *sur les contrats de partenariat* J.O. 19 juin 2004, texte 2. Ces contrats combinent un montage financier – souvent autour d'un crédit-bail immobilier – avec ce type de contrats, avec la difficulté que cela comporte lorsque cela est effectué sur le domaine public.

²⁵⁹ Selon les conditions exactes d'exécution de ces services inscrites au cahier des charges le contrat pourrait même être dans certains cas une délégation de service public.

²⁶⁰ Encore faut-il rappeler que les matériaux de construction ne sont pas indispensables. Par exemple dans le cas d'un marché visant à l'extraction de terre pour créer un étang on pourrait, matériellement, assimiler un marché de travaux à un marché de service. C'est l'idée qui sous-tend l'article 1787 du Code civil « lorsqu'on charge quelqu'un de faire un ouvrage, on peut convenir qu'il fournira seulement son travail ou son industrie, ou bien qu'il fournira aussi la matière » et qui justifie que le droit privé regroupe sous la qualification de « louage d'ouvrage et de service » les contrats d'entreprise (que l'on peut assimiler aux marchés publics de travaux, cf. F. LLORENS *Contrats d'entreprise et marchés de travaux publics*, LGDJ 1981.),

travaux et un marché de fourniture et service c'est la finalité du contrat : dans les marchés de travaux, la finalité est le bien immobilier lui-même, bien que l'on veuille créer, modifier ou détruire. Dans les deux autres types de marchés, l'immeuble n'est que le lieu d'exécution du contrat qui a une autre finalité²⁶¹. Ainsi, lorsque l'attractivité de la notion de travaux publics — qui consiste à dire qu'un contrat dont l'une des finalités est un travail immobilier est un contrat de travaux publics — ne joue plus, on cherche la véritable finalité du contrat. Lorsque celle-ci est immobilière, il s'agit bien d'un marché de travaux, mais lorsque ce n'est pas le cas, la part des travaux ne prime plus et l'on est en présence d'un marché de services ou de fournitures.

On assiste donc effectivement à une diminution du nombre des marchés de travaux par l'abandon du critère des travaux publics, mais cette diminution n'affecte pas le nombre des marchés publics, lesquels continuent de voir leur champ d'application augmenter du fait des autres critères. C'est cette tendance que va confirmer et étendre la définition européenne des travaux.

§ 2e : Les travaux selon le droit communautaire

133. La première norme de droit communautaire dérivé qui concerne les marchés de travaux est une directive en date du 26 juillet 1971²⁶², elle a donc été prise peu de temps après le Code des marchés publics. Cette directive, que l'on n'a pas hésité à qualifier de « *timide* »²⁶³ et dont on a noté « *l'échec* »²⁶⁴, ne définissait pas les marchés et les travaux de façon satisfaisante. La directive 89/440 du 18 juillet 1989²⁶⁵, codifiée par la directive 93/37 du 14 juin 1993²⁶⁶ et aujourd'hui recodifiée dans la directive de

le louage de service (le contrat de travail) et le contrat de transport (qui est une forme particulière de marché de service en droit public).

²⁶¹ Dans le cas de l'étang c'est la construction, dont l'objet principal est un immeuble, qui fait de ce contrat un marché de travaux, alors que dans un marché de service, l'immeuble n'est que le lieu d'exécution du service qui a une autre finalité (par exemple le ménage d'une pièce de l'immeuble).

²⁶² Directive 71/305/CEE du Conseil du 26 juillet 1971 *portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux*, J.O.C.E. n° L. 185 du 16 août 1971, p. 5.

²⁶³ Ch. BRÉCHON-MOULÈNES, *Jurisclasseur Europe*, fasc. 1052 n° 5

²⁶⁴ Ch. BRÉCHON-MOULÈNES, « L'échec des directives Travaux et Fournitures de 1971 et 1976 » *RFDA* 1988 p. 753

²⁶⁵ Directive 89/440/CEE du Conseil du 18 juillet 1989 modifiant la directive 71/305/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux JOCE L 210/1 du 21 juillet 1989. Pour une analyse de cette directive à son entrée en vigueur cf. Ch. BRÉCHON-MOULÈNES « La nouvelle directive communautaire sur la passation des marchés publics de travaux » *RFDA* 1989 p. 834 et s.

²⁶⁶ Directive 93/37/CEE du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, JOCE L 199 du 9 août 1993. Ces directives communautaires sont actuellement transposées en droit français depuis la loi 97-50 du 22 janvier 1997 et des décrets du 27 février 1998 Cf. sur ce point Ch. MAUGÜÉ et Ph. TERNEYRE « Achèvement (ou presque) de la transposition des directives Marchés publics » *RFDA* 1998 p. 593

coordination de 2004 applicable à l'ensemble des marchés publics²⁶⁷, a marqué la véritable naissance des marchés publics européens en définissant précisément les marchés publics de travaux dès son article 1^{er}.

134. Or cette définition communautaire ne coïncidait pas textuellement avec la définition interne de l'article 1^{er} du code, ce qui conduisit les rédacteurs de la transposition – notamment de l'article 378 du CMP, premier article du livre V du Code de 1964 qui transposait les directives européennes — à donner une deuxième définition des travaux, valable pour l'ensemble des marchés au-dessus des seuils communautaires²⁶⁸.

Dans les codes de 2001 et 2004, les deux définitions (interne et communautaire) n'en font plus qu'une, les éléments de la définition communautaire ayant été ajoutés à ceux de l'ancienne définition interne²⁶⁹.

135. Cette dernière définition des travaux, qu'il convient d'éclairer par les textes des directives elles-mêmes, est, à tort, considérée comme plus complète et plus large que la définition interne de 1964, tant dans sa description des travaux (A) que dans l'assimilation des contrats composites à des marchés de travaux (B).

A) Des travaux définis de façon plus précise ?

136. C'est dans les directives communautaires que l'on trouve la définition matérielle de « travaux de bâtiment ou de génie civil »²⁷⁰. Cet élément, hier à l'article 378, aujourd'hui à l'article 1^{er} du Code des marchés publics semble plus précis que les simples « travaux » de l'article 1^{er} du Code de 1964 (1). Il apparaît pourtant utile de déterminer s'il

²⁶⁷ Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, JOUE L134 du 30 avril 2004

²⁶⁸ Il s'agissait particulièrement à son troisième paragraphe « Sont des marchés de travaux, au sens du premier alinéa ci-dessus, les contrats ayant pour objet de réaliser, de concevoir et réaliser ou de faire réaliser, par quelque moyen que ce soit, tous travaux ou ouvrages de bâtiment ou de génie civil. » Notons que cette définition est aussi celle des contrats de droit privés qui sont touchés par les directives communautaires sans pour autant être soumis au Code des marchés publics, contrats que le droit français a défini à l'article 9 de la loi du 9 janvier 1991 dans les mêmes termes.

²⁶⁹ Ce sont les articles 1^{er} II 1^e alinéa qui disposent de manière identique dans les Codes de 2001 et 2004 : « Les marchés publics de travaux ont pour objet la réalisation de tous travaux de bâtiment ou de génie civil à la demande d'une personne publique exerçant la maîtrise d'ouvrage. »

²⁷⁰ La directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, JOUE L134 du 30 avril 2004 définit les marchés de travaux à son article 1^{er}, point 2, b) : « b) Les "marchés publics de travaux" sont des marchés publics ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux relatifs à une des activités mentionnées à l'annexe I ou d'un ouvrage, soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur. Un "ouvrage" est le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique. » La directive 93/37 du 14 juin 1993 art. 1 4) b) précisait « on entend par [...] marché [...] de travaux [...] soit l'exécution, soit conjointement l'exécution et la conception, soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, de travaux de bâtiment ou de génie civil visés à l'annexe II. Ces marchés peuvent comporter, en outre, les fournitures et les services nécessaires à leur exécution. ». art. 1 c) « On entend par « ouvrage », le résultat d'un ensemble de travaux de bâtiment ou de génie civil destiné à remplir par lui-même une fonction économique ou technique ».

s'agit d'une véritable précision juridiquement opérante ou si la notion n'est pas, en réalité, restée parfaitement identique (2).

1) Une apparente précision

137. L'apparent réalisme de cette définition d'origine communautaire vient surtout de la distinction entre travaux de *bâtiment* et de *génie civil*, distinction issue de la nomenclature des activités économique européennes (NACE)²⁷¹, nonobstant le fait que cette distinction n'est plus centrale dans la nomenclature présente à l'annexe I de la directive de 2004²⁷². Sans en faire une liste exhaustive, on peut ainsi préciser et clarifier la notion en distinguant les deux différents types de travaux à partir de l'annexe II de la directive 93/37. On trouve en premier lieu les travaux de bâtiments. La nomenclature précise que ce sont les hôtels de ville, les ministères, les crèches, les bibliothèques, les écoles, lycées, collèges et facultés...²⁷³ La NACE distingue les activités qui conduisent au résultat final, depuis le gros œuvre jusqu'au ravalement en passant par la couverture et l'étanchéité. On trouve en second et dernier lieu les travaux de génie civil²⁷⁴ qui réunissent les routes, les stations d'épuration, les usines de retraitement des déchets, les ponts, les digues... La NACE distingue ici le terrassement à l'air libre et différents gros ouvrages terrestres, fluviaux, maritimes ou de voirie. Enfin, comme s'il s'agissait de dénominateurs communs à ces deux grands types de travaux, la nomenclature européenne ajoute les

²⁷¹ La NACE ou *nomenclature générale des activités économiques dans les communautés européennes*, donnée en annexe 2 des directives 89/440/CEE et 97/37/CEE donne dans sa classe 50 une liste des activités de *Bâtiment et génie civil* à laquelle se réfèrent par ailleurs les deux directives dans leurs articles 1 bis et 2 respectivement. Cette NACE est issue du règlement CEE 3037/90 du 9 octobre 1990 (JOCE 293 du 24 octobre 1990) modifié par le règlement CE 761/93 (JOCE L 83 du 3 avril 1993).

²⁷² La situation telle qu'elle résulte de la directive de coordination n° 2004/18 du 31 mars 2004 fait appel, pour les travaux, à deux nomenclatures : d'une part, le CPV (*Common procurement vocabulary*) ou *vocabulaire commun pour les marchés publics*, dont l'article 1^{er}, point 14, de la directive 2004/18 nous dit qu'elle : « désigne la nomenclature de référence applicable aux marchés publics adoptée par le règlement (CE) n° 2195/2002, tout en assurant la correspondance avec les autres nomenclatures existantes ». C'est sur le fondement de sa « classe 45 : construction » que l'on doit apprécier les différents types de travaux, typologie des biens reprise à l'annexe I de la directive. D'autre part la NACE mais par référence à la classe 50 comme c'était le cas dans la directive 93/37, bien que celle-ci n'apparaisse pas officiellement dans l'annexe I de la directive 2004/18. Pour les difficultés posées par cette nouvelle nomenclature, cf. p. suivante. Notons qu'en cas de contradiction entre les deux nomenclatures, c'est la NACE qui prime sur la CPV.

²⁷³ En droit interne, la circulaire du 3 mai 1988 (*Moniteur des travaux publics, supplément textes officiels* 24 juin 1988 p. 9) donne une liste indicative des travaux de bâtiments. Par ailleurs, une définition générale des bâtiments fondée à la fois sur la possibilité pour un homme de se mouvoir dans ce type d'ouvrages et la protection même partielle qu'elle lui procure contre les éléments extérieurs, tentée par un arrêté ministériel du 17 novembre 1978 (ancien article A241-2 c. Assurances) reste une référence doctrinale même s'il a été annulée par un arrêt du Conseil d'État du 30 novembre 1979 *Fédération nationale des travaux publics et association des jeunes architectes*, rec. p. 436.

²⁷⁴ Pour beaucoup d'auteurs cette notion est synonymes de « travaux d'infrastructure » (par exemple Mireille BERBARI *CCAG des marchés publics et autres documents contractuels types*. Ed. du Moniteur fascicule I.1.0), ce qui est d'autant plus recevable que les différents textes utilisant ces termes ne les définissent que par des listes non exhaustives se recoupant. Il en est ainsi de la circulaire du 5 avril 1979 ou du décret du 14 mai 1986.

travaux d'installation²⁷⁵ et d'aménagement ou de parachèvement²⁷⁶. La classification de l'annexe I de la directive 2004/18 fait montre de moins de soin quant à la préservation de la distinction entre bâtiment et génie civil, ces deux catégories étant regroupées au sein de la « construction » et séparées d'autres « travaux » comme la préparation des sites²⁷⁷, les travaux d'installation²⁷⁸, travaux de finition²⁷⁹ et location avec opérateur de matériel de construction (sic)²⁸⁰.

2) Des définitions pourtant équivalentes

138. L'ensemble des précisions apportées par le texte laisse penser que le droit communautaire fait preuve d'une plus grande précision que le droit interne, ce qui, partant, semble nous ouvrir tout un champ d'analyse des différences entre la notion de travaux au sens actuel et au sens passé de l'article 1^{er} du Code des marchés publics. En réalité, plusieurs analyses nous conduisent à considérer qu'il s'agit de deux définitions parfaitement équivalentes.

Ainsi, si l'on regarde la masse des cas de la nomenclature et que l'on confronte le résultat avec la notion de travaux de l'article 1^{er} du Code dont on a vu qu'elle était largement entendue, on constate que dans les différents textes, on a voulu soumettre tous les types de travaux possibles à des procédures de publicité et de mise en concurrence²⁸¹.

²⁷⁵ Il s'agit de tous les réseaux domestiques : canalisations, chauffages, ventilation et de leurs isolations.

²⁷⁶ Sont visés les plâtres, menuiseries, peinture, vitrerie et revêtements de sols et murs.

²⁷⁷ Classification 45 pour la « construction », 45.1 pour la « préparation des sites » et 45.2 pour la « construction d'ouvrages de bâtiment ou de génie civil », qui comprend elle-même une catégorie « travaux de construction » et une autre « autres travaux de construction ». On reste dubitatif devant une telle typologie, sa logique interne comme sa rigueur ne transparaissant à aucun moment.

²⁷⁸ Classification 45.3

²⁷⁹ Classification 45.4

²⁸⁰ Classification 45.5 Cette dernière catégorie ne laisse pas d'étonner. On pourrait en effet l'analyser comme un retour du caractère attractif des « travaux » dans la mesure où la location d'un matériel est matériellement un marché de fourniture, et que la présence d'un opérateur introduit simplement une part de service. L'utilisation de type de contrat dans le cadre d'une opération de construction ne fait normalement pas de ce contrat un contrat de construction, cela reste un marché à deux objets dont il faut simplement déterminer lequel est l'accessoire de l'autre. Manifestement, les deux directives de 2004 (l'annexe 1 de la directive 2004/18 correspond en effet parfaitement à l'annexe 12 la directive 2004/17) introduisent ici une forte attractivité des travaux que l'on n'avait pas vu jusqu'alors en droit communautaire.

²⁸¹ Une des marques de cette concordance entre les deux notions est l'utilisation des termes de bâtiment et de génie civil dans certaines réglementations internes non dépendantes du droit communautaire, la loi MOP du 12 juillet 1985 d'abord, mais aussi la « *Commission spécialisée des marchés de bâtiment et de génie civil* » qui unifie (décret n° 89-772 du 20 octobre 1989) les deux commissions qui existaient depuis le décret n° 72-198 du 13 mars 1972. Sur ce point et les fonctions de ces commissions cf. les anciens articles 206 à 221 du Code des marchés publics (Le Code de 2001 reprenait ces commissions dans son article 119 qui renvoyait à un décret ultérieur leurs nombre et composition. Le Code de 2004 les déplacent du chapitre sur le contrôle des marchés à celui des organismes consultatifs, art. 133) et Francis-J. FABRE « Les lettres du président de la commission des marchés de bâtiment aux ministres (contribution à une étude des commissions et des communications administratives) » *La Rev. Adm.* 1993 pp. 315-321 ; « Dix ans à la présidence de la commission des marchés du bâtiment » *La Rev. Adm.* 1994 pp. 126-133 et 232-243.

On a déjà vu à quel point la notion de « travaux publics » était large, caractère qui se retrouve aussi dans la notion de « travaux ». De la même manière, la nomenclature européenne contient en elle-même des preuves de son caractère extensif : d'une part elle procède par liste non exhaustive²⁸², d'autre part la multiplication des catégories et sous-catégories montre à quel point il est difficile de vouloir classer tous les immeubles que l'on veut comprendre dans celle des « travaux », enfin et surtout, cette distinction n'emporte aucune différence de régime juridique, ni dans le Code des marchés publics, ni dans les différentes directives.

139. En réalité, en droit interne comme en droit communautaire, la notion de travaux regroupe tous les biens immobiliers corporels. On peut d'ailleurs remarquer que la distinction, traditionnelle en droit interne, entre les travaux et les ouvrages n'est plus centrale en droit européen, les ouvrages étant seulement appréhendés comme le résultat des travaux²⁸³. Ceci tend encore à prouver que la notion est très large en ce qu'elle apparaît fondée sur la seule présence d'un élément immobilier.

Pour simplifier, il est possible de dire que l'apparente précision des nomenclatures européennes s'écarte devant leur qualité de nomenclatures créées pour être le plus large possible, de même que le caractère apparemment flou de la notion de travaux s'écarte devant son interprétation qui en fait une notion extensive. Les deux se retrouvent donc autour de la notion de travail immobilier.

140. Pourtant, toute inutile qu'elle puisse être vis-à-vis de l'état du droit, la précision d'origine communautaire a au moins un avantage : l'effort d'unification. En effet, au-delà de la notion interne de travaux, l'utilisation des termes de la directive 93/37 nous permet d'assimiler les travaux des marchés publics (au sens strict du Code des marchés publics) avec ceux de la loi du 3 janvier 1991²⁸⁴ qui, parce qu'elle est aussi issue des directives, utilise également les termes de bâtiment et de génie civil. Il en est de même pour tous les textes précités – la loi MOP notamment – qui utilisent ces deux sous-catégories de travaux. C'est ainsi que la recherche d'une notion de travaux commune à l'ensemble des contrats de la commande publique devrait utiliser la précision de travaux de bâtiment ou de génie civil malgré son inutilité pour le fond du droit.

²⁸² On peut remarquer d'ailleurs des similitudes sur ce point avec les premières réglementations sur les marchés publics aux XVIII^e et XIX^e siècle.

²⁸³ Cette assimilation par le droit communautaire est d'autant plus étonnante pour le juriste français que les « ouvrages publics » et les « travaux publics » ne sont pour leur part pas du tout synonymes en droit interne et que leur distinction conserve une importance. Cf. pour des analyses classiques R. CAPITANT « La double notion de travail public » RDP 1929 p. 507 et s. ; G. LIET-VEAUX « Travail public et ouvrage public », note sous TC 22 février 1960 *Sieur Borel c/ M.R.L.* La Rev. Adm. 1960 p. 133

²⁸⁴ La loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 *relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence*, J.O. 5 janv. 1991, utilise en effet pour la définition de son champ d'application les termes de « travaux ou ouvrages de bâtiment ou de génie civil », c'est-à-dire exactement les termes de l'ancien article 378 du Code des marchés publics, ce qui est on ne peut plus logique dans la mesure où ces deux textes transposent la même directive.

B) Des marchés de travaux européens définis plus largement ?

141. On a dit l'importance de la part des marchés publics de travaux par rapport aux marchés de fournitures ou de service ; importance justifiée principalement par l'utilisation du caractère attractif des travaux publics lorsque le marché a un caractère « composite », c'est-à-dire qu'il a plusieurs objets. Depuis que ce critère a été abandonné²⁸⁵, le droit des marchés publics se fonde sur la finalité du marché pour savoir à laquelle de ces trois catégories il appartient.

Le droit européen semble aller plus loin sur ce point avec une définition très large du marché qui semble assimiler au marché public de travaux des contrats qui n'en sont pas en vertu de l'article 1^{er} du code. Cette apparente extension de la notion par les directives européennes ne prend pourtant pas toute sa dimension dans le cadre de leur transposition, et cela pas davantage lorsque les marchés associent travaux et services que lorsqu'ils lient travaux et fournitures.

1) Les marchés associant travaux et services

142. La définition communautaire des marchés publics de travaux issue de la directive 93/37 et reprise dans les directives de coordination de 2004, peut laisser penser qu'elle effectue une extension des cas de marchés de travaux. Elle précise en effet que l'objet de ce type de contrats est « soit l'exécution, soit conjointement l'exécution et la conception des travaux [...] », permettant ainsi que les contrats contenant une part de services – la conception du projet – puissent être des marchés publics de travaux.

C'est cette définition fidèle qui avait été insérée dans l'ancien Code des marchés publics à l'article 378 lors de la création du Titre V transposant les directives européennes. On avait alors une parfaite adéquation entre le droit transposé et le droit européen, même si l'on pouvait se demander si cette définition modifiait ou non la définition en deçà des seuils communautaires.

Les codes de 2001 et 2004 reviennent sur ce point. Ils regroupent en effet les définitions internes et communautaires dans le même article 1^{er}, mais ils évitent de reprendre cette « précision » de la directive et ne les définissent que comme « la réalisation de tous travaux de bâtiment ou de génie civil ». Qu'en est-il de la conception ? S'agit-il ici d'une erreur qui remettrait en cause la définition communautaire ?

Non, il nous semble plus exact de dire que la définition communautaire ne constitue pas en elle-même une extension réelle, mais qu'elle ne fait que préciser des pratiques parfaitement acceptées antérieurement par le droit français.

²⁸⁵ En théorie peu avant le Code de 1964 (*cf. supra*), en pratique des années plus tard.

143. Classiquement, la conception de l'ouvrage appartient au maître d'œuvre – l'architecte pour simplifier – et non à l'entreprise qui va effectuer les travaux²⁸⁶, le contrat qui lie les deux rôles est donc tout à fait particulier, il constitue une catégorie à part : les marchés de conception-réalisation²⁸⁷. Cette catégorie existait déjà dans le Code de 1964 aux articles 98 et 99, on la classait alors dans les « *appels d'offres avec concours* », puis elle a été reprise dans les directives communautaires²⁸⁸, dans la loi MOP²⁸⁹ et aux articles 11, 26, 37 et 70 du Code de 2004²⁹⁰. La continuité et la spécificité de ce montage contractuel sont dues à plusieurs facteurs.

D'une part, le droit européen a été contraint de le prendre en compte, non pas seulement comme phénomène national français mais comme phénomène européen : tous les pays membres ont en effet ce type de procédure : le Royaume-Uni avec ses contrats *Design and Build*, dont l'essor depuis un certain nombre d'années est dû à la politique de PFI²⁹¹ des travaillistes ; l'Irlande a beaucoup utilisé ce type de contrats à partir de l'année 2000 pour ses grands équipements, de même que l'Italie qui lui a donné le nom d'*appalto integrato*²⁹².

D'autre part, ce contrat a toujours été empreint d'un régime bien particulier de concours avec jury dont la principale caractéristique est d'être limité à des situations très précises et restreintes²⁹³.

144. La prise en compte de cette catégorie contractuelle par le droit communautaire nous montre donc bien qu'il n'y a pas de contradiction entre l'article 1^{er} du Code des marchés publics et le droit communautaire : les marchés ayant à la fois pour

²⁸⁶ C'est ce que dispose l'article 7 alinéa 2 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 *Loi relative à la maîtrise d'ouvrage publique et ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée* dite loi MOP, J.O. 13 juillet 1985

²⁸⁷ La référence à la distinction entre maître d'œuvre et maître de l'ouvrage nous semble adaptée dans la mesure où l'article 1^{er} II, premier alinéa du Code des marchés publics de 2004 – comme c'était le cas en 2001 – ainsi que la directive de la même année précisent que les marchés publics de travaux sont ceux qui ont pour objet la réalisation de travaux à la demande d'une personne publique « exerçant la maîtrise d'ouvrage » (pour le Code des marchés publics) ou « répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur » (pour la directive communautaire).

²⁸⁸ Le terme de conception-réalisation actuellement utilisé dans le cadre du Code des marchés publics se retrouvait sous la forme de contrat de conception-construction dans la directive 71-305 *portant coordination des procédures de passation des marchés de travaux* du 26 juillet 1971, article 6 § 3.

²⁸⁹ On le retrouve à l'article 18-I de la loi MOP du 12 juillet 1985 et dans le décret n° 93-1270 du 29 novembre 1993 (J.O. 3 décembre 1993 p. 232) qui modifie les anciens articles 98 à 102 du Code des marchés publics, eux mêmes déjà modifiés par le décret n° 92-1310 du 15 décembre 1992.

²⁹⁰ Ces contrats étaient précisés aux articles 37 et 70 du Code de 2001

²⁹¹ *Private finance initiative*. Sur cette catégorie de contrats anglo-saxons cf. S. BRACONNIER, « Les contrats de Private finance initiative », *BJCP*, 2002, n° 22 p. 174 ; Ph. COSSALTER et B. du MARAIS, « La private finance initiative » Institut de la gestion déléguée, 2001 ; J.-M. LONCLE, « La PFI anglaise » *Revue du droit des affaires internationales*, 1999, p. 665

²⁹² Littéralement « adjudication intégrée ». Cf. M. GRECO, « L'appalto integrato – presupposti, affidamento, esecuzione. Aggiornamento al nuovo bando-tipo dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici », 94 pp. Pour ces utilisations, voir l'article de X. BEZANCON « faut-il maintenir la procédure de conception-construction ? » *MBTB* 11 mai 2001, p. 74.

²⁹³ L'art. 37 du Code des marchés publics dispose « qu'il ne peut être recouru à cette technique que si des motifs d'ordre techniques rendent nécessaires l'association de l'entrepreneur aux études de l'ouvrage [suit le détail]. » Voir à ce sujet l'article de R. ROUQUETTE « Application de la loi MOP : Les contrats de conception-réalisation dans un carcan » *MTP* 22 avril 1994 p. 52

objet la réalisation et la conception d'un bien immobilier peuvent très bien être des marchés de travaux, ils appartiennent surtout à une autre catégorie (la conception-réalisation) qui les soumet à un régime juridique particulier.

En droit d'origine interne, ce contrat est essentiellement un contrat de construction et le droit français a toujours accepté implicitement qu'un contrat dont l'objet principal est un travail immobilier soit un marché de travaux quand bien même il comprendrait en plus des parties accessoires de service. Tel était le cas lorsque les travaux devaient être des travaux publics, tel est encore le cas aujourd'hui à la suite du II, 4^e alinéa de l'article 1^{er} des Codes des marchés publics de 2001 et 2004 qui dispose « *Un marché relevant d'une des trois catégories mentionnées ci-dessus peut comporter, à titre accessoire, des éléments d'une autre catégorie* » ; ce qui laisserait à penser que les contrats de conception-réalisation sont aussi une sous-catégorie de marchés de travaux en droit français.

Le fait que les définitions interne et communautaire aient des sens similaires a d'ailleurs été reconnu par le Conseil d'État comme conforme aux objectifs de la directive puisqu'il a estimé que « *ladite directive n'imposait pas la généralisation des contrats de conception-réalisation pour tous les types d'ouvrages* »²⁹⁴, ce qui sous-entendait que l'on pouvait effectivement limiter aux rares cas dans lesquels la procédure de conception-réalisation était permise la possibilité de contrats de « conception et réalisation » de travaux ouverts par la directive. Cette position est d'ailleurs dans la lignée de l'exposé des motifs des directives à propos des services qui souligne que, lorsqu'un marché a pour objet la gestion d'un bien immobilier, c'est-à-dire un contrat associant travaux et services, les travaux que cette gestion induisent ne font pas du contrat un marché de travaux lorsque « ces travaux sont accessoires et ne forment pas l'objet du contrat »²⁹⁵.

La notion de travaux n'est donc pas plus étendue en droit communautaire qu'en droit français par la prise en compte de la « conception » du projet dans la définition des travaux.

²⁹⁴ CE 17 mars 1997, *Syndicat national du béton armé, des techniques industrialisées et de l'entreprise générale*, 16^e considérant, inédit au recueil lebon, req. 155573, 155574 et 155575. Pour une analyse de cet arrêt, cf. *Droit des marchés publics* ed. *Le Moniteur*, fasc. III.233.3/4 par C. BRÉCHON-MOULÈNES.

²⁹⁵ Directive 92/50/CEE du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, JOCE du 24 juillet 1992 et Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, JOUE L134 du 30 avril 2004, qui précise au 10^e point des considérants que « *Un contrat ne peut être considéré comme un marché public de travaux que si son objet vise spécifiquement à réaliser des activités visées à l'annexe I, même si le contrat peut comprendre d'autres services nécessaires à la réalisation de ces activités* » et à l'article 1^{er}, II, d) 3^e alinéa : « *Un marché public ayant pour objet des services visés à l'annexe II et ne comportant des activités visées à l'annexe I qu'à titre accessoire par rapport à l'objet principal du marché est considéré comme un marché public de services.* » C'est cette directive qui justifie que ne soit pas qualifié de marché de travaux un contrat « *si l'exécution des travaux présente seulement un caractère accessoire par rapport à la cession de biens* » selon l'arrêt CJCE 19 avril 1994 *Gestión Hotelera Internacional SA*, Aff. C-331/92 in RDI 1994, p. 441 note F. LLORENS et Ph. TERNEYRE. Cf. sur ce point Ph. TERNEYRE « *La qualification des montages contractuels complexes et le droit communautaire* » LPA 2 février 2000 n° 23 p. 40

2) Les marchés associant travaux et fournitures

145. Les marchés de travaux sont presque toujours associés à la fourniture de matériaux, ils sont donc, pour ainsi dire, toujours des marchés ayant plusieurs objets. Lorsque le caractère attractif des travaux publics avait encore une influence sur la qualification des contrats, c'est lui qui justifiait que l'on qualifiât ces marchés des marchés de travaux. Aujourd'hui, l'application de l'article 1^{er}, II du Code des marchés publics confirme l'état du droit posé par la jurisprudence sous l'empire du Code de 1964, à savoir que la finalité, l'objet principal du contrat, donne son caractère à tout le marché.

Or cet article 1^{er} est issu des directives communautaires. La directive « secteurs spéciaux » dispose en effet que les marchés de travaux ne perdent pas leur qualification lorsqu'ils comportent « les fournitures et les services nécessaires à leur exécution »²⁹⁶, règle dont on retrouve le pendant dans la directive « fourniture » qui précise que les livraisons peuvent comporter « à titre accessoire, des travaux de pose et d'installation »²⁹⁷. Indirectement, on retrouve cette idée à l'article 17 point 4 de la directive de 2004/17 sur les « secteurs spéciaux »²⁹⁸ et à l'article 9 point 4 de la directive « secteurs classiques »²⁹⁹ relatifs au calcul des seuils, qui disposent que « Pour les marchés publics de travaux, le calcul de la valeur estimée prend en compte le montant des travaux ainsi que la valeur totale estimée des fournitures nécessaires à l'exécution des travaux et mises à la disposition de l'entrepreneur par les pouvoirs adjudicateurs. »

Pas plus que pour les marchés associant travaux et services la définition communautaire n'a étendu la qualification de marché de travaux aux contrats associant travaux et fournitures.

146. *Conclusion du paragraphe* : L'abandon du critère des travaux publics a eu comme conséquence principale de retrouver une notion de travaux qui soit épurée des

²⁹⁶ Directive 93/38/CEE du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, JOCE du 9 août 1993, article 1-4)-b). Il est intéressant de noter que cette phrase est un ajout à un article qui reprend pour le reste la définition des marchés de travaux de la directive 93/37 art. 1, ce qui tend à prouver que le droit communautaire a précisé dans ce texte sa notion de travaux puisque l'on ne voit aucune raison d'avoir une définition différente des travaux selon que l'on est dans les secteurs spéciaux ou non. La directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux retire cette spécificité (la référence à la valeur respective des biens) dans son texte, pourtant, elle conserve celle-ci au point 16 de ses considérants : « Toutefois ces travaux, pour autant qu'ils sont accessoires et ne constituent, donc, qu'une conséquence éventuelle ou un complément à l'objet principal du contrat, ne peuvent justifier la qualification du contrat comme marché de travaux. Aux fins du calcul de la valeur estimée d'un marché de travaux, il est opportun de se fonder sur la valeur des travaux eux-mêmes ainsi que, le cas échéant, sur la valeur estimée des fournitures et des services, que les entités adjudicatrices mettent à la disposition des entrepreneurs, pour autant que ces services ou ces fournitures soient nécessaires à l'exécution des travaux en question. ».

²⁹⁷ Directive 93/36/CEE du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fourniture, JOCE du 9 août 1993, article 1-a)-2^e alinéa.

²⁹⁸ Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, article 17 point 4 : « Aux fins de l'application de l'article 16, les entités adjudicatrices incluent dans la valeur estimée des marchés de travaux la valeur des travaux ainsi que de toutes les fournitures ou de tous les services nécessaires à l'exécution des travaux et qu'elles mettent à la disposition de l'entrepreneur. »

²⁹⁹ Cet article est la reprise presque à l'identique de l'article 6-5 de la Directive 93/37 précitée.

critères qui la qualifiaient de « publique » et, par conséquent, séparée du caractère attractif qui lui donnait une place inutilement prépondérante. Malgré des définitions souvent formellement différentes, le droit interne d'abord, le droit communautaire ensuite ont tous deux participé à cette évolution. Premièrement ils ont posé des définitions des travaux dont on remarque l'universalité : dès lors qu'un travail porte sur un immeuble le contrat peut être un marché de travaux. Encore faut-il que la part de ces travaux soit importante et, ce qui constitue le deuxièmement, que l'on oublie le caractère attractif pour faire la balance de ce qui est de la fourniture ou du service face à ce qui est du travail. Pour cela, la finalité première du contrat, c'est-à-dire la part de tel ou tel objet du contrat dans l'ensemble de ses objets, constitue désormais un juste remplaçant au caractère attractif.

Pourtant, on ne saurait parler d'une diminution des marchés publics à la suite de cette limitation du nombre de « marchés de travaux publics » ; seulement, le poids économique des biens immobiliers n'est plus le même aujourd'hui qu'hier et la perte d'importance des marchés de travaux n'est qu'un rééquilibrage qui correspond au développement parallèle des marchés de fourniture et de service.

Absente du Code des marchés, la notion de travaux publics va-t-elle donc disparaître de notre droit ou a-t-elle encore, dans notre matière ou dans d'autres, des fonctions qui seraient la source des confusions entre marchés publics de travaux et marchés de travaux publics ?

Sous-section 2^e : Le critère des "travaux" lui-même étendu

147. Une partie de la doctrine a assimilé et assimile encore les travaux des marchés publics aux travaux publics. On peut certainement justifier cette confusion par des raisons historiques : la première est que l'administration elle-même n'a pas perçu le changement et ne l'a pas souligné dans l'instruction d'application du Code des marchés publics de 1964³⁰⁰, la seconde est que la notion de travaux publics survit au Code dans nombre de ses conséquences et que le droit des marchés ne peut complètement se passer en France de la notion de travaux publics.

148. Si la confusion a perduré c'est donc à la fois pour les points communs que l'on peut trouver entre les deux notions, au-delà de leurs différences (§1^{er}) et pour le régime qui reste attaché aux travaux publics (§2^e)

§ 1^{er} : Les liens entre travaux publics et travaux

149. Les liens entre les *travaux publics* et les *travaux* au sens du droit des marchés publics doivent faire l'objet d'une double analyse. Il existe en effet, formellement au moins, deux notions de « travaux » : celle que l'on retrouve dans le Code des marchés

³⁰⁰ Commission centrale des marchés, *Instruction d'application du Code des marchés publics* J.O. brochure n° 200

publics (A) et celle issue des directives communautaires dont le champ d'application est plus large (B).

A) L'impossibilité d'assimiler les travaux publics et les travaux du Code des marchés publics

150. Au sens du Code des marchés publics, les travaux recouvrent tous les travaux immobiliers, même si, comme on l'a vu, le texte du Code précise que ce ne sont que les travaux de bâtiment et de génie civil qui sont visés³⁰¹. Cette présence d'un travail immobilier est aussi l'un des éléments de définition des travaux publics, ce qui pourrait laisser penser à une assimilation des deux notions.

151. Pourtant, les travaux publics ont une définition plus restrictive du fait des autres critères – la présence d'une personne publique comme bénéficiaire ou initiateur des travaux et celle d'un intérêt général ou d'un service public selon les cas.

Pour ce qui est de la présence d'une personne publique, et sans rentrer dans les détails d'un critère qui constituera une partie des développements ultérieurs³⁰², on peut d'ores et déjà noter que les EPIC de l'État, exclus du champ d'application du code³⁰³, sont en revanche inclus dans les personnes publiques susceptibles d'effectuer des travaux publics. Cette situation, due à l'indifférence de la notion de travaux publics par rapport au caractère industriel et commercial ou administratif de l'activité, fait de la notion de travaux publics *rationae personae* une notion plus large que celle de travaux. Ainsi, les travaux de Réseau ferré de France ne sont pas passés après appel d'offres sur le fondement du code³⁰⁴ mais constituent en général des travaux publics.

Pour ce qui est du critère d'une activité d'intérêt général ou de service public, c'est à l'inverse la notion de « travaux » du Code des marchés publics qui apparaît plus large que la notion de « travaux publics ». Si l'on s'en tient aux marchés publics, la simple activité de « travaux » par une personne publique soumise au Code oblige cette personne à passer un marché³⁰⁵. En revanche, tous les travaux des personnes publiques ne sont pas qualifiés de travaux publics et ne sont de ce fait pas soumis à leur régime. Par conséquent,

³⁰¹ Art. 1^{er}, II, 1^{er} alinéa du Code des marchés publics.

³⁰² Cf. 1^{ère} partie, Titre 2^e

³⁰³ Cette précision est à l'article 2 du Code des marchés publics de 2001 et était à l'article 39 de celui de 1964

³⁰⁴ Aéroports de Paris n'est pas soumis au Code des marchés publics mais passe en fait ses marchés dans les conditions de mise en concurrence que lui impose l'article R. 253-4 du Code de l'aviation en dessous des seuils communautaires et dans les conditions imposées par le droit communautaire au dessus des seuils de passation. Cela a été précisé par la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 *portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux*, dont l'article 7 b) soumet à ses dispositions les activités de mise à la disposition « des transporteurs aériens, maritimes ou fluviaux, des aéroports, des ports maritimes ou intérieurs ou d'autres terminaux de transport » ; alors que les compagnies aériennes ne sont pas soumises à cette directive depuis la libéralisation du secteur comme le précise le point 4 de l'introduction de cette directive.

³⁰⁵ Les seuils font que les procédures sont parfois très réduites, mais cette circonstance n'affecte pas la qualification de marché public du contrat comme on a pu le croire un moment, Cf. *infra*.

la différence de champ d'application implique logiquement qu'il existe des « marchés publics de travaux de droit privé ». Il en serait par exemple ainsi de certains marchés de travaux des personnes publiques sur leur domaine privé³⁰⁶.

152. Pourtant, ces contrats, soumis au droit privé et à la compétence du juge judiciaire du fait de la non-application de la loi du 28 pluviôse An VIII ne se rencontrent plus. En effet, l'article 2 de la loi MURCEF du 11 décembre 2001³⁰⁷ a posé le principe de la qualification en contrats administratifs des contrats passés en application du Code des marchés publics. Comme la loi de pluviôse, ce texte est donc attributif de compétence. Comme la loi de pluviôse, il est topique de l'évolution des notions : ce n'est plus l'objet matériel du contrat (le travail) qui est à l'origine de l'attribution de la compétence mais la catégorie contractuelle (le marché public).

Cependant, la rédaction de cet article nous paraît quelque peu étrange, pour ne pas dire contestable. Tout d'abord, pourquoi s'être fondé sur « la passation en application du Code des marchés publics » alors que l'ancien article 1^{er} du Code de 1964 qui utilisait ce type de rédaction avait posé problème à sa publication : on se demandait si l'on pouvait s'affranchir des conditions du Code et si les contrats étaient alors de droit privé. Ici encore, même si la réponse ne fait pas de doute en réalité, à savoir que les marchés qui ne sont pas passés « en application du Code des marchés publics » mais qui auraient dû l'être sont des contrats administratifs, l'accessibilité au droit n'y gagne pas. Ensuite, on peut se demander pourquoi la loi a choisi de qualifier le contrat de contrat administratif, ce qui a effectivement pour conséquence d'attribuer la compétence au juge administratif, plutôt

³⁰⁶ Ces travaux n'étant pas toujours effectués dans un but d'intérêt général, ils ne sauraient être qualifiés de travaux publics selon les critères de l'arrêt CE 10 juin 1921 *Commune de Monségur* rec. p. 573, Cf. *infra*.

Pour la qualification de travaux privés des interventions forestières patrimoniales : TC 25 juin 1973 *Office national des forêts c/ Béraud et entreprise Machiari*, rec. p. 847 ; *Dalloz* 1975 p. 350, note COMTE ; *AJDA* 1974 p. 30, note F. MODERNE ; *CJEG* 1973 p. 229, note J.V. et CE Sect. 28 novembre 1975 *Office national des forêts c/ Abamonte*, rec. p. 602 ; *AJDA* 1976 p. 148, note JULIEN-LAFERRIÈRE ; *Dalloz* 1976 p. 355, note J.-M. AUBY ; *Rev. Adm.* 1976 p. 36 note F. MODERNE ; *JCP* 1976. II n° 18476, note J.-P. BOIVIN ; *RDP* 1976 p. 1051, note M. WALINE.

Précisons que l'on ne peut se référer aux travaux de l'Office National des Forêts pour la qualification de marchés publics puisque celui-ci, en tant qu'établissement public à caractère industriel et commercial de l'État, ne passe pas de marchés publics au sens du Code.

Cependant, certains de ces travaux sont considérés par la jurisprudence comme étant d'intérêt général, c'est notamment ce que précise implicitement un arrêt CE 17 octobre 1958 *Ville de Tlemcen c/ manufacture de tapis d'Orient* rec. Tables p. 1035 qui qualifie de travaux publics l'entretien des arbres du domaine privé de la commune parce que cet entretien répond à un but d'utilité générale. Notons que cet arrêt a été rendu en matière de responsabilité après la chute de deux de ces arbres.

Remarquons quand même que pour qu'un tel contrat soit réellement « de droit privé » c'est-à-dire soumis aux juridictions judiciaires, il faut en plus qu'il ne contienne aucune clause exorbitante du droit commun, ce qui réduit encore cette possibilité. Cf. TC 17 novembre 1975 *Sieur Leclert*, rec. p. 800, *Dalloz* 1976 p. 340, note J. ROCHE ; *JCP* 1976, II, n° 18539, note D. TRUCHET pour la présence d'une clause de résiliation unilatérale.

³⁰⁷ Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 *portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier* J.O. n° 288 du 12 décembre 2001 p. 19703 « *Les marchés passés en application du code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs. Toutefois, le juge judiciaire demeure compétent pour connaître des litiges qui relevaient de sa compétence et qui ont été portés devant lui avant la date d'entrée en vigueur de la présente loi.* »

que de donner directement la compétence à celui-ci³⁰⁸. En effet, l'évolution de la jurisprudence passée nous a déjà montré qu'il était envisageable de trouver des exceptions à des règles d'attribution de compétence très strictes à la suite de jurisprudences nouvelles – pensons aux conséquences contractuelles des jurisprudences *Montpeurt* et *Bouguen*³⁰⁹ – alors pourquoi pas des contrats administratifs qui iraient devant le juge judiciaire... la clause attributive de compétence perdrait son intérêt.

153. L'utilisation de ces deux critères supplémentaires permet donc de dire que les travaux publics sont définis plus strictement que les travaux des marchés publics. Rappelons pourtant que, paradoxalement, les marchés de travaux publics étaient plus nombreux que les marchés de travaux actuels dans la mesure où, par effet du caractère attractif, la qualité de travail public est reconnue à une activité dès lors qu'elle comporte une part même très réduite de travail public. Dans le cadre des marchés publics, on l'a vu, il faut que les autres activités (la livraison des matériaux par exemple, ou tout autre service) soient accessoires au travail. Ainsi, lorsque c'est le travail qui est accessoire, on est aujourd'hui en présence de marchés publics de fournitures ou services alors que l'on était en présence de « marchés de travaux publics » auparavant.

On constate donc que les deux définitions des travaux et des travaux publics ne se confondent pas, et que les critères d'application des procédures de publicité et mise en concurrence ont vraiment changé avec le code. Cette différence, importante sur le plan théorique, a malgré tout beaucoup moins d'applications que ce qu'elle peut en avoir si l'on compare le droit interne au droit communautaire.

B) L'impossibilité d'assimiler les travaux publics et les travaux des directives communautaires

154. Le lien entre les *travaux* des marchés publics au sens communautaire³¹⁰ – c'est-à-dire au sens des directives elles-mêmes – et les *travaux publics* est encore plus lâche

³⁰⁸ Il semble de surcroît que cette modification soit issue du Conseil d'État et non des rédacteurs de la loi qui avaient prévu dans le projet une règle attributive de compétence et non une qualification contractuelle.

³⁰⁹ CE Ass. 31 juillet 1942 *Monpeurt*, rec. 239 ; *GAJA* 14^e ed. n° 55 ; *Dalloz* 1942 p. 138 concl. SEGALAT, note P.C. ; *JCP* 1942.II.2046, concl. A. SEGALAT, note P. LAROQUE ; *RDP* 1943 p. 57, concl. A. SEGALAT, note R. BONNARD, *Sirey* 1942.3.37, concl. A. SEGALAT & CE Ass. 2 avril 1943 *Bouguen*, rec. p. 86 ; *GAJA* 14^e ed. n° 56 ; *Dalloz* 1944 p. 52, concl. M. LAGRANGE, note J. DONNEDIEU DE VABRES ; *Sirey* 1944.3.1, concl. M. LAGRANGE, note A. MESTRE ; *JCP* 1944.II.2565, note C. CELIER.

³¹⁰ Précisons que cette notion est applicable aussi aux travaux des « concessions de travaux » au sens communautaire, puisque ces dernières ne se distinguent des marchés que par leur mode de rémunération. L'article 1^{er} point 3 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, JOUE L134 du 30 avril 2004 (anciennement article 1^{er}, point d) de la directive 93/37/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux) précise en effet : « la "concession de travaux publics" est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de travaux [les termes de la directive 93/37 étaient : « caractères que ceux visés au point a) »] à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix ; »

que celui qui existe entre les travaux des marchés publics au sens du Code et les travaux publics. Si l'on prend tour à tour les éléments de la définition des travaux publics, on constate que les « travaux immobiliers » sont communs aux deux définitions, mais que l'on ne retrouve dans la définition communautaire ni la nécessité d'une activité d'intérêt général ou de service public (comme c'est aussi le cas pour les marchés au sens du code) ni celle d'une personne publique bénéficiaire ou à l'origine des travaux.

155. Contrairement au Code des marchés publics, les directives communautaires voient leur champ d'application *rationae personae* plus étendu que celui des travaux publics. En effet, le recours des directives aux notions de « pouvoirs adjudicateurs » et « d'entités adjudicatrices »³¹¹ permet de soumettre aux procédures qu'elles prescrivent des personnes qui sont, en droit interne, des personnes privées. Pour toutes celles-ci, la compétence est en principe judiciaire et il n'y a pas « travaux publics » sauf exception³¹².

156. Cette exception est constituée des travaux effectués « pour le compte » d'une personne publique. Cette condition, issue de la jurisprudence *Société entreprise Peyrot*³¹³, est une dérogation aux règles de la compétence administrative. Dans cette espèce, un contrat entre deux personnes privées – une SEM concessionnaire d'autoroute et un entrepreneur – est soumis à la compétence administrative parce qu'il est conclu « pour le compte »³¹⁴ de l'État, personne publique concédante et que « la construction des routes nationales a le caractère de travaux publics et appartient par nature à l'État ». Cet arrêt fut à l'origine de toute une jurisprudence qui a étendu la compétence administrative à un ensemble de contrats passés pour le compte de l'État, principalement en matière de travaux publics³¹⁵ mais pas seulement³¹⁶.

³¹¹ Nous ne détaillerons pas ces points ici non plus afin de ne pas anticiper sur les développements du Titre 2 de cette première partie.

³¹² Ajoutons que l'article 2 de la loi MURCEF ne s'appliquant qu'aux marchés passés en application du Code des marchés publics, les marchés publics communautaires des personnes non visées par le Code ne sauraient être des contrats administratifs par application de ces dispositions législatives.

³¹³ TC 8 juillet 1963 *Société entreprise Peyrot*, rec. p. 787 ; *GAJA*, 14^e ed. n° 85 ; *Dalloz* 1963 p. 534, concl. C. LASRY, note P.-L. JOSSE ; *RDP* 1963 p. 776, concl. C. LASRY ; *Sirey* 1963 p. 273, concl. C. LASRY ; *AJDA* 1963 p. 463, Chr. M. GENTOT et J. FOURRÉ ; *AJDA* 1966 p. 474, Chr. COLIN ; *Gaz. Pal.* 1964.2 p. 58 note BLAVOET ; *JCP* 1963, II n° 13375, note J.-M. AUBY ; *RDP* 1964 p. 767, note FABRE et MORIN.

³¹⁴ Comme le note J.-A. MAZERES « Que reste-t'il de la jurisprudence « société entreprise Peyrot » (la qualification des marchés de travaux des sociétés d'économie mixte d'équipement et d'aménagement publics) ». *Mélanges offerts à Paul COUZINET*, Paris, 1976, pp. 475-549, spé p. 494, cette notion de « pour le compte de » ne saurait s'assimiler à la notion de « pour le compte » de l'arrêt *Commune de Monségur*, le premier visant les modalités d'exécution du contrat, le second ne concernant que l'objet des travaux.

³¹⁵ D'abord étendu aux travaux routiers en général (par exemple le tunnel routier du Mont-Blanc CE 24 avril 1968 *Société concessionnaire française pour la construction et l'exploitation du tunnel routier sous le Mont-Blanc*, rec. p. 256 ; ou le tunnel de Sainte-Marie aux mines TC 12 novembre 1984 *Société d'économie mixte du tunnel de Sainte-Marie-aux-Mines*, rec. p. 666 ; *AJDA* 1985 p. 156, concl. B. GENEVOIS ; *JCP* 1985. II n° 20508, note ABELLA ; *RFDA* 1985 p. 353, note F. LLORENS), d'autres travaux ont été qualifiés de travaux effectués « pour le compte » de l'État, par exemple les marchés passés par des sociétés d'aménagement urbain (CE Sect. 30 mai 1975, *Société d'équipement de la région montpelliéraine*, rec. p. 326, *AJDA* 1975 p. 345, Chr. FRANC et BOYON ; *Dalloz* 1976 p. 3, note F. MODERNE ; *RDP* 1975 p. 1730, pour une ZUP.) ou ceux des cocontractants d'EDF dans certaines conditions (TC 10 mai 1993 *Sté. Wanner Isofi Isolation et Sté. Nersa*, rec. p. 400 ; *CJEG* 1994 p. 86, concl. Ph. MARTIN, note DELPIROU).

Au plan théorique tout autant qu'en pratique, ce point est d'une grande importance. Pour ce qui nous intéresse, elle constitue en effet à un double titre une exception. D'une part, elle est une exception aux définitions des travaux publics, notamment en ce qu'elles exigent, outre l'existence d'une activité de service public ou d'intérêt général, qu'une personne publique soit à l'origine ou le bénéficiaire des travaux. Or dans ces cas, la personne publique n'est pas directement bénéficiaire des travaux, ils sont indirectement effectués pour son compte. D'autre part, cette jurisprudence est aussi une exception à la définition classique des contrats administratifs qui exige, outre la présence de clauses exorbitantes ou la participation du cocontractant au service public, la présence d'une personne publique³¹⁷ ce qui n'est pas le cas en l'espèce puisque les cocontractants sont deux personnes privées.

157. Pour ce qui est de la seconde condition posée par la définition des travaux publics, à savoir la présence d'une activité d'intérêt général ou de service public selon les cas, le raisonnement tenu pour le droit interne est toujours recevable, mais il entraîne des conséquences beaucoup plus nombreuses : hors le cas de l'arrêt *Société entreprise Peyrot*, la plupart des travaux des personnes privées sont des travaux privés. Dans le cadre des normes communautaires, dans lesquelles les « pouvoirs adjudicateurs » ou « entités adjudicatrices » sont souvent des personnes privées, on constate de plus que l'activité n'est ni d'intérêt général ni de service public, d'où il suit que de nombreux travaux des « marchés publics » au sens communautaire ne peuvent pas être qualifiés en droit interne de travaux publics. Ils sont – au sens communautaire de marchés publics – des « marchés publics de travaux de droit privé ». À l'absence de critère organique que nous venons de voir s'ajoute l'absence de critère fonctionnel des travaux publics. Par exemple, les travaux d'un *Groupement d'intérêt économique* (GIE) regroupant des personnes publiques³¹⁸ seront soumis au droit communautaire des marchés publics au-dessus des seuils, ces dispositions étant transposées en France dans la loi du 3 janvier 1991³¹⁹, mais ils ne seront pas, sauf cas des travaux effectués pour le « compte de l'État », des travaux publics. La modification de la notion de marchés publics opérée par le droit communautaire renforce donc l'évolution interne dans le sens d'un décalage de plus en plus grand entre les travaux publics et les travaux des « marchés publics ».

Dans cette deuxième phase de l'évolution de la jurisprudence, les travaux n'étant plus « par nature » des travaux publics, c'est un faisceau d'indices qui a permis la qualification de travaux « pour le compte » de la personne publique, Cf. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Paris, *Montchrestien coll. Domat droit public*, Tome 2, 15^e ed. 2001, n° 721.

³¹⁶ L'arrêt classiquement cité est CE Sect. 18 juin 1976 *Dame Culard*, rec. p. 320 ; *AJDA* 1976 p. 579, note DURUPTY. Concernant un prêt du CCF dans des conditions particulières de contrôle de l'administration qui, de ce simple fait devient un contrat administratif.

³¹⁷ La présence d'un mandataire de cette personne publique suffit mais la situation est au fond très rare, cf. CE Sect. 2 juin 1961 *Leduc*, rec. p. 365 ; *AJDA* 1961 p. 345, concl. G. BRAIBANT pour un marché assuré par une coopérative de reconstruction.

³¹⁸ Cas pris en compte par l'article 9 a) de la loi du 3 janvier 1991 « groupement de droit privé formé entre des collectivités publiques ».

³¹⁹ Loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 *Relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence*. J.O. 5 janvier 1991 p. 236, modifiée

158. *Conclusion du paragraphe* : Tantôt plus large, tantôt plus restreinte — le plus souvent —, la définition des travaux publics est non seulement différente mais en plus indépendante de celle des travaux soumis au droit des marchés publics, interne comme communautaire. Indépendante parce que la notion de marché ne se réfère plus à la notion de travaux publics, différentes parce que les critères du caractère « public » des travaux et des marchés ne se recoupent pas. La confusion que l'on voit souvent entre les deux notions ne se justifie donc ni théoriquement ni positivement et l'utilisation de l'un pour l'autre est une erreur que l'évolution du droit des marchés publics risque de rendre plus courante et plus conséquente. Ainsi, le développement de « marchés publics de travaux de droit privé », au sens de la définition de marchés publics des directives communautaires, lorsque le cocontractant est différent des personnes visées par le Code des marchés publics, conduit en cas d'assimilation à des erreurs de régime car il ne faut pas perdre de vue que les « travaux publics » conservent une valeur juridique par le régime qu'ils emportent.

§ 2e : Ce qu'il reste des effets de la qualification de travaux publics

159. Le développement des *travaux publics* a eu comme base textuelle la loi du 28 pluviôse An VIII dans ses dispositions sur la compétence contentieuse, il est par conséquent naturel que ce soit en matière de contentieux que la notion de travaux publics ait conservé un rôle en droit des contrats administratifs. Ce rôle n'est pourtant pas celui que l'on pourrait déduire de la renommée de la loi qui le fonde : il est bien plus faible que cela et le caractère attractif des travaux publics, pour parfaitement réel qu'il soit en droit de la responsabilité, n'en est pas moins réduit au minimum en matière de contrat, d'autant que, même si le droit interne des marchés publics a récemment décidé de revenir à un principe de compétence administrative avec la loi MURCEF, ce n'est plus sur le fondement des travaux publics (A). Cette limite est d'ailleurs aussi décelable lorsqu'il s'agit de règles de procédure au sens strict, notamment pour ce qui concerne la nécessité d'un acte préalable et le ministère d'avocat (B).

A) La compétence contentieuse en matière de travaux publics et les contrats administratifs

160. La loi du 28 pluviôse An VIII a doté la notion de travaux publics d'un caractère attractif auquel on rattache deux types de conséquences : la première est une qualification d'opération de travaux publics des contrats de fourniture ou service comportant une part, même faible, de travail public. Solution dont on a dit qu'elle ne jouait plus pour l'application des mesures de publicité et de mise en concurrence. La seconde conséquence est contentieuse, elle porte sur la soumission de principe des

opérations de travaux publics au juge administratif et au droit qu'il applique. Cette soumission au droit public trouve ses limites à deux niveaux. Le premier est la loi MURCEF dont on a dit qu'elle supprimait le rôle de la loi de pluviôse en droit des marchés publics au sens strict, c'est-à-dire ceux soumis au Code des marchés publics. Le second est que si le caractère attractif des travaux publics a effectivement eu une importance pour le développement du droit administratif, c'est surtout en droit de la responsabilité, le droit des marchés, voire le droit des contrats dans son ensemble en ayant bien moins bénéficié.

161. Au milieu des années 1980, une controverse doctrinale³²⁰ a mis en évidence cette question de compétence et tenté de dégager une solution à partir d'une jurisprudence devenue très disparate. En effet, en une vingtaine d'années, on a constaté un développement important du nombre de cas dans lesquels la compétence judiciaire était retenue entre les acteurs d'une opération de travaux publics³²¹. Ainsi, alors que le professeur J.-P. GILLI proposait de rendre cohérents des arrêts apparemment discordants par un retour à l'attractivité de la loi du 28 pluviôse et une compétence administrative de principe, le professeur M. GUIBAL entendait au contraire unifier ce contentieux autour du juge judiciaire. Plus nuancés, les professeurs F. MODERNE et Ph. TERNEYRE³²² préféraient justifier cette disparité, notamment en raison des inconvénients plus nombreux qu'il y aurait à unifier dans un sens ou dans un autre.

Plus précisément, le professeur Ph. TERNEYRE tenta avec succès de justifier et de simplifier cette jurisprudence diversifiée. Pour ce faire, il utilisa la différence fondée sur la nature contractuelle ou non des relations entre les acteurs à la construction. Ainsi, tout en reconnaissant le principe de la loi du 28 pluviôse comme toujours effectif, il remarque qu'il n'est plus valable dès lors qu'on est en présence d'une relation contractuelle et que le litige porte en fait sur l'inobservation de ses clauses. Ainsi, lorsque le contrat dont le manquement est invoqué³²³ est administratif, la compétence l'est aussi ; en revanche,

³²⁰ J.-P. GILLI, « Marchés de travaux publics et compétence administrative », *AJDA* 1984 p. 524 ; F. MODERNE « Le sous-traitant, le fabricant et l'assureur au Palais-Royal ? (à propos d'une étude récente) » *Marchés Publics* 1985, n° 210 p. 33 ; J.-P. GILLI « Le sous-traitant, le fabricant et l'assureur au Palais-Royal (suite) » *Marchés Publics* 1985 n° 212 p. 16 ; M. GUIBAL, « Dommage de travaux publics : qui est le meilleur juge ? » *MTPB*, 20 janvier 1989 p. 46

³²¹ Par exemple entre le membre d'un groupement d'entreprise et le mandataire commun CE 7 avril 1984 *Société d'entreprise générale de peinture SOGEP, Dr. Adm.* 1984 n° 218 ; l'action en récursoire d'un entrepreneur ou maître d'œuvre contre leurs sous-traitants CE 15 décembre 1971 *Sieur Comroy*, rec. p. 773, CE 24 mai 1974 *Société Paul Millet et Cie*, rec. p. 310 concl. VUGHT ; le recours du maître de l'ouvrage contre l'assureur de l'entrepreneur ou du maître d'œuvre sur le fondement de l'article 124-3 du Code des assurances, TC 3 mars 1969 *Sieur Esposito c/ Cie La Foncière*, rec. p. 681, *JCP* 1969 II n° 16037 note J. CHEVALLIER.

³²² Ph. TERNEYRE « Contentieux de l'exécution des marchés de travaux publics et répartition des compétences juridictionnelles », *Mélanges Chapus*, pp. 599-616

³²³ Remarquons qu'il ne s'agit pas forcément d'un contrat qui lie directement les deux parties au procès, mais du contrat qui fonde la responsabilité. Ainsi, les différents acteurs à un marché — architectes, bureau d'études, entrepreneurs — tous liés par contrat au maître de l'ouvrage même sans être liés entre eux par un contrat verront leurs litiges appelés devant le juge administratif. Cf. CE 12 juin 1970 *Sieur Louis et Entreprise Loth*, rec. p. 400 ; TC 20 novembre 1961 *Sieur Garreau c/ sieur Elkouken* rec. p. 882. Ces arrêts, qui visent ou citent la loi du 28 pluviôse devraient selon le professeur Ph. TERNEYRE être fondés sur la nature du contrat plus que sur l'effet attractif. De même devrait-on modifier la jurisprudence concernant la compétence du juge administratif pour des litiges entre un constructeur et les sous-traitants d'un autre constructeur ou ses sous-traitants de second rang qui

lorsque le contrat est de droit privé, c'est le juge judiciaire qui doit être saisi. Par exemple, le litige entre le maître de l'ouvrage et le maître d'œuvre ressortit à la compétence du juge administratif car il est fondé sur un contrat administratif. En revanche, le contrat de droit privé entre un constructeur et son sous-traitant³²⁴ ressortit à la compétence du juge judiciaire nonobstant la présence d'une activité de travaux publics³²⁵.

Cette théorie du professeur Philippe TERNEYRE, fondée sur une systématisation de la jurisprudence, rend bien compte de l'évolution décrite jusqu'à maintenant : le passage d'un critère matériel central, la présence de travaux publics, à un critère dans lequel la qualification du contrat — le marché public — prime. Que cette évolution ait eu une influence jusque dans le contentieux, dont normalement les règles n'ont pas changé, est particulièrement topique et montre bien le renversement du principe. Il faut d'ailleurs souligner que cette évolution de la compétence contentieuse est bien la conséquence de l'évolution du droit des contrats puisque les arrêts qui sont à l'origine de ce changement sont tous postérieurs au Code des marchés publics.

162. Sur ce point, la loi MURCEF ne devrait pas avoir d'influence particulière. Les contrats de la personne publique avec les autres acteurs de la construction sont soumis à cette loi dans le cadre de l'application du Code des marchés publics, et la situation reste stable pour tout le reste de la commande publique³²⁶ ; les contrats qui ne sont pas passés en application du Code parce qu'entre deux personnes privées comme le sous-traitant et l'entrepreneur continueront eux aussi à être soumis au droit privé et au juge judiciaire.

Ce changement de critère des règles de compétences en matière contractuelle se double d'autres nuances qui limitent encore l'influence du critère des travaux publics sur le contentieux des marchés.

B) Les règles spéciales du contentieux des travaux publics

163. Si le principe de la compétence administrative de la loi du 28 pluviôse a été bien limité en matière contractuelle, la présence de travaux publics engendre traditionnellement deux autres séries de conséquences contentieuses non négligeables : d'une part la non-application de la règle de la décision préalable, d'autre part l'absence

ressortissent à la compétence du juge administratif alors qu'ils sont fondés sur des contrats de droit privé. Cette seule atteinte au droit positif par la classification du professeur TERNEYRE nous semble parfaitement justifiée, *cf. infra*.

³²⁴ Sur ce point, *cf.* F. MODERNE « La sous-traitance des marchés publics. Essai sur une institution hybride » *Dalloz ed.* 1995, n° 308 p. 176 et s et n° 354 p. 200 et s.

³²⁵ CE 15 janvier 1973 *Société Quillery-Goumy c/ Société chimique routière et d'entreprise générale et Société bretonne de travaux publics*, rec. p. 844, cet arrêt a d'ailleurs une formulation très claire qui va dans le sens du Pr. TERNEYRE : « *considérant [...] qu'en égard aux rapports juridiques qui naissent d'un contrat liant un entrepreneur de travaux publics et son sous-traitant, l'entrepreneur ne peut, en cas de dommages subis par lui ou son matériel à l'occasion des prestations prévues au contrat, exercer contre le sous-traitant d'autre action que celle qui procède du contrat, alors même que la cause du dommage se rattacherait à l'exécution de travaux publics* ».

³²⁶ C'est notamment le cas de l'arrêt *Entreprise Peyrot*, *Cf. supra*

d'obligation du ministère d'avocat. Mais en ces matières aussi, le droit des marchés publics a une influence limitative.

1) *L'absence de décision préalable et le droit des marchés publics*

164. La règle de la décision préalable³²⁷, ainsi que l'exception concomitante qui concerne les travaux publics, est issue de l'article R. 421-1 du Code de justice administrative³²⁸. La justification de l'exception en matière de travaux publics tient à deux éléments : d'une part une logique historique³²⁹ puisque les recours devant les conseils de préfecture n'étaient pas soumis à la règle de la décision préalable et que ces conseils étaient compétents en principe pour les travaux publics³³⁰ ; d'autre part les personnes en cause puisque dans une opération de construction le défendeur n'est pas toujours une personne publique — ce peut être aussi le maître d'œuvre ou un entrepreneur³³¹ — et que cela rend très difficile l'application de cette règle³³² puisque ces personnes privées ne sauraient prendre un acte administratif préalable.

165. Pourtant, l'obligation d'une décision préalable, justifiée à la fois comme une réminiscence du Ministre juge, par la possibilité qu'elle ouvre d'un règlement précontentieux amiable³³³ et par la facilité qu'elle offre en donnant les limites du contentieux, paraît parfaitement adaptée à la matière contractuelle. Pour ces raisons, le droit des marchés publics — et plus précisément l'article 50 du CCAG travaux³³⁴ — a

³²⁷ J. ROCHE « les exceptions à la règle de la décision préalable devant le juge administratif » *Mélanges Waline, LGDJ* 1974, p. 733 et s. A. de LAUBADERE « La règle de la décision préalable devant les nouveaux tribunaux administratifs », *Dalloz* 1955, Chr. p. 11. Cf. aussi les développements à ce sujet dans *Dalloz Action Construction* sous la direction de Ph. MALINVAUD n° 2317 à 2320

³²⁸ « Sauf en matière de travaux publics, la juridiction administrative ne peut être saisie que par voie de recours fondée contre une décision [...] », ancien article 102 du Code des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel

³²⁹ Cf. R. CHAPUS *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien coll. Domat – droit public, 11^e ed. n° 641 p. 512 ; J.-M. AUBY et R. DRAGO *Traité du contentieux administratif, LGDJ* 1984, Tome 2 p. 509 n° 1398 et 1399

³³⁰ C'est même le principal apport contentieux de la loi du 28 pluviôse An 8

³³¹ Par exemple lorsque le maître de l'ouvrage met en cause leur responsabilité.

³³² Cf. R. CHAPUS, *Loc. Cit.* ; O. RENARD-PAYEN, *Jurisqueur administratif* fasc. 930 n° 13 ; J. ROCHE *Op. Cit.* p. 733

³³³ En ce sens, on peut rapprocher la règle de la décision préalable des modes alternatifs de règlement des litiges dont on cherche à développer la pratique afin de résorber le contentieux en attente devant les juridictions administrative. Le Conseil d'État a d'ailleurs proposé l'abandon de cette exception en matière de travaux publics, cf. Rapport du Conseil d'État *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative Doc. Frse* 1993 ; Y. GAUDEMET « Le précontentieux. Le règlement non juridictionnel des conflits dans les marchés publics » *AJDA* 1994 n° spécial p. 84

³³⁴ CCAG travaux de 1976, *CCAG des marchés publics* en fascicule ed. du *Moniteur*, fasc. XI.1.7. Les articles 33 à 35 du CCAG « de fournitures courantes et de service » issu du décret n° 77-699 du 27 mai 1977 *approuvant le cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de fournitures courantes et de services ; CCAG des marchés publics, Op. Cit. fasc. XII.1.* posent des règles beaucoup plus simples mais qui vont aussi contre la règle de la décision préalable pourtant applicable au cas où le marché de fourniture aurait une part de travaux publics eu égard au caractère attractif de cette règle. Même raisonnement pour les art 40-1 du CCAG-MI et 40-1 CCAG-PI.

organisé une exception contractuelle³³⁵ à cette règle en l'adaptant aux difficultés des marchés publics.

Cette procédure particulière, qui s'applique en cas de litige de l'entrepreneur contre le maître de l'ouvrage, le maître d'œuvre ou la personne responsable du marché, l'oblige à présenter un mémoire de réclamation à celui contre qui est né le litige. La personne responsable du marché répond, par une proposition ou par un refus de prendre en compte la réclamation — refus exprès ou tacite après un délai de deux mois — puis l'entrepreneur peut, soit accepter la proposition soit, dans un délai de six mois³³⁶, saisir le juge contre la proposition ou le refus. Le non-respect de cette procédure rend tout recours juridictionnel irrecevable³³⁷

166. Cette limitation contractuellement importante n'est pourtant pas totale, le recours aux CCAG n'étant ni obligatoire, ni exempt de dérogations selon la volonté des parties³³⁸, et l'absence de décision préalable ayant été entendue largement par la jurisprudence, notamment en ce qui concerne les contestations visant à percevoir les sommes nécessaires au financement des travaux³³⁹. On peut aussi ajouter que, dans le domaine des recours contre les actes détachables du contrat³⁴⁰, que l'on peut qualifier de « quasi-contractuel », il n'est pas non plus nécessaire qu'il y ait un acte préalable lorsque l'on est en présence de travaux publics³⁴¹.

Dans toutes ces hypothèses, la principale conséquence de l'inutilité d'un acte préalable est l'absence de délai de recours, et cela même lorsque la personne publique a effectivement pris une décision explicite³⁴². Or dans ces cas également, la matière des marchés publics limite encore la portée de cette règle issue de la qualification de travaux

³³⁵ En matière de contrats administratifs, les documents contractuels peuvent imposer un recours préalable devant l'autorité contractante. Cf. CE 21 janvier 1966 *Ville d'Avignon* rec. p. 1025 ; ou devant une autre autorité CE 18 décembre 1981 *Denic et Queinnec*, DA 1982 n° 17 (req 98248). Cf. Aussi Ch. BRÉCHON-MOULÈNES *Droit des marchés publics*, ed. du Moniteur, fasc. IV.620.2/10 à 30

³³⁶ À partir de la notification de cette proposition ce délai ne courant pas en cas de rejet implicite CE 26 juillet 1985 *Société Degremont et société Frédéric Roudet*, rec. p. 247, RFDA 1986 p. 27 concl. DANDELOT. Ces délais pouvant encore être suspendus par le recours à un comité consultatif de règlement amiable.

³³⁷ Cf. CE 15 octobre 1976 *Sté Nord-travaux et Banque Dupont*, rec. p. 424 ; CE 20 décembre 1989 *Gabrion et autres*, rec. T. p. 784 et 795, req n° 77564. D'autre part, soulignons la possibilité de soulever en appel le non respect des clauses imposant l'avis préalable du ministre CE 29 novembre 1989 *Groupement permanent des architectes* rec. p. 791 Cf. J.-P. BABANDO « Les chausse-trappes de l'article 50 du CCAG » MTPB 23 janvier 1998 n° 4913 p. 46 ; H. MARGANNE « Forclusions en matière d'information, de litige ou de résiliation » MTPB 25 septembre 1998 n° 4948 p. 80.

³³⁸ CE 16 octobre 1970 *Trésorier-payeur général des Hauts-de-Seine et receveur municipal de Rueil-Malmaison. Ville de Rueil-Malmaison*, rec. p. 584 ; AJDA 1970 p. 629, note J. MONTMERLE

³³⁹ CE 22 octobre 1976 *Sté française Thomson-Houston*, rec. p. 437 cité par J. DUFAU *Droit des travaux publics*, Paris, PUF, coll. droit fondamental, p. 382.

³⁴⁰ Sur les actes détachables du contrat et leurs effets sur le contrat, cf. D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ coll. Bibliothèque de droit public, 1991, Préface de P. WEIL, spé. pp. 291-336. Pour les évolutions, cf. aussi CE Sect. 7 octobre 1994 *Epoux Lopez*, rec. p. 430, RFDA 1994 p. 1090, concl. R. SCHWARTZ, note D. POUYAUD ; Cass. Civ. 12 novembre 1998, *Commune de Moulins*, RFDA, 1999, p. 147 ; BJCP 2002, n° 23, p. 264 note D. POUYAUD

³⁴¹ Cf. Pour une délibération des conseils municipaux en matière de travaux publics CE 26 novembre 1969 *Sté Vincent*, DA 1969 n° 401

³⁴² CE 27 juillet 1984 *Commune de la Teste-de-Buch*, AJDA 1985 p. 565, concl. P.-F RACINE ; CE 1^{er} juillet 1985 *Commune de Robrwiller*, LPA 11 octobre 1985 p. 6, concl. O. FOUQUET

publics et impose des délais de recours : d'une part la règle de la déchéance quadriennale limite le recouvrement des créances des personnes publiques, d'autre part les recours en garantie biennales, décennales ou trentenaires sont limités dans le temps selon leur qualité et comme leur nom le laisse apparaître.

167. Le droit des marchés publics limite donc la portée de la règle selon laquelle en matière de travaux publics il n'est pas nécessaire de susciter une décision préalable de deux manières : en amont par le CCAG travaux en ce qu'il organise une procédure précontentieuse, et en aval par des règles de responsabilité ou financières qui limitent la principale conséquence de l'absence de décision préalable qu'est l'absence de délai de recours. Reste pourtant que les travaux publics continuent d'avoir une autre conséquence : le ministère d'avocat n'est pas obligatoire.

2) *L'absence de ministère d'avocat*

168. L'article R. 431-3 du Code de justice administrative³⁴³ donne une liste des matières dans lesquelles le recours au ministère d'avocat n'est pas obligatoire pour la représentation des parties devant la juridiction administrative. Parmi celles-ci figurent les travaux publics que la soumission historique aux Conseils de préfecture n'avait jamais soumis à cette obligation. Cette raison historique ainsi le nombre important d'autres exceptions justifie certainement que l'on ne soit pas revenu sur cette règle qui s'applique maintenant aussi bien aux Tribunaux administratifs et aux Cours administratives d'appel qu'au Conseil d'État.

169. *Conclusion de la section* : Si la plupart des marchés publics de travaux sont des marchés de travaux publics, la règle n'est pas absolue et la confusion des termes a plus d'influence que ce que la doctrine ne le laisse parfois entendre. Il paraît utile de souligner la différence, dans les marchés publics, entre les conséquences juridiques de la notion de travaux et celles de la notion de travaux publics : d'une part, les travaux publics n'ont de conséquences qu'en terme de contentieux, dans la répartition des compétences entre ordres de juridiction – et encore a-t-elle été encore réduite pour les marchés publics au sens du Code depuis la loi MURCEF – ; d'autre part, c'est la notion de « travaux » qui est un des éléments constitutifs de la notion de marché, en droit d'origine interne comme dans la définition communautaire, il n'y a donc qu'elle qui nous intéresse pour l'application du régime de ces marchés et son développement.

À cet égard, l'utilisation de la notion de travaux par le droit communautaire a deux séries d'effets : premièrement les cas de « marchés publics contrats de droit privé », bien qu'impossibles depuis la loi MURCEF dès lors que le contrat est passé dans les

³⁴³ Ancien article R. 109 du Code des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel Jurisclasseur administratif fasc. 930 n° 20 et fasc 1088 ; Ch. HUGLO et C. LEPAGE-JESSUA *Code des procédures contentieuses de droit public*, LITEC p. 162.

conditions du Code des marchés publics, se rencontrent selon la définition communautaire dans le cadre des lois du 3 janvier 1991 et 11 décembre 1992³⁴⁴ ; deuxièmement, l'utilisation de ce critère de travaux pour les marchés au sens strict mais aussi pour les concessions de travaux publics (sic)³⁴⁵ au sens européen tend à rapprocher les deux notions et unifie ce faisant autour de ce critère matériel des contrats qui n'étaient plus si proches³⁴⁶.

En somme l'abandon de la notion de travaux publics comme critère des marchés publics a conduit à étendre fortement la notion matérielle de travaux. C'est vrai en droit interne mais c'est aussi vrai en droit communautaire des marchés publics : on est passé de travaux immobiliers dont la personne bénéficiaire et l'objet avaient une conséquence sur la qualification contractuelle à des travaux qui se limitent à de simples « activités créant un bien immobilier corporel ou en modifiant la substance ».

170. Conclusion du chapitre : À partir de textes sectoriels — routes, ports, ponts, palais — l'intervention de plus en plus importante des personnes publiques et les sommes qu'elles engageaient ont conduit à l'élaboration d'une réglementation générale de l'achat public au sein de laquelle la construction avait une place particulière³⁴⁷. Cette place, fondée sur la notion de « travaux publics » du fait de la compétence contentieuse administrative

³⁴⁴ Loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992. *Procédures de passation de certains contrats dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications.*

³⁴⁵ Les directives de 2004, à la suite de la directive 93/37, utilisent le plus souvent les termes de « concessions de travaux publics » ce que l'on s'explique toujours pas. L'incohérence de cette qualification apparaît lorsque l'on sait que ni les directives elles-mêmes, ni la jurisprudence de la Cour de justice, n'expliquent le sens qu'il faut donner à « travaux publics » et les différences qu'il faut faire entre ceux-ci et les « travaux ». Par ailleurs, d'une part, la définition des « concessions de travaux publics » précise que ce contrat « est un contrat présentant les mêmes caractères que ceux visés au point a), à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix » ce qui signifie que, matériellement, les « marchés de travaux » et les « concessions de travaux public » ont exactement le même objet. D'autre part, certains articles (par exemple l'article 3-2° de la directive 93/37 utilisent la qualification de « concessions de travaux ». Enfin, le plus souvent, les différentes directives qualifient les titulaires des « concessions de travaux publics » de « concessionnaires de travaux ». Afin d'expliquer ces incohérences, l'erreur de « traduction » paraît enfin impossible dans la mesure où il semble que ces textes aient été préparés en français. On en vient à espérer une similitude de sens pourtant malheureuse pour deux qualifications juridiques différentes.

³⁴⁶ Comme nous le verrons, la définition communautaire des marchés de travaux inclut certains contrats qu'elle qualifie – comme le droit interne le fait partiellement – de « concessions de travaux publics ». On constate historiquement deux mouvements contradictoires : d'abord l'unification des contrats de concession et de marché autour de la notion de travaux publics. C'est l'époque de la fin du XIX^e et du début du XX^e siècle durant lesquels, comme nous l'avons vu, les travaux publics ont pris une place considérable. Puis l'évolution de la notion de marchés publics et son autonomisation vis à vis de la notion de travaux publics a réduit le caractère attractif de la notion de travaux publics et a fait qualifier de nombreuses concessions de concessions de travaux et service public alors qu'elles étaient avant qualifiées de concessions de travaux publics par l'effet du caractère attractif. Enfin, l'évolution actuelle rapproche, et spécialement dans la définition communautaire des travaux – les concessions et les marchés, et ce d'autant plus que les définitions internes et communautaires des travaux sont unifiées dans l'article 1^{er} du Code des marchés publics 2004. Remarquons qu'il s'agit là d'un critère matériel commun aux deux notions.

³⁴⁷ Par rapport aux fournitures et aux services Cf. sur ce point 1^{ère} partie, titre 1^{er}, chap. 2.

qu'elle impliquait et l'importance que cette notion prenait parallèlement en matière de responsabilité a permis une extension très importante des « marchés de travaux publics » et développé un régime de plus en plus complet.

Le « Code des marchés publics » de 1964, témoin de l'importance qu'avait prise la matière, imposa alors une autre vision de ce droit par un renversement des critères : il ne fallait plus regarder la nature des travaux mais celle du contrat, qualifié de marché public ou non. Les travaux n'étaient devenus qu'un objet de ces contrats parmi d'autres et le caractère public ne leur était plus attaché. La notion de travaux publics n'était pas abandonnée, elle n'était que retournée à ses implications premières : la compétence administrative. Le critère matériel était celui des « travaux », définis largement du fait de l'héritage du caractère attractif de la notion de travail public.

Dans le cadre d'une notion large de marchés publics – que nous appellerions la « commande publique » – il conviendrait de trouver une définition matérielle générale pour les « travaux ». À cet égard, notons que la définition communautaire de travaux est, après analyse, identique à la notion de travaux telle qu'elle était entendue par la jurisprudence et la doctrine dans le cadre du Code de 1964. L'unification de ces deux définitions dans l'article 1^{er} du Code des marchés publics, dans des termes très proches de ceux de la loi du 3 janvier 1991³⁴⁸, permet de penser que notre nouvelle notion devrait pouvoir trouver un critère matériel de travaux simple : tous travaux de bâtiment et de génie civil. Une telle définition aurait comme mérite d'effectuer une transposition précise de la directive sans porter atteinte à notre droit positif. Pour autant, les « travaux » regroupent en réalité « *tout travail effectué sur un bien corporel immobilier* », ou, pour préciser dans le même temps la notion de travail « *toute activité créant un bien immobilier corporel ou en modifiant la substance* ». Cette approche à partir de notions plus théoriques peut certes apparaître comme plus éloignée de la réalité mais elle nous permettra dans un chapitre second de trouver une définition matérielle générale pour l'ensemble des contrats de la commande publique.

³⁴⁸ Loi 91-3 du 3 janvier 1991, art 10, selon laquelle les travaux ont pour objet de « *réaliser, de concevoir et réaliser ou de faire réaliser, par quelque moyen que ce soit, tous ouvrages de génie civil ou tous travaux de bâtiment relatifs aux hôpitaux, aux équipements sportifs, récréatifs et de loisirs, aux bâtiments scolaires et universitaires et aux bâtiments à usage administratif* ». En toute logique, ces termes sont pour l'essentiel repris des directives communautaires puisque cette loi en est la transposition.

CHAPITRE 2 :

L'EXTENSION DES NOTIONS MATÉRIELLES DE FOURNITURES ET DE SERVICES

171. L'article 1^{er} du Code des marchés publics de 2004 pose comme principe la possibilité pour certaines personnes publiques de passer des marchés « *pour répondre à leurs besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services* ». Les travaux ayant une définition matérielle très large et historiquement très marquée, c'est à part qu'il a fallu les définir et analyser leur extension. Les fournitures et les services peuvent au contraire être regroupés car ils sont historiquement inséparables en ce qu'ils étaient réunis sous la qualification de marchés de fournitures ; ce qui les a soumis pendant longtemps à un régime commun. Contrairement aux marchés de travaux qui ne sont pas passés par toutes les administrations, ou moins régulièrement, les marchés de fournitures font partie de la vie quotidienne de toutes les personnes publiques¹ : achat de fournitures de bureau, de mobilier divers, d'ordinateurs ou tout autre matériel informatique, de carburant ou de produits alimentaires, la liste est sans fin. Il en est de même de nombreux services que les administrations peuvent ne pas savoir ou vouloir exercer : remplacement des ampoules électriques, entretien ou maintenance de photocopieurs, ordinateurs ou chauffages centraux, entretien d'espaces verts, gardiennage, contrats d'assurances, ici encore il est inutile et vraisemblablement impossible d'être exhaustif.

172. On constate dans tous ces exemples une continuité certaine avec le passé – l'achat de fournitures de bureau par exemple – mais aussi une actualité flagrante – l'achat et la maintenance du matériel informatique – incitant à penser que ces deux catégories que sont les « marchés de fournitures » et les « marchés de services » sont en constante évolution. Tel est effectivement le cas, et les notions juridiques ont dû suivre ce mouvement et s'étendre pour s'adapter à cette réalité mouvante. Historiquement limitée à certains biens spécifiques, la notion de marché de fournitures s'est étendue au point de devoir se scinder en deux : des marchés de fournitures définis plus strictement d'un côté et des marchés de services plus ouverts de l'autre (Section 1^{ère}). Puis, ces notions ont elles-mêmes dû s'adapter aux nouvelles réalités et ont aussi subi une extension constante, pour aboutir aujourd'hui à une notion large très proche en droit interne et en droit communautaire, même si elle n'est pas exempte d'autres défauts (Section 2^e).

¹ Au même titre d'ailleurs que les fonctions d'achat s'exercent aussi dans toutes les entreprises privées.

SECTION 1^{RE} :**DES MARCHÉS DE FOURNITURES AUX MARCHÉS DE SERVICES**

173. L'influence du droit privé sur la formation du droit public² trouve ici une application particulièrement topique : c'est parce que le contrat « marchés de travaux publics » porte fondamentalement sur un immeuble que, par application automatique de la distinction de l'article 516 du Code civil³, le contrat « marché de fournitures » se devait de porter sur un meuble. Mais cette vision manichéenne subit elle-même l'influence d'une autre distinction du droit privé : celle qui existe entre les contrats d'entreprise et les contrats de vente qui, bien que n'étant qu'une nuance apportée à la première distinction, permet d'ouvrir la notion de fournitures pour en faire une notion « en creux » et permettre son extension.

174. Si l'approche historiquement marquée par le droit privé de ce type de contrat permet son extension (§ 1^{er}), c'est son caractère de notion « ouverte » qui l'obligera à se scinder en deux pour arriver aux notions actuelles de marchés de fournitures et marchés de services (§ 2^e), distinction créée malgré une portée juridique initialement peu contraignante (§ 3^e).

§ 1^{er} : Les origines de la notion matérielle de fournitures

175. Pas plus que pour les marchés de travaux on ne peut trouver le texte original des marchés de fournitures. On rencontre bien dans certains textes réglementaires des références à cette qualification mais sans que l'on puisse véritablement en tirer une notion juridique (A). Celle-ci viendra plus tard, en contrepoint de la notion de travaux publics, par application de principes empruntés au droit privé (B).

A) Les premiers textes réglementant les fournitures : l'apparition de la notion de « marché de fourniture »

176. Les premiers textes post-révolutionnaires sur les marchés publics ne sont en fait que des textes de bonne gestion qui imposent à tel ou tel ministère de passer ses marchés par adjudication afin de limiter la dépense publique dans des secteurs où les grandes quantités de biens achetés permettent de rapides économies – et de rapides

² Pour une analyse globale de cette utilisation cf. B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, éditions Panthéon-Assas, diff. LGDJ, 2003, 878 pp.

³ Art. 516 du Code civil : « Tous les biens sont meubles ou immeubles. »

gaspillages. Cela a touché quasi exclusivement les armées, ministères⁴ fort consommateurs de fournitures diverses, qui ont été soumis très tôt à des procédures de publicité et mise en concurrence.

177. On trouve tout d'abord des textes applicables au ministère de la guerre : le premier est un décret 20 septembre-14 octobre 1791 *relatif aux commissaires des guerres*⁵, étendu par un décret des 30 avril-16 mai 1792 aux fournitures de l'hôtel des invalides⁶. Ensuite, un arrêté du directoire exécutif du 8 fructidor An VI⁷ réorganise l'adjudication des fournitures de ce ministère, dont la compétence sera ensuite déconcentrée aux conseils d'administration des régiments et corps de troupes⁸ et soumis occasionnellement à des règles de passation spéciales⁹. Parallèlement, le ministère de la marine s'est aussi vu imposer ce type de procédures par un décret du 2 brumaire An IV, complété par un arrêté des 9 fructidor An VI¹⁰. Dans le cadre de ce ministère aussi, le pouvoir de passer ces contrats sera déconcentré¹¹ pour les marchés locaux.

⁴ Rappelons que les « armées » ont longtemps été régies pas plusieurs ministères, Ministère de la marine et Ministère de la guerre notamment.

⁵ Décret 20 septembre-14 octobre 1791 *portant suppression du corps des commissaires des guerres, établissement des commissaires ordonnateurs, grand-juges militaires, et de commissaires auditeurs et ordinaires des guerres, et qui détermine leurs fonctions dans les différentes cours martiales*, DUVERGIER *lois et décrets* Tome 3 p. 319, Titre 2, Article 6 : « Toutes entreprises de fourniture militaire, excepté celles des vivres et des fourrages, doivent être laissées au rabais par adjudication publique, après affiches et publications solennelles ; il en sera de même de toutes entreprises dont le prix est payable par le département de la guerre ». *Op. Cit.* à propos des travaux. A ce décret il faut ajouter celui des 22-27 nivôse An 2 qui soumet les marchés pour le service des armées à des formalités de signature en plus des procédures de passation.

⁶ Décret des 30 avril - 16 mai 1792 *relatif à la conservation de l'Hôtel des Invalides, à son organisation et à son administration*, DUVERGIER, *Lois et Décrets*, Tome 4 p. 127, Mon des 8 avril et 2 mai 1792 ; Titre 2 art. 34 : « La fourniture des denrées nécessaires à la subsistance des invalides retirés à l'Hôtel, telles que le pain, vin, [...] et de tous les autres objets qui en seront susceptibles, sera donnée à l'entreprise. Il en sera de même de la fourniture des [...] autres objets nécessaires à l'habillement, à l'équipement et à l'entretien des invalides. Ces adjudications seront faites au rabais [...]: on suivra, pour ces adjudications, les dispositions des articles 7, 8, et 9 du titre II du décret des 20 septembre=14 octobre 1791. »

⁷ Arrêté du directoire exécutif du 8 fructidor An 6 (25 août 1798) DUVERGIER, *Lois et Décrets* Tome 10 p. 333 *concernant l'adjudication publique et aux rabais des fournitures du département de la guerre*.

⁸ Arrêté du 8 floréal An 8 *Relatif aux conseils d'administration des régiments et corps de troupes* (cité par DALLOZ « Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence », Tome 31, 1854 p. 93 n° 7.), décret du 21 décembre 1808 et ordonnance du 20 janvier 1815.

⁹ On pense par exemple à l'ordonnance du 21 avril 1824 qui précise que les « draps nécessaires à l'habillement des troupes » seront fournis après adjudication par des contrats de 3 à 5 ans ou à celle du 4 mars 1831 *sur l'adjudication publique du service des fourrages [...]*. Remarquons que les textes cités ici se limitent aux textes prescrivant des modes de passation, d'autres textes précisent les garanties nécessaires des cocontractants de l'administration ou la responsabilité des fournisseurs en cas de perte.

¹⁰ Décret du 2 brumaire An IV, complété par un arrêté des 9 fructidor An 6 qui mettent en place l'adjudication pour les marchés de la marine. Pour le décret, cf. DUVERGIER, *Lois et décrets* Tome 8 p. 348, spécialement titre III art 30 « *Adjudications, marchés et recette de munitions et ouvrages. Les adjudications et marchés pour les fournitures de toute espèce et pour les travaux à l'entreprise, autre que ceux pour lesquels le ministère de la marine et des colonies aura traité directement [...]* ». Pour l'Arrêté du directoire exécutif du 9 fructidor An 6 *sur les marchés, entreprises et fournitures du département de la marine* (26 août 1798) DUVERGIER, Tome 10 p. 334

¹¹ Par une ordonnance du 17 décembre 1828 - 3 avril 1829 *sur le service des ports* qui donne ce pouvoir aux conseil d'administration de marine établi dans chaque chef-lieu d'arrondissement, sauf approbation du ministre de la marine.

178. Cette situation de régimes disparates durera jusqu'à la loi du 31 janvier 1833 qui fonde les ordonnances de 1836 et 1837 à l'origine d'un régime général de passation des marchés publics¹². Ajoutons que, comme pour les marchés de travaux, la notion de marché de fournitures n'était pourtant pas encore fixée à l'époque : le terme de marché était employé concurremment à celui « d'entreprise de fournitures » et la notion de fourniture regroupait en fait différents objets très divers que les textes ne pouvaient d'ailleurs définir que par des listes à l'unité discutable¹³.

B) Le fondement intellectuel du Code civil

179. Si les marchés de fournitures sont apparus ainsi, en parallèle avec les marchés de travaux, c'est que la distinction entre les deux est fondée sur une vision civiliste, issue de Code de 1804. On retrouve principalement la distinction entre biens meubles et biens immeubles (1) mais aussi celle entre contrats de vente et contrats d'entreprise (2), ce qui a eu des conséquences sur le fait que la catégorie des marchés de fournitures est à la fois résiduelle et en extension (3).

1) La distinction entre biens meubles et biens immeubles

180. La définition des « travaux publics », puis celle des « travaux » des marchés publics ont comme principal critère l'existence d'un immeuble. On l'a dit, c'est l'élément persistant de ces définitions, et les autres critères qui se sont développés ont porté sur le caractère public de ces biens ou du contrat et non sur la qualité d'immeuble. La *summa divisio* privatiste entre les deux types de biens — les meubles et les immeubles — joue un rôle fondateur en droit des marchés publics en ce qu'elle suppose, *a contrario* de la définition des travaux, que les marchés de fournitures sont les contrats par lesquels l'administration se procure des meubles. Ainsi, dans les textes précités, les bateaux du département de la Marine, biens meubles malgré leur taille, sont classés dans la catégorie « fournitures », et l'on constate que durant toute l'histoire des marchés de fournitures on n'arrivera jamais à se séparer de cette approche. La doctrine est constante même si certains auteurs n'utilisent pas directement la qualification mobilière.

¹² Quelques années plus tard, en 1854, on trouve une définition privée du mot *marché* dans le « Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence » de DALLOZ, Tome 31 p. 91 : « On nomme ainsi, [...] la convention par laquelle un individu se charge de faire un ouvrage ou de livrer une chose, [...] ».

¹³ L'arrêté du 8 fructidor An 6 et l'arrêté du 9 fructidor An 6 précités contiennent ainsi chacun huit catégories de fournitures qui révèlent une volonté de classer des objets bien différents : biens consommables et inconsummables (denrées, fourrage, bois comme lits, armes ou même « tout [...] bâtiments de guerre ou de transports »), grands ou petits (munitions comme bateaux) corporels ou incorporels. Cette difficulté issue de la disparité des fournitures possibles se retrouvera pratiquement à l'identique dans l'ensemble des définitions ultérieures de marchés de fournitures ou de services.

Ainsi, A. PÉRIER en 1876¹⁴ précise que les marchés de fournitures « se distinguent des marchés de travaux publics en ce que ceux-ci ont pour but, non des prestations mobilières, mais des travaux à exécuter sur le domaine public immobilier de l'État ». Il en est de même de FOUART en 1839¹⁵, de BOUFFET et PERIER EN 1893¹⁶, BERTHÉLÉMY en 1906¹⁷, HAURIU en 1921¹⁸ et JÈZE en 1927¹⁹. D'autres auteurs ne font pas directement appel à la notion de meuble mais à celle d'objet de consommation, dans lesquels on retrouve fondamentalement un aspect mobilier²⁰ : c'est le cas de DUFOR en 1870²¹, CABANTOUS et LIÉGEOIS en 1882²², BATBIE²³ en 1885 et DUCROCQ EN 1897²⁴.

181. L'élément mobilier de la définition de fourniture est donc tout aussi fondamental que l'élément immobilier de la notion de travaux ; et c'est cette distinction qui

¹⁴ A. PÉRIER *Des marchés de fournitures*, Paris, Plon ed. & Marescq. Ainé ed. 1876 p. 1.

¹⁵ E.-V. FOUART *Eléments de droit public et administratif*, Paris, Videcoq, libraire, Paris, 2^e ed. 1839 Tome 2 p. 204 n° 227 « Les marchés contractés par l'État ont pour objet la fourniture d'objets mobiliers nécessaires aux différents services, ou la confection des grands travaux d'utilité publique ».

¹⁶ G. BOUFFET et L. PERIER, *Traité du département*, Paris, Paul Dupont ed. 1893, Tome 2 p. 560 n° 1753 : « les marchés de travaux ont pour objet l'exécution de travaux à effectuer sur le domaine départemental ; les marchés de fournitures ont pour objet l'acquisition des objets mobiliers nécessaires au fonctionnement des services publics départementaux ».

¹⁷ H. BERTHÉLÉMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, Arthur Rousseau ed., Paris, 4^e ed. 1906 p. 508 ; qui définit les marchés de fourniture comme « [...] des marchés qui ont pour objet de pourvoir aux consommations nécessaires à tous les services » mais qui précise ensuite qu'il s'agit notamment d'« acquisition de meubles ».

¹⁸ M. HAURIU, *Précis de droit administratif et de droit public à l'usage des étudiants en licence (2^e et 3^e années) et en doctorat ès-sciences politiques*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1921 10^e ed. p. 792 « Les marchés de fournitures sont les contrats par lesquels les administrations publiques se procurent, par l'intermédiaire d'un entrepreneur, des objets mobiliers, des denrées ou matières et même des services (par exemple services de transports maritimes ou de transports terrestres par autobus), le tout par une opération qui s'analyse en une vente, ou qui, si elle s'analyse en un louage d'ouvrage, n'a pas pour résultat la création d'un ouvrage public. » Cette définition sera reprise pratiquement *in extenso* dans les éditions suivantes.

¹⁹ G. JÈZE, *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics*, Paris, Giard puis LGDJ ed. Tome 1, 1927 p. 40. Il fait de la prestation ou de la fourniture d'objet mobilier « [...] une caractéristique essentielle qui différencie le marché de Fournitures du marché de travaux publics. »

²⁰ Il est en effet quasiment impossible de trouver un immeuble consommable, si ce n'est les arbres et autres objets de culture, mais même ceux-là deviennent des bien meubles dès lors qu'on les sépare du sol. Cf. *Infra*, chapitre 1^{er}.

²¹ G. DUFOR, *Traité général de droit administratif appliqué*, Paris, Delamotte ed. Tome 5 n° 632 « Occupons-nous ici des traités relatifs aux objets de consommation : on les comprend sous la dénomination générale de marchés de fournitures »

²² L. CABANTOUS et J. LIÉGEOIS, *Répétitions écrites sur le droit administratif*, Paris, Chevalier-Marescq ed. 1882, n° 647 p. 615. « On entend par marché de fournitures les traités passés entre l'administration et les particuliers pour la fourniture des objets de consommation nécessaires aux divers services publics »

²³ A. BATBIE, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, Paris, L. Larose et Forcel libraires-éditeurs, 1885, 2^e ed. Tome 7, n° 265 ; « Précis du cours de droit public et administratif professé à la faculté de droit de Paris » Librairie Cotillon, F. Pichon, successeur ed., 1885, 5^e ed. p. 202 : « Le fournisseur s'engage à procurer des denrées, des matériaux ou des substances qui sont destinées à être absorbées par la consommation, soit domestique, soit industrielle. »

²⁴ TH. DUCROCQ, *Cours de droit administratif et de législation française des finances*, Paris, A. Fontemoing ed. 1897, Tome 2 n° 532 : « les marchés de fourniture [...] sont de deux sortes. Les uns ont pour objet les matériaux nécessaires à l'exécution des travaux publics [...] les autres sont destinés à procurer à l'État des objets de consommation, à l'effet de nourrir, équiper, remonter l'armée, construire et armer des vaisseaux etc... Tous ces marchés de l'État sont nécessaires aux services publics ». Remarquons que la première partie de sa définition fait fi du caractère attractif des travaux publics ce qui est tout a fait contestable même à l'époque.

va pendant longtemps limiter à deux les différentes catégories de marchés. Mais le droit public va dépasser cette première approche grâce à une autre, elle aussi issue du droit privé, qui justifiera l'extension des marchés de fournitures aux services.

2) La distinction entre contrats de ventes et contrats d'entreprise

182. Si matériellement la définition des marchés de fourniture est « le contrat par lequel l'administration se procure des biens mobiliers », il convient de préciser la nature du contrat qui permet cette possession mobilière de l'administration afin de voir que la nature du contrat a eu une influence sur la définition matérielle de la fourniture.

183. Le contrat de vente est classiquement le principal contrat de transfert de propriété, il est donc celui qui sera généralement utilisé par les personnes publiques pour se procurer des biens mobiliers. Ainsi, le bois ou le charbon de chauffage, les fournitures de bureau, les denrées des hommes ou le fourrage des chevaux pour les armées étaient-ils achetés à des fournisseurs, comme pouvaient le faire les personnes ou entreprises privées²⁵. La situation n'a pas changé, et l'on peut toujours dans bien des cas assimiler les marchés de fournitures à des contrats de vente du Code civil²⁶, à la différence près que la « vente de droit public » est soumise en principe à des conditions de passation que l'on ne retrouve pas obligatoirement en droit privé. Pour autant, cette assimilation ne doit pas conduire à un raccourci trop facile qui conduirait à faire des marchés de travaux publics des contrats d'entreprise²⁷ et des marchés de fournitures des contrats de vente. Les marchés de fournitures ont une diversité bien plus marquée²⁸.

184. En effet, on peut trouver des marchés de fournitures assimilables non pas à des contrats de ventes mais à des contrats d'entreprise de droit privé, tels qu'ils sont définis aux articles 1710 et 1779 du Code civil²⁹. Si l'on exclut de nos propos la situation du louage des gens de travail qui s'assimile aux contrats de travail et dont l'élément principal est la subordination du cocontractant au « maître de l'ouvrage »³⁰, on constate

²⁵ On verra plus tard ce que cette analogie aura pendant longtemps comme conséquences sur le plan du contentieux.

²⁶ Art. 1582 « *La vente est une convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, et l'autre à la payer [...]* »

²⁷ Sur ce point, il convient de se référer à la démonstration du professeur F. LLORENS *Contrat d'entreprise et marchés de travaux publics*, Paris, LGDJ coll. Bibliothèque de droit public, 1981, n° 139.

²⁸ M. et A. HAURIOU, *Précis élémentaire de droit administratif*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1943 5^e ed. p. 416 assimilent pourtant - a tort à notre avis - marchés de fourniture et vente de droit privé.

²⁹ Art. 1710 c. civ. « *Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles.* » Art. 1779 « *Il y a trois espèces principales de louage d'ouvrage et d'industrie : 1° Le louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un; 2° Celui des voituriers, tant par terre que par eau, qui se chargent du transport des personnes ou des marchandises ; 3° (L. no 67-3 du 3 janv. 1967) Celui des architectes, entrepreneurs d'ouvrages et techniciens par suite d'études, devis ou marchés.* ». Il est à noter que la terminologie de « louage d'ouvrage », par trop « imprécise et peu exacte » comme le souligne A. BENABENT, *Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Paris, Montchrestien, coll. Domat droit privé, 3^e ed 1997, n° 474, est aujourd'hui remplacée par celle de « contrat d'entreprise ».

³⁰ Cette expression, encore souvent usitée dans le cadre des contrats de construction, des marchés publics de travaux ou de la loi MOP était originellement applicable à tous les contrats de « louage d'ouvrage ».

bien que la différence entre contrat de vente et contrat d'entreprise est tenue puisqu'elle ne réside que dans la différence entre obligation de donner et obligation de faire. Or si de nombreux marchés de fournitures contiennent des obligations de donner et sont donc des contrats de vente, on trouve deux familles de marchés de fournitures contenant une obligation de faire et qui sont par conséquent assimilables à des contrats d'entreprises.

185. La première de ces familles est constituée des nombreux marchés comportant concurremment deux objectifs : la vente de biens mobiliers et la livraison de ces biens en un lieu donné. La situation est tellement courante qu'un auteur fait de la livraison un élément essentiel du marché de fournitures en considérant que la vente seule ne serait pas un marché de fourniture³¹ — solution que l'on ne saurait retenir, ni pour hier ni pour aujourd'hui. En revanche, le problème posé par ces contrats à deux objets et celui de la distinction entre contrat de vente et contrat d'entreprise, notamment lorsque l'entrepreneur fournit aussi les matériaux ou que le vendeur livre lui-même l'objet³².

La tradition romaine, reprise par le droit civil durant tout le XIX^e siècle, considérait que « l'obligation de donner » les matériaux primait le plus souvent sur « l'obligation de faire » et qu'il fallait donc qualifier ces contrats mixtes de « ventes » dans les cas litigieux³³. Dans le même temps, le droit public considérait que ces contrats étaient des marchés de fournitures, se fondant sur l'élément mobilier pour conclure que, n'étant pas des marchés de travaux publics, ils ne pouvaient être que des marchés de fournitures. À cette époque, les marchés de fournitures étaient par conséquent tous, au sens du droit privé, des contrats de vente.

Cependant, le droit privé évolua deux fois dans sa définition des contrats d'entreprise : d'abord en adoptant une position plus souple, consistant à dire que certains de ces contrats pouvaient être des contrats d'entreprise si la part d'obligation de faire avait une valeur économique plus grande que l'obligation de donner. Ainsi, la livraison d'un bien mobilier de faible valeur à l'autre bout du monde devenait un contrat d'entreprise et non plus un contrat de vente. Ensuite, cette définition évolua encore et se fonda, comme c'est encore le cas aujourd'hui, sur le critère du « travail spécifique ». Cette théorie consiste à considérer qu'un contrat est une vente si c'est un bien courant, « de série » qui est réalisé, mais que c'est un contrat d'entreprise dès lors que le bien est fait spécifiquement pour le

³¹ E. DESGRANGES, « Définition du marché de fournitures, étude de jurisprudence » *RDP* 1942 p. 189 et spé. p. 204. Il est à noter que cet auteur ne donne ensuite comme exemple que des cas dans lesquels l'administration est le vendeur - en inversant donc la situation - ou des cas de location ou d'échange (par ex. CE 8 novembre 1902 *Sieur Faillette c/ Sieur Chardin et comm. De Charpentry*, rec. p. 645), sa démonstration est par conséquent peu recevable.

³² Lorsque la personne publique est déjà propriétaire de l'objet qui va être livré ou travaillé il s'agit forcément d'un contrat d'entreprise puisqu'il n'y a en fait pas d'obligation de donner mais bien une simple obligation de faire. À l'inverse, lorsqu'il s'agit de la vente d'un bien meuble qui n'est pas encore fini mais qui aurait normalement été fait même sans l'achat, il s'agit d'une vente puisqu'il s'agit alors d'une obligation de donner - parfois après un certain laps de temps - et non d'une obligation de faire.

³³ Notamment, si le fabricant fournissait les matériaux, le contrat était qualifié de vente, quelle que soit l'ampleur du travail effectué. Cette solution, pourtant contestable au regard de l'article 1787 du Code civil qui prévoit que le contrat d'entreprise peut convenir que l'entrepreneur fournira la matière ou non, est confirmée par POTHIER *Du louage d'ouvrage*, n° 394 et par PLANIOL dans une note au *Dalloz* 1897.1.89

cocontractant³⁴. Depuis le premier de ces changements du droit privé, les marchés de fournitures — dont la définition n'avait pas évolué — pouvaient être selon les cas contrats de vente ou contrats d'entreprise.

186. La seconde de ces familles de marchés de fournitures assimilables à des contrats d'entreprise regroupe des contrats qui ne comportent qu'une obligation de faire. Il en est ainsi de contrats dans lesquels le cocontractant rend en fait un « service » plus qu'il ne fournit un bien mobilier, mais aussi bien sûr des contrats qui consistent de la part du cocontractant en la livraison d'un bien mais pas en sa vente³⁵. En droit privé, ces contrats ne peuvent être qualifiés que de contrats d'entreprise puisqu'ils ne comportent qu'une obligation de faire et, de fait, aucune véritable obligation de donner qui conduise à un transfert de propriété. En droit public, ces contrats ne consistant qu'en la livraison de biens mobiliers sont bien, depuis l'origine, qualifiés de marchés de fournitures.

187. Les marchés de fournitures sont donc selon les cas assimilables à des ventes de droit privé ou des contrats d'entreprise. Cette double nature sera facteur d'extension de la notion en permettant de dépasser la distinction entre biens meubles et biens immeubles et ouvrir les marchés publics aux services.

3) Les marchés de fournitures, une catégorie résiduelle en extension

188. On peut justifier la place matérielle des fournitures jusqu'à 1956³⁶ par la constatation qu'il s'agit d'une catégorie à la fois résiduelle et en extension.

Résiduelle, tout d'abord, du fait du caractère attractif de la notion de travaux publics. On l'a dit, dès lors que la fourniture participait à un travail public le contrat était qualifié de marché de travaux publics, même si la proportion de travail était faible par rapport à l'importance de la fourniture³⁷. Il n'était donc utile de rechercher la qualification de marché de fournitures que dans le cas où la fourniture ne contribuait pas à un travail public, c'est en cela qu'elle avait un caractère résiduel.

Pour autant, les marchés de fournitures étaient une catégorie en extension puisque, du fait de la distinction entre biens meubles et biens immeubles, dès lors qu'un marché n'était pas un marché de travaux publics, il était forcément un marché

³⁴ « Il y a contrat d'entreprise et non vente lorsque le contrat porte, non sur des choses déterminées à l'avance, mais sur un travail spécifique destiné à répondre aux besoins particuliers du donneur d'ordre » précise Cass. Civ. 1, 14 décembre 1999, *Bull. civ. 1*, n° 340 ; *Gaz. Pal.* 1^{er}-3 avril 2000, *Somm. Obs.* PEISSE. Cf. aussi pour la chambre commerciale dans le même sens Com. 3 janvier 1995 *Bull. Civ. IV*, n° 2 ; rec. p. 291 ; *JCP* 1995.I.3880, n° 1, obs. LABARTHE ; *Gaz. Pal.* 1997.1.*Somm.* 102, obs. PEISSE

³⁵ CE 11 avril 1837 *Gavarini c. le ministre de la guerre* rec. p. 111, pour un marché transférant les risques du transport par mer de bestiaux pour l'approvisionnement des troupes. Il est intéressant de noter que ce dernier marché n'a pas été qualifié de contrat d'assurance (de droit privé) alors que la discussion a porté sur ce point, mais de « marché ayant pour objet la garantie d'un service public ».

³⁶ Année de « naissance » des marchés de service comme catégorie à part entière, cf. *supra* B)

³⁷ Il ne fallait pas, malgré tout, que la proportion de travail soit infime, cf. *supra*, 1^{ère} partie, titre 1^{er}, Chapitre 1^{er}.

de fournitures³⁸, ce qui ouvrait la catégorie à tous les nouveaux types de biens meubles que l'évolution technique faisait apparaître, et même à des services. C'est cette extension qu'il convient d'aborder maintenant en examinant la naissance de la notion de marché de services.

§ 2^e : Naissance et reconnaissance des marchés de services

189. L'extension continue de la notion de marché de fournitures et son hétérogénéité ont conduit à se poser la question de son unité et, partant, de son intérêt. Si cette unité était en fait déjà contestée dans les toutes premières législations sur les marchés publics avec la notion de « marchés de transports » (A), c'est bien plus tard qu'est apparue une notion autonome de marchés de services (B).

A) Les prémices : les marchés de transports

190. À l'origine de la notion de marchés de transports, on trouve une erreur qui consistait à considérer que les marchés de fournitures étaient tous assimilables à des ventes de droit privé. On vient de le voir, cette vision est abusive même si elle est en règle générale recevable. Or, dès les premiers textes post-révolutionnaires, il a fallu contourner ce faux postulat, et cela notamment pour tous les contrats ne comportant qu'une obligation de faire. En effet, lorsqu'il a voulu soumettre les marchés de transport des troupes à des mesures de publicité et de mise en concurrence, le législateur s'est avisé qu'il ne s'agissait pas de marchés de travaux et qu'ils ne pouvaient par conséquent être soumis aux textes les régissant. La logique que nous avons détaillée entre biens meubles et biens immeubles aurait donc voulu faire de ces contrats des marchés de fournitures, mais l'assimilation de ces contrats à des ventes en même temps qu'aux biens meubles interdisait cette qualification. Il apparaissait alors nécessaire de créer une troisième catégorie pour résoudre cette aporie.

Or cette troisième catégorie trouva un écho particulier dans le Code civil lequel distinguait déjà, au sein des contrats d'entreprise, ceux appelés : « *[Contrats] des voituriers, tant par terre que par eau, qui se chargent du transport des personnes ou des marchandises* »³⁹. Reprenant peu ou prou cette qualification, le droit public créa la notion de marchés de transport qu'il soumit aux procédures des marchés de fournitures puisque c'est cette catégorie qui était extensive. Il en a par exemple été ainsi des transports militaires par un décret du 13 au 13 mars 1792⁴⁰ et, plus généralement, de tous les marchés de transport de

³⁸ Exception faite, dans certains cas, des marchés de transport dont nous verrons la fausse spécificité, cf. *infra*.

³⁹ Article 1779, 2^o c. civ.

⁴⁰ Cf. décret du 13-21 mars 1792, art. 2 « *le service des transports militaires ne pourra, dans aucun cas, être fait en régie, mais qu'il sera donné en entreprise et au rabais par une adjudication publique, faites suivant les dispositions [...]* concernant les commissaires de guerre ». DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 4 p. 83, L. 8, 315 ; B. 21.45.

l'État par l'ordonnance des 4-7 décembre 1836⁴¹. Le caractère peu systématique de cette notion de marchés de transport transparait pourtant dans le fait que l'on hésite à cette époque à généraliser l'application des mesures de publicité à cette catégorie créée par défaut. C'est par exemple ce que laisse entendre l'ordonnance des 14 novembre-12 décembre 1837 *relative aux marchés des communes et établissements de bienfaisance* qui n'est applicable qu'aux marchés de travaux et de fournitures et non, comme il en est disposé dans l'ordonnance de 1836 pour les marchés de l'État, aux marchés de transport⁴². La reprise automatique de ces dispositions dans les textes ultérieurs, et notamment dans le décret du 6 avril 1942, ne conduira à faire évoluer la terminologie que très tardivement par rapport aux deux premières catégories. En tout état de cause, pour la doctrine, ces marchés de transport seront pour leur passation assimilés aux marchés de fournitures⁴³, c'est par exemple ce que précise HAURIOU en 1921⁴⁴.

Les marchés de transport, catégorie historique importante, ont disparu avec l'avènement des marchés de services dans lesquels ils se sont presque entièrement fondus.

B) La naissance des marchés de services

191. L'expression « marché de services » est utilisée pour la première fois dans le décret du 13 mars 1956⁴⁵, un des textes fondateur du régime des marchés publics actuels en ce qu'il sera codifié avec d'autres de cette époque pour former le Code des marchés publics de 1964. Cette catégorie, qui englobe celle de marché de transport⁴⁶, n'acquiert

⁴¹ Ordonnance 4-7 décembre 1836, *Ordonnance du Roi portant règlement sur les marchés passés au nom de l'État*, DUVERGIER *Lois et décrets*, Tome 36, p. 487, IX, Bull. CDLXX, n° 6, 606. « Article 2 : Il pourra être traité de gré à gré - 1° Pour les fournitures, transports et travaux dont la dépense totale n'excédera pas 10000 francs [...] » Le décret impérial du 31 mai 1862, art. 3, DUVERGIER *Lois et décrets* Tome 62 p. 316 reprend exactement les termes de l'ordonnance de 1836 et le Décret du 18 novembre 1882, *relatif aux adjudications et aux marchés passés au nom de l'État*, Dalloz 1883.4.56, Code administratif Dalloz 1926 p. 273 utilisera ces termes « Les marchés de travaux, fournitures ou transports au compte de l'État sont faits avec concurrence et publicité, sauf les exceptions mentionnées à l'article 18 ci-après. »

⁴² Ordonnance 14 novembre-12 décembre 1837 : *Portant règlement sur les entreprises pour travaux et fournitures au nom des communes et des établissements de bienfaisance*. DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 37, p. 437, IX, Bull. DXLVI, n° 7183. précitée 1^{ère} partie, Titre 1^{er}, chapitre 1^{er}, dispose expressément : « toute entreprise de travaux et fourniture [...] » et non « tous les marchés [...] » comme l'ordonnance de 1836 *Ibid.* art. 1^{er}.

⁴³ Sans rentrer dans les détails, notons toutefois un aménagement à cette règle faite par le Tribunal des conflits et le Conseil d'État dans deux arrêts TC 7 novembre 1922 *Manon* et CE 7 mars 1923 *Société Hellenic Transport Steamship* qui considèrent que les contrats de transports ne sont pas assimilés aux marchés de fournitures lorsque « l'objet de la prestation du contrat ne réalise pas directement et immédiatement un but de service public » Cf. M. RÉGLADE « De l'application aux marchés de fournitures du principe de la séparation des autorités judiciaire et administrative (étude de jurisprudence) » RDP 1924 p. 191

⁴⁴ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public à l'usage des étudiants en licence (2^e et 3^e années) et en doctorat ès-sciences politiques*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1921, 10^e ed. p. 792

⁴⁵ Article 1^{er} du décret n° 56-256 du 13 mars 1956 *relatif aux marchés passés au nom de l'État*, remplaçant le décret du 18 novembre 1882 et une partie du décret 6 avril 1942 ; *AJDA* 1956 III p. 21.

⁴⁶ C'est ce que précise la circulaire du 21 mars 1957, au *J.O.* du 31 mars 1957, d'application du décret précité.

pourtant pas tout de suite une valeur juridique importante. La principale raison à cela est la difficulté de percevoir ce que le terme « service » doit comprendre.

192. Outre les marchés de transport, il semble que presque tous les contrats puissent être ainsi définis puisqu'aussi bien les marchés de travaux que les marchés de fournitures contiennent une part de service (l'exécution du travail public ou la livraison du bien mobilier par exemple). Plus simplement, si l'on part de l'idée que le service doit être l'objet principal du contrat, seuls les marchés de définition, ceux visant à la préparation d'un marché de travaux ou de fourniture, semblent pouvoir être inclus dans cette catégorie en plus des marchés de transports. Dans ces contrats, le service peut alors assurément se « détacher » du contrat final qui a, lui, pour objet la fourniture ou le travail. Quant au régime, le texte du décret assimile parfaitement ces nouveaux « marchés de services » aux « marchés de fournitures », constatant en cela une différence de nature contractuelle mais n'en tirant pas de conséquences pour le régime de passation.

193. Cette difficulté dans la définition aura pour conséquence que la véritable naissance de « marchés de services » autonomes n'aura lieu qu'avec le *Cabier des clauses administratives générales de fournitures courantes et services*, issu du décret du 27 mai 1977⁴⁷. À partir de ce moment, le développement de l'économie de service ainsi que le réalisme de la distinction en trois objets – travaux, fournitures et services – qui rend cohérente la notion de marché public aurait dû conduire au développement des marchés de services. Or tel n'a pas été le cas et ce développement sera aussi lent que continu. La preuve en est notamment que les marchés publics européens, dont les premières directives datent de quelques années seulement après le code, excluent les services dans toutes leurs composantes : d'une part en ne mettant pas en place de directive les concernant que 20 ans plus tard⁴⁸, d'autre part en excluant des directives « générales » les marchés des entreprises « en réseau » dont l'activité est essentiellement axée sur la fourniture de services ; même s'il ne s'agit que des services dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, secteurs jadis « exclus » et aujourd'hui simplement « spéciaux »⁴⁹.

Comme on le verra dans la section suivante, la notion de marché de services sera, malgré cette lenteur, toujours en extension. Cette analyse ne prend pourtant toute sa portée qu'en considération des modifications de la valeur contraignante des règles de passation des marchés publics, modifications dont la complexité nécessite que l'on s'y attarde.

⁴⁷ Décret n° 77-699 du 27 mai 1977 *approuvant le cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de fournitures courantes et de services* (J.O. du 3 juillet 1977) Modifié par les décrets n° 81-100 du 3 février 1981 (J.O. du 5 février 1981) ; n° 81-271 du 18 mars 1981 (J.O. du 27 mars 1981) ; n° 86-447 du 13 mars 1986 (J.O. du 16 mars 1986) ; n° 86-619 du 14 mars 1986 (J.O. du 20 mars 1986) et toujours en vigueur.

⁴⁸ Rappelons que les deux premières directives « travaux » datent du 26 juillet 1971 (71/304/CEE et 71/305/CEE) et que les deux directives « fournitures » datent du 17 décembre 1969 (70/32/CEE) et du 21 décembre 1976 (77/62/CEE) alors que la première directive « services » date du 18 juin 1992 (92/50/CEE), c'est-à-dire environ 20 ans plus tard.

⁴⁹ Art. 3 al. 4 et 5 de la directive 71/305 et art. 2 al. 2 de la directive 77/62.

§ 3^e : La compétence contentieuse et la force juridique de ces contrats

194. La multiplication des contrats soumis à des mesures de publicité et de mise en concurrence ne peut être analysée qu'au regard de la force contraignante des réglementations imposant de telles procédures. On ne saurait en effet juger de l'importance de ces textes sans se référer à la fois à la possibilité, pour des personnes publiques, de ne pas respecter les procédures de passation malgré leur caractère apparemment impératif (A) ainsi qu'à l'éventualité de contrats dont l'élément matériel est identique à celui des marchés publics, mais qui sont en réalité soumis au droit privé (B).

A) L'évolution du caractère contraignant des procédures de passation.

195. La question qui se pose est celle de savoir si tous les marchés de fournitures⁵⁰ étaient obligatoirement passés en suivant la procédure de l'adjudication posée par les textes ou si les personnes publiques pouvaient s'en affranchir et passer leurs contrats de gré à gré, c'est-à-dire dans les conditions du droit privé, sans que ce choix puisse être contesté.

Les premiers arrêts rendus après l'ordonnance des 10-27 mai 1829 suivaient une règle simple : l'adjudication établie comme principe dans l'ordonnance était une règle qui avait pour seul objet la défense des deniers publics, elle était donc posée au profit de la seule administration⁵¹. Partant, l'unique personne susceptible de contester les conditions dans lesquelles avait été passé un marché était la personne publique, les autres – cocontractant, candidat évincé, contribuable communal – ne pouvaient en aucun cas contester le mode de passation du contrat⁵².

196. Cette approche de l'adjudication comme une « mesure d'ordre intérieur non susceptible de recours »⁵³ fut celle retenue jusqu'au début du XX^e siècle, avec toutefois une nuance que seule une étude systématique est susceptible de rendre. Il convient en effet de distinguer entre les recours contre les marchés de gré à gré qui auraient dû être passés

⁵⁰ L'évolution ci-après exposée s'applique en fait aussi bien aux marchés de fournitures qu'aux marchés de travaux publics ou de transport.

⁵¹ CE 3 juin 1831 *Ferri-Pisani* & CE 28 février 1834 *M. Janet* cités par le *Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence*, Paris, Dalloz ed., 1875, Tome 3, V^o marchés de fournitures n^o 16. Cela avait aussi pour conséquence que le ministre ou le préfet devant approuver le résultat de l'adjudication pouvait ne pas l'approuver et demander une nouvelle adjudication à tout moment Cf. CE 17 janvier 1849 *Cosse*, rec. p. 53 ; ou même pouvait demander un marché de gré à gré sans que les concurrents évincés puissent contester cette décision Cf. CE 17 mai 1895 *Crébensac*, rec. p. 424

⁵² Pour des développements allant dans le même sens, cf. B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2003, n^o 100 et s. p. 119 et s. à propos des nullités absolues et relatives en droits civil et administratif.

⁵³ Termes issus de l'arrêt CE 14 mai 1886 *Augustinetty*, rec. p. 415, employés par le Commissaire du gouvernement COHEN-SALVADOR dans ses conclusions sur l'arrêt CE 19 novembre 1926 *Decuty*, RDP 1927 p. 55 lorsqu'il propose un revirement de cette jurisprudence.

après une adjudication (2) et les recours qui visent à contester une adjudication mal effectuée (1).

1) Un contrôle antérieur de l'adjudication irrégulière

197. La justification initiale de l'interdiction des recours par le fait que l'adjudication était posée « dans l'intérêt exclusif de la personne publique » semble *a fortiori* interdire un contrôle des conditions de l'adjudication par le juge. C'est d'ailleurs ce que jugeait le Conseil d'État au début du XIX^e siècle. Le seul recours possible en cas d'adjudication irrégulière était le recours à la personne approuvant le marché, notamment pour les collectivités locales.

198. Pourtant, sous l'influence de Commissaire du Gouvernement L. AUCOC, la Haute juridiction administrative nuance l'absence totale de recours contre les adjudications par un arrêt *Servat* de 1868⁵⁴. Par celui-ci, elle ouvre aux tiers évincés⁵⁵ le recours pour excès de pouvoir contre les actes entourant l'adjudication⁵⁶ dans la mesure où celle-ci n'était pas passée dans les conditions réglementaires. Si l'on s'en réfère aux conclusions du Commissaire du gouvernement, ce revirement de jurisprudence⁵⁷ a été motivé par le fait que l'engagement de l'administration à conclure un marché après une adjudication est à l'origine de dépenses de la part du candidat à l'adjudication, notamment des études et des cautionnements. Il lui semblait donc que si l'administration s'engageait à passer une adjudication, il fallait qu'elle le fit avec honnêteté, en suivant strictement la procédure afin de ne pas flouer les candidats⁵⁸. C'est donc par application de ce que certains appelleraient aujourd'hui « un principe de confiance légitime » que le recours contre les conditions de l'adjudication a été ouvert quarante années avant le recours contre

⁵⁴ CE 9 janvier 1868 *Servat*, rec. p. 12 avec les conclusions L. AUCOC en note ; cette jurisprudence revenait sur la jurisprudence antérieure, confirmée peu avant par un arrêt CE 29 novembre 1866 *Gris*, rec. p. 1085.

⁵⁵ Le Commissaire du Gouvernement L. AUCOC refuse d'aller trop loin en ouvrant le recours à tous les citoyens ou contribuables en estimant « On ne serait pas plus fondé à ajouter que la publicité des adjudications est établie dans l'intérêt du public et qu'il n'appartient pas au premier venu de veiller à l'accomplissement régulier des formalités établies par la législation de la matière ».

⁵⁶ en fait, le recours était ouvert en aval de l'adjudication, soit contre la décision ministérielle ou préfectorale d'approbation du marché, soit contre le refus de ne pas approuver ; et en amont contre l'autorisation du Conseil municipal.

⁵⁷ Comme le rappelle G. JÉZE, in *Les contrats administratifs*, Paris, Giard ed. 1927 p. 129 ; le commissaire du Gouvernement LE VAVASSEUR DE PRÉCOURT avait vu dans ses conclusions sur CE 21 mars 1890 *Chambres syndicales des entrepreneurs de la Ville de Paris et sieurs Borgaux et Autres* (1^{ère} esp) rec. p. 321 deux arrêts antérieurs qui allaient dans ce sens mais qui n'avaient pas été suivis Cf. CE 28 janvier 1836 *Charles Seguin et Colin c/ Jules Seguin*, rec. p. 48 et CE 26 juillet 1851 *Martin*, rec. p. 537 ; la solution étant en revanche constante après 1909. L. AUCOC note pour sa part trois arrêts dans ce sens auparavant (il ajoute aux deux précédents l'arrêt CE 1^{er} mars 1866 *Martin*, mais note aussi un arrêt contraire (CE 29 novembre 1866 *Gris*)

⁵⁸ Cette justification est aussi celle de M. HAURIOU *Précis de droit administratif et de droit public à l'usage des étudiants de licence (2^e et 3^e année) et en doctorat es-science politiques*, Paris, Librairie de la société du recueil Sirey, 10^e édition, 1921. p. 747

l'adjudication elle-même⁵⁹. Bien entendu, le recours pour excès de pouvoir n'était pas le seul recevable et l'essentiel des recours a pour objet une demande d'indemnité⁶⁰.

L'annulation ainsi possible était ouverte non seulement à la commune mais aussi aux tiers à qui elle fait grief, c'est-à-dire aux candidats évincés, sous la seule réserve qu'ils aient été admis à l'adjudication. En revanche, l'adjudicataire ne pouvait pas le contester⁶¹, mais il bénéficiait en retour du contentieux contractuel⁶². À la suite de H. BERTHÉLÉMY⁶³, précisons que la présence d'une irrégularité dans l'adjudication n'impliquait pas, par elle-même, l'annulation de celle-ci. Le juge n'annulait que lorsque l'illégalité pouvait avoir une influence suffisante sur le résultat de l'adjudication, par exemple lorsqu'un soumissionnaire était exclu de façon injustifiée⁶⁴. De plus, l'administration gardait une marge de liberté, sans contrôle par le juge, pour apprécier la solvabilité des concurrents ou les certificats de solvabilité en amont de la passation⁶⁵.

2) Les recours contre les marchés passés indûment de gré à gré

199. L'application du principe de liberté de choix dans les procédures de passation que nous venons de rappeler a interdit durant tout le XIX^e siècle que les réglementations sur les marchés puissent pleinement jouer leur rôle. Si les administrations ont effectivement suivi régulièrement une procédure d'adjudication, c'est parce qu'elle remplit bien son rôle de choix neutre du cocontractant le moins cher ; mais dès lors que la personne publique voulait favoriser une entreprise – pour des raisons compréhensibles de dumping économique local ou moins avouables de collusion – rien ne l'en empêchait⁶⁶. Les textes étaient compris comme « permettant » le meilleur choix et non comme

⁵⁹ Remarquons que cette justification issue de la Haute juridiction elle-même ne convainc pas G. JÉZE qui analyse dans sa note sous l'arrêt CE 30 mars 1906 *Ballande*, à la RDP 1906 p. 668 à 678 l'adjudication comme une « *manifestation unilatérale de volonté* », au même titre que la délibération d'un conseil municipal, et qui en tire la conclusion qu'on doit lui appliquer le régime de ce type d'acte à savoir, au plan contentieux, la possibilité d'un recours en annulation, et donc d'un recours pour excès de pouvoir à défaut d'un autre recours en annulation spécial.

⁶⁰ Cette demande vise à rembourser les dépenses faites pour l'adjudication et éventuellement le préjudice moral, cf. CE 21 mars 1890 *Caillette*, rec. p. 324 ; CE 9 janvier 1868 *Servat Op. Cit.* par exemple.

⁶¹ Il ne le peut que depuis un arrêt CE 4 février 1955 *de Saverne*, rec. p. 73. (l'arrêt est en matière de concession)

⁶² Sur ce point et sur les moyens que les auteurs du recours pouvaient soulever, cf. les conclusions du Commissaire du gouvernement J. ROMIEU sur l'arrêt CE 30 mars 1906 *Ballande*, rec. p. 281 (conclusions en note), RDP 1906 p. 668 à 678, note G. JÉZE (sans les conclusions)

⁶³ H. BERTHÉLÉMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, *Arthur Rousseau ed.*, 4^e ed. 1906, p. 612 et 613. Notons que l'auteur est réservé sur cette ouverture des recours aux tiers et estime que les réglementations ont effectivement été prises dans l'intérêt unique de l'administration

⁶⁴ CE 26 juillet 1851 *Martin*, rec. p. 537, précité. Dans cet arrêt, le prix devait être donné soit pour cent sangsues, soit pour mille sangsues et l'entreprise retenue avait donné le prix sans préciser à combien d'unité elle faisait référence. Le juge avait précisé de lui même le rapport ce qui était contesté par un tiers évincé.

⁶⁵ Voir sur ce point les arrêts cités par le commentateur des conclusions AUCOC sur l'arrêt CE *Servat, Op. Cit* au lebon.

⁶⁶ Cf. CE 4 mars 1887 *Mainguet c/ Durenne*, rec. p. 207 ; CE 4 juillet 1873 *Lefort*, rec. p. 612

l'imposant. La seule évolution que vit le XIX^e siècle à ce sujet fut l'ouverture du recours des contribuables communaux après une autorisation de plaider du Conseil de Préfecture par une loi de 1837⁶⁷; et ce uniquement parce que les contribuables agissent alors « au nom de la commune ».

Pratiquement, dès lors qu'un marché était passé de gré à gré, seuls la commune ou les contribuables bénéficiant d'une autorisation de plaider pouvaient exercer un recours. De plus, les marchés sur concours étaient à l'époque assimilés non pas à des adjudications mais à des marchés de gré à gré, la concurrence à laquelle ils étaient soumis étant suivie d'un libre choix de l'administration contractante⁶⁸. Pas plus que le gré à gré, le recours au concours par une personne publique ne pouvait donc être contesté devant le juge.

200. Le revirement logique parce que manifestement plus respectueux de l'esprit des textes n'est venu qu'en 1909. Dans l'arrêt *Barla*⁶⁹, le Conseil d'État rappelle que le principe est que les contrats doivent être passés par adjudication⁷⁰ et que les seuls cas dans lesquels le marché pouvait être passé de gré à gré étaient les exceptions limitativement fixées par les textes. Cet arrêt a donc transformé la « nullité relative »⁷¹ antérieure, doublement limitée à la personne publique et aux seuls contrats passés par adjudication, en une nullité absolue, qui permet à toute personne intéressée de faire un recours contre les actes détachables du contrat, et non seulement dans le cadre d'un marché passé par adjudication mais en plus dans celui d'un marché passé de gré à gré, ne serait-ce que pour contester le choix de ce mode de passation.

201. La valeur contraignante des adjudications a donc fortement évolué durant tout le XIX^e siècle : D'abord ouvert à la seule personne publique, le recours contre une adjudication irrégulière a été ouvert au tiers à qui cette illégalité faisait grief. Puis, la vision théorique des procédures de passation a changé puisque l'on est passé d'une adjudication établie au profit de la personne publique à une adjudication ayant pour objectif la défense de l'intérêt général⁷². Cette approche, nouvelle en 1909 mais classique aujourd'hui, a conduit à ouvrir le recours de droit commun contre les actes administratifs susceptibles de

⁶⁷ Ce recours a été mis en place par les articles 49 et 50 de la loi du 18 juillet 1837, puis par l'article 123 de la loi du 5 avril 1884, il perdure actuellement aux articles L. 2132-5 et s et R. 2132-1 et s du CGCT pour les communes et a été étendu aux départements et régions par la loi DCRA du 12 avril 2000 avec la création des articles L. 3133-1 et L. 4143-1 du CGCT.

⁶⁸ Cf. sur ce point, les conclusions J. ROMIEU sur l'arrêt CE 30 mars 1906 *Ballande*, rec. p. 281 (conclusions en note, spé p. 280), RDP 1906 p. 668 à 678, note G. JÉZE (sans les conclusions) et l'arrêt CE 9 juin 1905 *Société des anciens établissements Henri Satre*, rec. p. 529.

⁶⁹ CE 5 février 1909 *Barla*, rec. p. 134, RDP 1910 p. 61 note G. JÉZE. L'auteur de la note qualifie l'argument d'une réglementation édictée dans le seul intérêt de la personne publique de « *puérole*, je dirais même *ridicule* ». (les italiques sont de G. JÉZE)

⁷⁰ L'arrêt n'est d'ailleurs pas en matière de marchés de travaux publics mais en matière de pompes funèbres, service public qui devait à l'époque, au terme d'une loi du 28 décembre 1804, être délégué après une procédure d'adjudication conforme au lois et règlements sur les marchés de travaux publics. Comment ne pas faire un lien avec l'actuelle loi Sapin...

⁷¹ G. JÉZE, *Op. Cit.* p. 62

⁷² Pour cette qualification d'intérêt général, cf. les conclusions de M. CAHEN-SALVADOR dans ses conclusions sur l'arrêt CE 19 novembre 1926 *Decuty*, RDP 1927 p. 55, précité.

porter atteinte à un intérêt public, ou plus précisément à un droit objectif : le recours pour excès de pouvoir.

B) Une soumission courante au droit privé

202. Telle que nous l'avons exposée, l'approche matérielle des fournitures dans les marchés publics ne diffère pas de certaines fournitures de droit privé. En réalité, on peut même dire que la définition matérielle des fournitures n'a rien de différent de celle d'un bien susceptible de faire l'objet d'une vente ou d'un contrat d'entreprise de droit privé, sauf la nécessité que son utilisation entre dans les compétences de la personne publique.

La conséquence de cette symétrie est que les caractéristiques matérielles des fournitures ne permettraient pas de dire si un contrat était un marché public ou un contrat de droit privé. Contrairement aux marchés de travaux publics pour lesquels c'est la qualification matérielle qui donnait la compétence, pour les marchés de fournitures, il fallait en plus examiner les autres critères du contrat. Ainsi, les réglementations sur les marchés ont contribué à la naissance de la notion de contrat administratif en conduisant à la « découverte » des critères de distinction entre contrats de droit commun de l'administration — soumis au droit privé — et marchés publics — soumis au droit public. De fait, jusqu'au Code des marchés publics, la nature contractuelle se posait quasi exclusivement en terme de compétence contentieuse : dans un premier temps, la compétence administrative était réservée aux contrats passés dans les conditions de publicité et concurrence posées par les lois et règlements sur les marchés publics (1). Puis, dans un second temps, l'application des critères des contrats administratifs compliqua — heureusement — cette solution (2).

1) Une compétence administrative doublement limitée

203. On a déjà signalé que la loi du 28 pluviôse An VIII ne donnait compétence aux Conseils de préfecture qu'en matière de travaux publics et non en matière de marchés de fournitures. Ces derniers étaient soumis à un décret du 11 juin 1806⁷³ qui distinguait entre les marchés de l'État et les marchés des départements, des communes et des établissements de bienfaisance. Or ce décret a été la source d'une longue instabilité jurisprudentielle puisque, en donnant explicitement compétence au Conseil d'État pour les

⁷³ Décret du 11 juin 1806, *Sur l'organisation et les attributions du Conseil d'État*, DUVERGIER *Lois et Décrets*, Tome 15 p. 376, 4, Bull. 98, n° 1652 ; article 14-2 « [le Conseil d'État connaîtra] de toutes contestations ou demandes relatives soit aux marchés passés avec nos ministres, avec l'intendant de notre maison, ou en leur nom, soit aux travaux ou fournitures faits pour le service de leurs départements respectifs pour notre service personnel ou celui de nos maisons »

marchés de fournitures de l'État, il a conduit les juges, par une interprétation *a contrario*, à soumettre les marchés des collectivités locales à la compétence de l'ordre judiciaire⁷⁴.

Par ailleurs, il se posait un problème de qualification de ces contrats, dû principalement au fait que, pendant longtemps, les procédures de passation n'aient pas été obligatoires : ces marchés passés dans les conditions du droit privé et non par adjudication étaient-ils des marchés de fournitures ou bien devenaient-ils des contrats de droit privé ? La jurisprudence et la doctrine penchèrent pour la deuxième solution et considérèrent qu'en ne se soumettant pas à l'adjudication, la personne publique avait voulu se soumettre volontairement à la compétence de la juridiction judiciaire et ne pas bénéficier de la « protection » que lui procurait le droit public.

Initialement, la compétence administrative était donc doublement limitée, d'une part aux marchés de fournitures de l'État du fait de l'interprétation du décret de 1806, d'autre part aux marchés passés par adjudication du fait de la qualification de contrat de droit privé des marchés passés dans les conditions du droit commun.

2) L'application des critères des contrats administratifs

204. La première interprétation du décret du 11 juin 1806 a été abandonnée, vers 1920⁷⁵, au profit d'une seconde qui rapprochait la situation des marchés de fournitures du droit administratif général. Paradoxalement, ce rapprochement renforça la différence entre marchés de travaux publics et marchés de fournitures et eut pour conséquence un développement des marchés de fournitures soumis au droit privé. Cette nouvelle interprétation a en effet eu deux effets contradictoires : d'une part, elle a conduit à limiter la compétence administrative en matière de marchés de fournitures en revenant sur le principe de la compétence administrative pour les marchés de l'État, et d'autre part, elle a étendu les cas de compétence administrative pour les marchés de fournitures de collectivités locales. Cette évolution s'est faite en deux temps.

Dans un premier temps, le juge administratif a abandonné l'interprétation *a contrario* du décret en considérant qu'il n'avait pas pour conséquence que tous les marchés des *collectivités locales* fussent de droit privé. Il fallait donc revenir au principe général et appliquer aux marchés locaux les critères des contrats administratifs pour juger de la juridiction à laquelle ils seraient soumis⁷⁶.

Dans un second temps, cette fois-ci par une interprétation *contra legem* du décret, le Conseil d'État et le Tribunal des conflits ont abandonné le principe selon lequel tous les marchés de fournitures de l'État devaient être de la compétence du Conseil d'État. Ici encore, ils ont prôné une application des critères des contrats administratifs et permis

⁷⁴ Cf. infra, 1^{re} partie, titre 2

⁷⁵ Cf. note 77

⁷⁶ L'exemple le plus connu de ce premier temps est le *Grand arrêt* CE 31 juillet 1912, *Société des granits porphyroïdes des Vosges*, rec. p. 909, concl. L. BLUM ; *Dalloz* 1916.III p. 35, concl. L. BLUM ; *Sirey* 1917.III p. 15, concl. L. BLUM ; *RDP* 1914 p. 145, note G. JÈZE.

que les marchés de l'État soient portés devant le juge judiciaire⁷⁷. Seule restait de la situation antérieure une présomption voulant que s'il y avait doute dans l'application des critères des contrats administratifs, les marchés de fournitures de l'État fussent administratifs et ceux des collectivités locales judiciaires⁷⁸.

205. Cette nouvelle interprétation remettait en cause le parallélisme que l'on aurait attendu entre marchés de travaux publics et marchés de fournitures. En effet, alors que la loi du 28 pluviôse An VIII apparaît comme une loi attributive de compétence qui pose une présomption⁷⁹, ce caractère a disparu du décret de 1806 qui n'est plus qu'un texte creux puisque renvoyant à une application presque normale du droit commun des contrats administratifs. Pour autant, ce retournement de situation s'explique pour deux raisons : comme le dit BERTHÉLÉMY⁸⁰, la soumission des marchés de fournitures de l'État au Conseil d'État par le texte original du décret de 1806 était due à la volonté de soumettre ces marchés complexes et nombreux à « *une juridiction plus simple et plus expéditive* », vertu dont faisait preuve à l'époque le juge administratif et qui n'a rapidement plus été sa qualité première. Ensuite, la logique de la loi du 28 pluviôse An VIII était que la juridiction administrative protégeât les biens les plus importants du patrimoine public, à savoir les biens immeubles. Les biens meubles, à l'époque considérés comme moins importants, moins utiles au service public, pouvaient pour leur part aisément être soumis au juge judiciaire puisqu'ils ne nécessitaient pas cette protection.

Reste à noter que l'application des critères des contrats administratifs aux marchés de fournitures a conduit certains de ces contrats à être qualifiés de contrats de droit privé, ce qui n'arrivait jamais en matière de travaux publics. Cette situation inhabituelle a induit deux réactions différentes selon les époques. Lorsque dans les années 1920 le juge a mis en place la nouvelle interprétation *contra legem* du décret de 1806, il s'est avisé que la soumission de marchés de fournitures de l'État au juge judiciaire mettait en évidence le caractère illégal de cette interprétation. La solution qu'il trouva pour que ce problème restât inaperçu fut donc de limiter la qualification de « marchés de fournitures » aux contrats administratifs soumis au contrôle de la juridiction administrative ; les contrats de fournitures des personnes publiques – au premier rang desquels l'État – passés dans les conditions des personnes privées n'étant pas expressément qualifiés de « marchés »⁸¹.

⁷⁷ CE 20 février 1920 *Thérès*, rec. p. 193 considérant qu'une vente de bétail passée dans les conditions du droit privé ne pouvait être un marché de fournitures de la compétence du Conseil d'État en vertu du décret de 1806 le conseil conclut à l'irrecevabilité de la requête ; et TC 18 juillet 1923 *Sté des magasins généraux c/ Ministre de la Guerre*, rec. p. 581 qui considère à l'inverse que la compétence est administrative du fait de l'application des règles du département de la guerre et de la participation de la société au service public. Cf. aussi TÉTREAU, *Les marchés de fournitures*, Thèse, Paris, 1921

⁷⁸ Sur cette « présomption inversée », voir A. de LAUBADÈRE, *Traité des contrats administratifs*, LGDJ, 1^{ère} ed. 1956, Tome 1^{er}, n° 82 p. 110

⁷⁹ Même si elle a en partie perdu ce rôle aujourd'hui du fait de la loi MURCEF pour les contrats passés en application du Code des marchés publics.

⁸⁰ H. BERTHÉLÉMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, Arthur Rousseau ed., 4^e ed. 1906, p. 509

⁸¹ Le décret de 1806 s'appliquant aux « marchés publics de fournitures », le fait de retirer la qualification de « marchés » aux contrats passés dans les conditions du droit privé permettait que le décret de 1806 ne leur soit plus applicable. C'est ce que notent A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ dans le *Traité des contrats administratifs*, LGDJ 1983, Tome 1 p. 270.

206. La situation actuelle, plus complexe, oblige à distinguer selon la définition interne ou communautaire des marchés publics. Pour les marchés publics au sens du Code des marchés publics, la situation a été éclairée par la loi MURCEF du 11 décembre 2001⁸² qui les soumet tous à la compétence du juge administratif en les qualifiant de « contrats administratifs ». Pour ce qui est des marchés au sens communautaire, tous ceux soumis à des procédures de passation par la loi du 3 janvier 1991 ou celle du 11 décembre 1992 continuent à pouvoir être des « marchés publics de droit privé », et par conséquent à être soumis à la compétence de la juridiction judiciaire, en fonction des critères classiques des contrats administratifs.

207. *Conclusion de la section 1^{ère}* : Comme pour les travaux publics, les premières réglementations des marchés de fournitures n'avaient pas l'unité actuelle, ni pour ce qui est de leur définition, ni pour ce qui est de leur régime juridique. De plus, cette fois-ci contrairement aux travaux publics, la notion de fourniture n'a pas eu de rôle dans d'autres pans du droit administratif, ce qui ne lui a pas donné l'occasion d'être précisée. C'est de cette instabilité qu'est née la notion de marchés de services, catégorie ne correspondant pas exactement aux fournitures et qu'il a fallu distinguer, mais c'est aussi de cette précarité de départ qu'est issue l'existence même des marchés publics comme contrats. En effet, l'impossibilité de fonder l'application des règles de passation sur le critère matériel a conduit à préciser les autres critères des contrats et les conditions de leur soumission au droit public, que cela soit pour le développement de la force contraignante de la procédure d'adjudication envers les personnes publiques ou pour la soumission de ces contrats au juge administratif. Pour autant, ce n'est que par une extension constante de ces catégories de marchés que sont les services et les fournitures que l'on a pu arriver à ce que les marchés publics puissent s'appliquer à un nombre croissant de biens.

⁸² Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 *portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier* J.O. Numéro 288 du 12 décembre 2001 p. 19703 « *Les marchés passés en application du Code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs. Toutefois, le juge judiciaire demeure compétent pour connaître des litiges qui relevaient de sa compétence et qui ont été portés devant lui avant la date d'entrée en vigueur de la présente loi.* » *Op. Cit* avec des critiques de rédaction dans la 1^{ère} partie, titre 1^{er}, chapitre 1^{er}.

SECTION 2^E :
LA CONSTANTE EXTENSION DES FOURNITURES
ET DES SERVICES

208. À l'instar des travaux, les fournitures et les services ont connu une extension continue, en quantité bien sûr, mais plus encore en diversité. Pour ce qui concerne les fournitures, elles ont essentiellement suivi les progrès de la technique puisque l'on est passé, si l'on nous permet ce raccourci, du crayon mine à l'ordinateur et du cheval de la Garde au char d'assaut. La technicité des différents biens a conduit le juriste à se poser la question de la soumission de tous ces biens à des règles communes. Les hésitations à ce sujet ont conduit à reconnaître des sous-catégories au sein des marchés de fournitures, tout en conservant à la notion de fourniture son unité et une place importante, quoique mal redéfinie. Pour ce qui concerne les services, leur naissance tardive, parallèle à ce que les économistes appellent le développement du secteur tertiaire est, elle aussi, empreinte de la diversité intrinsèque à la matière. Pour les fournitures comme pour les services, des définitions larges, évolutives et dont les rapports entre elles ont été redéfinis, ainsi que la prise en compte contractuelle de sous-catégories ont permis une adaptation aux évolutions de la société (§ 1^{er}).

Cependant, si les notions de fournitures, services et travaux ont évolué, elles n'ont jamais été redéfinies avec une volonté de créer un système cohérent. L'approche actuelle reste marquée par l'évolution historique. Or l'unification du droit des marchés doit nous conduire à définir simplement et de manière cohérente les différents objets sur lesquels peuvent porter ces contrats, ce qui nous paraît aujourd'hui possible puisque le droit interne comme le droit communautaire ont pour objectif de soumettre l'universalité des biens à des procédures de passation – même si elle pose des exceptions. (§ 2^e)

Après cette tentative de systématisation, nous ne pourrions que remarquer une évolution à venir. En effet, le droit communautaire tente actuellement une autre extension des services par une définition « téléologique » du marché public dans laquelle il voudrait faire entrer les *concessions de service*. C'est la question du lien entre les « services publics » et les « services » que cette nouvelle catégorie conduit à poser : est-il possible, comme l'on est passé des *marchés de travaux publics* aux *marchés de travaux*, de passer des *concessions de service public* aux *concessions de service* ; alors même que le droit français semblait opérer un retour à la notion de « service public » depuis la loi Sapin ? À moins que la notion de service public n'apparaisse comme une simple sous catégorie des services ? (§ 3^e).

§ 1^{er} : Une diversité des fournitures et services, source d'extension

209. Le fait que les administrations utilisent un nombre toujours plus grand de biens divers⁸³ – fournitures, informatique, espaces verts – et qu'elles aient recours à un nombre toujours plus important de services proposés par les entreprises – nettoyage, gardiennage – ne fait pas de doute. De plus, se développe aussi le recours aux services d'autres personnes lorsque l'administration en régie n'est pas possible pour des raisons de compétence technique ou de capacité financière.

Pour autant, on peut se demander si cette diversité de biens a eu une conséquence directe sur les notions juridiques de fournitures et services ou si, au contraire, ces dernières ont su être assez flexibles pour incorporer les évolutions. Après tout, toutes rentrent encore dans les catégories de meubles et d'immeubles ou de biens corporels ou incorporels.

On aboutit *in fine* à constater que le droit des marchés a eu une réaction médiane qui consiste en la préservation de la dichotomie fournitures-services mais en l'adaptant ; d'une part en séparant de plus en plus les deux catégories et en précisant la notion de service, d'autre part en utilisant des sous-catégories contractuellement adaptables. C'est l'absence de définition stricte de fournitures ou de service qui a permis une évolution dans un double sens : d'une part les marchés de fournitures se sont étendus mais sont restés limités par la notion de service (A), d'autre part la notion de service, résiduelle et non conceptuelle est devenue une catégorie qu'il conviendrait de mieux définir (B).

A) Des fournitures disparates et en constante augmentation

210. Les marchés de fournitures ont toujours eu des objets disparates. Cette situation a très vite été prise en compte par les textes imposant des procédures de passation. Ainsi, dès les premiers textes révolutionnaires, la mise en concurrence des « denrées périssables » a été limitée au maximum afin qu'elles fussent encore consommables après la procédure, l'application des procédures générales étant – déjà – trop longue pour garantir ce point essentiel⁸⁴. De même, les biens destinés aux armées ont rapidement été soumis à des dispositions permettant une procédure alliant efficacité et

⁸³ Il n'est pas nécessaire de détailler ces évolutions, mais il est toutefois possible d'apprécier des développements historiques (malheureusement limités aux travaux) dans M.P. MALAPERT, *Histoire de la législation des travaux publics*, Paris, Librairie générale de l'architecture, 1880.

⁸⁴ Voir par exemple le Décret 20 septembre-14 octobre 1791 *relatif aux commissaires des guerres*, DUVERGIER, *lois et décrets* Tome 3 p. 319 « Titre 2, Article 6 : Toutes entreprises de fourniture militaire, excepté celles des vivres et des fourrages, doivent être laissées au rabais par adjudication publique, après affiches et publications solennelles ».

secret pour des raisons évidentes de sécurité nationale⁸⁵. Que ce soit pour des raisons tenant à la nature même du bien ou à la personne qui en aura l'utilisation, les diverses fournitures n'ont dès le départ pas toutes été soumises à un régime parfaitement identique⁸⁶, mais elles ont toujours été qualifiées de *fournitures* du simple fait du caractère résiduel de cette notion (1). L'arrivée de la notion de service a modifié cette approche et contraint à rechercher une définition plus objective tout en l'obligeant à intégrer dans cette définition la diversité des fournitures (2). Il apparaît pourtant qu'un effort de simplification et d'unification des notions serait bienvenu (3).

1) Des fournitures non définies mais diversifiées

211. Jusque récemment, la notion de fourniture, bien qu'elle regroupât des variétés de biens très différentes, n'était pas juridiquement différenciée en sous-catégories. Certes, un nombre important de biens précis était soumis à des règles adaptées — l'exemple des denrées périssables est à ce sujet particulièrement topique — (a) mais l'on ne faisait pas de véritables sous-catégories dans lesquelles les biens étaient classés en grandes familles. Il faudra attendre les cahiers des clauses administratives générales des années 1980 pour esquisser de véritables sous-catégories de fournitures qui ont évolué parallèlement avec les besoins des personnes publiques, passant des « fournitures courantes » à des biens plus spécifiques regroupés sous la qualification de « fournitures industrielles ». (b)

a) Des fournitures très tardivement associées aux services

212. Le *Nouveau répertoire Dalloz* de 1964⁸⁷, dont l'analyse est la plus proche dans le temps de la publication du Code, procède à une définition des fournitures sous

⁸⁵ C'est une exception que l'on retrouve encore aujourd'hui, en droit communautaire comme en droit interne puisque les dispositions de l'article 3, 7^o du Code des marchés publics prévoit son inapplicabilité « *Aux contrats, autres que ceux qui sont passés en application du décret prévu au II de l'article 4 du présent code, qui exige le secret ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité conformément aux dispositions législatives ou réglementaires en vigueur ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'État l'exige* ». Il s'agit ici d'une différence entre les deux Codes de 2001 et 2004, le premier prévoyant en effet à son article 35 II 2^o un marché négocié sans publicité préalable mais avec mise en concurrence pour les « *marchés qui exigent le secret, ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'État est incompatible avec des mesures de publicité.* » Notons que l'on retrouve des dispositions similaires dans la directive 2004/18 dont l'article 10 pose le principe de l'application de ses dispositions pour les marchés de la Défense, tout en prévoyant à son article 14 une exception pour les « *marchés secrets ou exigeant des mesures particulières de sécurité* ».

⁸⁶ Cette diversité se retrouve rapidement au sein des fournitures, en dehors du fait que certaines sont aujourd'hui qualifiées de services.

⁸⁷ Sous la direction de E. VERGÉ et R. de SÉGOGNE, *Nouveau répertoire de droit*, Paris, Dalloz ed., 2^e ed. Tome 3^e, V^o « marchés de fournitures, de services et de travaux publics ».

forme de liste⁸⁸, éclairée par la considération que « lorsque la prestation due par le cocontractant [...] est un ou plusieurs objets mobiliers, le contrat considéré est un marché de fournitures ». Au moment de son entrée en vigueur, le Code de 1964 considère donc les « fournitures et services » comme une catégorie unique⁸⁹, l'autonomie actuelle des fournitures ne prenant forme que bien après l'arrivée des services, lorsque l'on a dû trouver des critères de distinction entre les deux.

Le Code actuel évite les discussions à ce sujet puisque, comme le droit communautaire l'avait fait avant, il définit son champ d'application matériel plus clairement en considérant qu'il s'applique aux « besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services »⁹⁰.

Ce débat a pourtant duré de nombreuses années. En effet, la notion de *fournitures* se distinguant de celle de *services* avec le cahier des clauses administratives générales « fournitures et services courants » de 1977⁹¹, on aurait pu croire que chacun des deux éléments se trouverait défini dans ce texte. Tel n'est pourtant pas le cas et, contrairement à ce que l'on aurait pu espérer, la distinction entre les deux s'en est trouvée plus inutile encore : d'une part cela a conduit à un rapprochement des régimes applicables aux services et aux fournitures – les règles du CCAG étant communes – alors qu'il était déjà presque identique dans le code, d'autre part le caractère de document contractuel du CCAG permettait que l'objet « réel » du contrat – fournitures ou services – ne soit pas l'objet « officiel » du CCAG : il est juridiquement possible de choisir le CCAG Travaux pour un marché de fournitures en adaptant quelques règles pour des raisons pratiques.

La distinction entre fournitures et services faisait défaut, mais la diversité de ces notions a paradoxalement conduit le législateur – ou plus précisément l'autorité réglementaire – à reconnaître et utiliser des sous-catégories de chacune de ces notions.

⁸⁸ *Ibid*, n° 1 « Le marché de fourniture est un contrat de droit public qui a pour but de procurer [...] des matières, denrées, objets mobiliers, de la maintenance ou des services ».

⁸⁹ C'est une approche que les plus grands auteurs conserveront longtemps, notamment en se fondant sur les termes de l'article 1 du Code des marchés publics « travaux, fournitures et services » pour considérer que la conjonction de coordination faisait des deux derniers une catégorie unique, cela alors même que le CCAG FCS utilisait la qualification de « marchés de prestations de services » (art. 2.3) cf. par exemple *Traité des contrats administratifs*, 1983, LGDJ Tome 1^{er}, n° 210. Qui précise « Progressivement, la notion de marché de services a tendu à prendre une identité propre, sans toutefois [...] apparaître comme une catégorie distincte de celle des marchés de fournitures. » Curieusement, il est encore possible de voir des développements de ce type dans le *Jurisqueleur administratif*, fasc. 525 de 1995 par J. GEORGEL.

⁹⁰ Cette définition du Code de 2004 existait déjà en 2001

⁹¹ Décret n° 77-699 du 27 mai 1977 *approuvant le cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de fournitures courantes et de services* (Journal officiel du 3 juillet 1977) Modifié par les décrets n° 81-100 du 3 février 1981 (J.O. du 5 février 1981) ; n° 81-271 du 18 mars 1981 (J.O. du 27 mars 1981) ; n° 86-447 du 13 mars 1986 (J.O. du 16 mars 1986) ; n° 86-619 du 14 mars 1986 (J.O. du 20 mars 1986)

b) La distinction entre les différentes fournitures

213. Ce n'est qu'avec le cahier des clauses administratives générales – Marchés industriels (C.C.A.G.M.I.)⁹² que l'on ressent le besoin de définir les fournitures industrielles et, partant, les fournitures courantes. Cependant, la circulaire d'application de ce décret⁹³ néglige malheureusement de donner une définition matérielle générale des fournitures.

Les fournitures industrielles sont définies comme des biens créés spécialement pour la personne publique, suivant ses spécifications et sous son contrôle⁹⁴. *A contrario*, les fournitures courantes sont des biens génériques que la personne publique se contente d'acheter à une entreprise qui les fournit aussi à d'autres personnes, publiques ou privées⁹⁵. En somme, la distinction entre les deux types de fournitures se fonde sur le critère du « travail spécifique » que nous avons déjà rencontré à l'occasion de l'analyse des différents types de contrats de droit privé.

214. Il semblerait de ce fait que l'on se trouve devant une équation simple : les marchés publics de fournitures courantes seraient tous assimilables à des contrats de vente de droit privé ; et les marchés publics de fournitures industrielles seraient pour leur part assimilables à des contrats d'entreprise. Le critère du « travail spécifique » étant le critère actuellement retenu en droit privé positif⁹⁶.

Pour autant, si ce critère continue d'être le centre de la distinction entre marchés industriels et marchés de fournitures courantes, le droit communautaire vient apporter une limite à cette utilisation de notions de droit privé en droit public. Il estime en effet que les contrats de location, location-vente et crédit-bail peuvent constituer des marchés publics. Nous précisons ce point mais il est d'ores et déjà possible de dire que ce qui est modifié par le droit communautaire, ce n'est pas l'obligation du cocontractant – qui reste une obligation de faire ou de donner – mais les autres conditions du contrat. Ainsi, l'obligation de donner ne s'associe pas à un transfert de propriété lorsque le contrat est une location. De la même manière, le transfert de propriété ne s'effectue qu'en fin du

⁹² Cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics industriels, approuvé par le décret n° 80-809 du 14 octobre 1980, modifié par le décret n° 81-271 du 18 mars 1981 ; le décret n° 86-447 du 13 mars 1986 ; et le décret n° 91-472 du 14 mai 1991.

⁹³ Circulaire du 14 octobre 1980 *relative à l'approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics industriels*, J.O. du 16 octobre 1980 p. 9156

⁹⁴ *Ibid* paragraphe 6 : « il s'agit de fournitures exécutées en principe suivant les spécifications de l'acheteur ; leurs prix sont en général établis sur devis ; la personne publique ne se contente pas de vérifier les fournitures à la livraison, mais en surveille la fabrication dans les établissements du titulaire. »

⁹⁵ Le *Nouveau répertoire Dalloz*, *Op. Cit.* précise que ces biens « se caractérisent pas leur existence préalable au contrat et par le fait que leur prix est déterminé par avance ».

⁹⁶ Le critère du « travail spécifique » est développé par la chambre commerciale de la Cour de Cassation en supplément du critère classique de l'apport des matériaux par le fabricant qui ne saurait avoir d'influence dans notre matière. Il distingue le contrat d'entreprise du contrat de vente en ce que le premier « porte, non sur des choses aux caractéristiques déterminées d'avance par le fabricant, mais sur un travail spécifique répondant à des besoins particuliers exprimés [par le cocontractant] » cf. Cass. Com. 4 juillet 1989 *Société commerciale Union Insurance Company Limited et autres c/ SA Speichin et autres*, JCP 1990.II.21515 note Y. DAGORNE-LABBÉ ; L. LEVENEUR « note sous C.Cass. civ. 1^{ère}, 14 décembre 1999 *Société Bretagne Hydraulique c/ M. Dagorn.* » *Contrat, concurrence, consommation*, 1^{er} avril 2000 p. 10

contrat pour un crédit-bail. Pourtant, dans les deux cas, il y a obligation de donner. La nuance apportée par le droit communautaire ne porte pas sur l'objet du contrat – faire ou donner un bien – mais plus sur le mode de financement de cet objet.

215. Si, au sein des marchés de fournitures, le critère de distinction entre les différentes sous-catégories de fournitures est aujourd'hui relativement bien établi et, ce qui est rare, en accord aussi bien avec le droit civil qu'avec le droit de la sous-traitance⁹⁷, il n'en reste pas moins que le droit français ne donne pas, jusqu'à l'arrivée des directives communautaires, de définition générale des biens en cause.

2) Des fournitures communautaires définies largement

216. La première directive communautaire « marchés publics » fut celle qui réglementait les fournitures⁹⁸. Suivant une approche plus anglo-saxonne que française, la Commission a intégré dans l'article premier des directives réglementant les marchés publics les définitions des termes employés dans le reste du texte. Elle a donc donné une définition générale des « fournitures », qui a été intégrée dans la loi du 3 janvier 1991 modifiée pour respecter une transposition exacte de la directive, et dans le premier article du Code de 2004⁹⁹

La qualification employée par la Commission pour désigner l'objet d'un marché de fournitures est celui de « produit », terme peu éclairant, que les commentateurs ont eu à préciser. Pour MM. LLORENS et SOLER-COUTEAUX¹⁰⁰, il « recouvre tous les biens susceptibles de faire l'objet d'une transaction commerciale ». C'est en effet ce que semble accepter la Cour de Justice en qualifiant de marchés de fournitures les marchés de matériel informatique¹⁰¹, de produits pharmaceutiques¹⁰² ou de gaze pour l'armée et les hôpitaux¹⁰³.

⁹⁷ Les contrats de sous-traitance étant par définition des « sous contrats d'entreprise » et non des contrats de vente, on applique bien souvent le critère du travail spécifique, pour des marchés publics comme pour des marchés privés, afin de déterminer si le cocontractant est ou non un sous-traitant pour savoir s'il peut ou ne peut pas bénéficier d'un paiement direct et de tous les avantages accordés aux sous-traitants par la loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975.

⁹⁸ Directive de la commission 70/32/CEE du 17 décembre 1969 *concernant les fournitures de produits à l'État, à ses collectivités territoriales et aux personnes morales de droit public*

⁹⁹ Comme il l'avait fait auparavant dans le livre V du Code des marchés publics de 1964 modifié et dans l'article 1^{er} du Code de 2001.

¹⁰⁰ F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, *Code des marchés publics commenté et annoté*, Paris, LITEC ed., 1999 p. 985. Ces auteurs précisent que le terme de produit est synonyme de « marchandises » au sens des articles 30 et suivant du Traité de L'Union. Cependant, les articles 31 et 33-4 anciens utilisent le terme de « produit » et non de marchandises et les 30 et s nouveaux n'utilisent ni l'un ni l'autre. En revanche, l'analyse reste parfaitement exacte puisque le titre 1^{er} de la troisième partie du traité version Amsterdam (art. 23 et 24, anciennement 9 et 10) qui a trait à la libre circulation des marchandises utilise le terme de produit comme synonyme de marchandises.

¹⁰¹ CJCE 5 décembre 1989, aff. 3/88 *Commission c/ Italie*, rec. I p. 4035 ; *Dalloz* 1990, SC p. 243, obs Ph. TERNEYRE

¹⁰² CJCE 3 mai 1994, aff. C-328/92 *Commission c/ Espagne*, rec. I p. 1569 ; *Dalloz* 1994 IR p. 146, DA 1994 n° 525

¹⁰³ CJCE 4 mai 1995, aff. C-79/94 *Commission c/ Grèce*, rec. I p. 107 ; *RDI* 1995 p. 542, obs F. LLORENS et Ph. TERNEYRE, *Europe* 1995 n° 250

Les articles 23 et 24 du Traité de l'Union¹⁰⁴ qui concernent la libre circulation des marchandises utilisent aussi le terme de « produit », ce qui sous-entend que tous les biens susceptibles d'être librement échangés dans l'Union — y compris les biens régulièrement importés¹⁰⁵ — participent de cette définition des produits¹⁰⁶ au sens de la directive.

217. L'article 1^{er} II commun aux Codes des marchés publics de 2001 et 2004 est plus précis que le droit interne antérieur : il énonce aussi, à la suite du droit communautaire, que les fournitures sont des « produits ». De plus, il semble également plus précis que le droit communautaire en ce qu'il utilise exactement les termes de « produits ou matériels ». Mais, d'une part aucune jurisprudence n'est encore venue préciser la teneur de ces deux termes, d'autre part, le terme de produit tel qu'il est précisé en droit communautaire est assez large pour que l'ajout du terme « matériel » n'apporte que peu de précisions. Au mieux, il nous semble que le terme de produit puisse être compris comme des biens mobiliers non ou peu manufacturés ; alors que le terme de matériel regrouperait des biens mobiliers ayant subi plus de transformations par l'homme.

Ainsi largement défini, l'objet des marchés de fournitures recouvre un certain nombre de cas dans lesquels les procédures de publicité et de mise en concurrence pourraient poser problème. Ces hypothèses, limitativement énumérées, sont donc exclues du champ d'application par les articles 2-b et 4 de la directive 93/36 « fournitures »¹⁰⁷ et 12 à 18 de la directive 2004/18¹⁰⁸, eux-mêmes repris aux articles 3 (ancien 379) du Code des marchés publics et 12 de la loi du 3 janvier 1991. Il s'agit, pour les résumer, des marchés déclarés secrets ou dangereux, de ceux réalisés sur le fondement d'un accord international et de ceux dans le domaine de la Défense, c'est-à-dire portant sur des armes, munitions et matériels de guerre¹⁰⁹.

218. Cette première notion communautaire de fournitures, transposée en droit interne dans le CMP et à l'article 9-1 de la loi du 3 janvier 1991, se double d'une seconde

¹⁰⁴ Selon la numérotation en vigueur après le Traité d'Amsterdam, ces articles étaient numérotés 9 et 10 auparavant.

¹⁰⁵ Voir en ce sens C. BRÉCHON-MOULÈNES, juriscenseur Europe, fasc. 1052 n° 104.

¹⁰⁶ Cette notion de biens « librement importé » ou « susceptibles de transaction commerciale » fait appel, pour le juriste français, à la notion de « biens du commerce », c'est-à-dire tous les biens à l'exception de ceux qui sont illégaux parce que : soit dangereux - produits stupéfiants - soit rares - animaux protégés - soit amoraux - une partie du corps humain par exemple, que certains hôpitaux publics pourraient acheter s'ils n'étaient pas bien heureusement indisponibles. Sur ce point, se référer à la loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 qui a inséré les articles 16, et 16-1 à 16-9 dans le Code civil, le nouvel article 16-1 disposant « *Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial* ».

¹⁰⁷ Directive 93/36/CEE du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fourniture, JOCE du 9 août 1993

¹⁰⁸ Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, JOUE L134 du 30 avril 2004

¹⁰⁹ Les fournitures d'armes ou de munitions ne sont pas expressément citées par la loi de 1991, vraisemblablement parce que les personnes visées par cette loi ne sauraient avoir à se procurer des armes. Notons que le droit français a développé toute une procédure spécifique à l'achat d'arme (les marchés d'armement, réglementés principalement dans le *Cabier des clauses administratives particulières communes* BO armées BOC/PP 2 avril 1984 n° 14), procédure prenant en compte la spécificité de ce secteur en terme de secret et de brevet - le droit moderne, d'origine européenne comme d'origine interne, allant en effet dans le même sens que les premiers textes post-révolutionnaires à ce sujet.

approche des fournitures – heureusement identique – réservée aux secteurs spéciaux. Sur ce point, nul auteur ne distingue de différence de notion, et l'on peut juste constater que les fournitures en cause se limitent à celles utilisées par les entreprises en réseaux¹¹⁰.

219. La notion de fournitures telle qu'elle apparaît aujourd'hui en droit positif a un mérite indéniable, celui d'être identique en droit interne et en droit communautaire. Pourtant, on peut le regretter, cette conformité conduit à une perte de précision. C'est parce que les fournitures sont disparates qu'elles peuvent être définies largement et par conséquent de manière identique. La solution du droit positif pour adapter le régime à la disparité des fournitures a donc été de multiplier les sous-catégories de fournitures en limitant pour chacune d'entre elles les modifications de régime au minimum, et en le faisant par un document contractuel : le CCAG.

Cette méthode a un double mérite puisqu'elle permet de regrouper l'essentiel des règles autour de la catégorie de fournitures tout en supportant des nuances qui laissent une part non négligeable à la liberté contractuelle. Cette méthode de réglementation, qui apparaît à certains égards comme un modèle, a comme base axiomatique un minimum d'unité notionnelle. Si cette dernière est visible dans les travaux publics ou dans les fournitures, il semble plus difficile de la distinguer dans la notion de services.

B) L'hétérogénéité intrinsèque de la notion de services

220. Les marchés de services constituent aujourd'hui une catégorie à part entière. Le nettoyage des locaux d'une administration, la maintenance informatique ou le transport des élèves d'une école à la piscine sont autant de contrats de services qui ne sauraient être confondus avec des fournitures ou des travaux. Pourtant, la diversité des services existants aujourd'hui pose un problème de définition : comment les regrouper dans une notion simple ?

La solution n'a pas encore été trouvée par le droit positif, ni celui d'origine interne, pour lequel les services n'ont jamais été véritablement détachés des fournitures (1), ni celui d'origine communautaire, pour lequel les services ne peuvent être définis que par des listes d'objets disparates (2).

1) L'absence de définition d'origine interne

221. On l'a dit, la catégorie de « marchés de services » est apparue tard en droit positif¹¹¹, et le CCAG FCS¹¹² qui la reconnaît n'en donne pas de définition qui aurait pu lui

¹¹⁰ Par exemple la fourniture d'autobus de série à la société régionale Wallonne du transport comme c'est le cas dans l'ordonnance de la CJCE du 22 avril 1994 *Commission c/ Royaume de Belgique* aff. C-87/94R ; rec. I p. 1395 ; D 1995 p. 118 note M.-C. BERGERES ; LPA 16 juin 1995 n° 72 p. 27 note N. de GROVE-VALDEYRON ; LPA 21 juillet 1995 n° 87 p. 22 note N. CHARBIT ; MTPB 9 décembre 1994 p. 54.

conférer une assise juridique. La raison principale de cette absence de définition est la diversité des services, qui rend très difficile une définition unique les regroupant tous. La raison secondaire est que le droit français n'a pas voulu soumettre l'ensemble des services à publicité et mise en concurrence, considérant que nombre d'entre eux étaient marqués soit par un monopole qui excluait le choix du cocontractant¹¹³, soit par une très grande part d'*intuitus personae* qui excluait un choix sur critère financier¹¹⁴.

Les codes des marchés publics de 2001 et 2004 devaient avoir eux aussi, comme le droit communautaire, cette approche anglo-saxonne de définition préalable des notions dans leurs articles 1^{er} ; approche au demeurant bien utile et parfaitement conforme à la logique syllogistique de la pensée juridique. Pourtant, le respect de cette exigence n'est pas toujours parfait. Dans le CMP, les définitions des travaux et fournitures sont conformes à celles données par le droit communautaire, mais celle des services nous semble parfaitement contestable. Son caractère tautologique « *les marchés publics de services ont pour objet la réalisation de prestations de services* » ne faisant qu'insister sur le fait que le droit interne n'a pas de définition générale des services – et surtout que les auteurs de la réforme n'ont pas réussi à lui en donner une.

Plutôt que de donner une définition générale, le droit français a développé des sous-catégories qu'il a soumises à des règles particulières de passation insérées dans le Code ou s'ajoutant contractuellement au Code des marchés publics. On distingue ainsi principalement les marchés de services « courants » des marchés de prestations intellectuelles.

222. La notion de « services courants », utilisée rarement et chaque fois pour préciser qu'il s'agit de ceux issus du CCAG FCS¹¹⁵, regroupe les services qui étaient auparavant appelés « services catalogables¹¹⁶ ». Cette ancienne appellation est effectivement évocatrice de ce dont il s'agissait : des services qui n'étaient distingués que dans une liste, sauf le cas d'une circulaire de 1976 qui les regroupaient comme « *ceux pour lesquels les acheteurs n'imposent pas de spécifications techniques qui exigeraient l'utilisation d'une technologie et d'équipements spécifiques* »¹¹⁷. Il s'agit principalement de contrats d'entretien de matériels et de locaux, de surveillance et gardiennage, de transport de marchandises ou personnes ou de manutention.

¹¹¹ Voir note 47

¹¹² Cahier des clauses administratives générales – fournitures courantes et services

¹¹³ C'était le cas pour la plupart des grands services publics utilisés aussi par les personnes publiques comme les services de télécommunications ou de transports ferroviaires ou aériens.

¹¹⁴ C'est le cas pour les services de recherche, d'arbitrage, de conciliation, ou les programmes radiodiffusés par exemple.

¹¹⁵ F. MODERNE, in *Encyclopédie Dalloz Collectivités Locales*, fasc. 3715-3 de 1979 utilise ce terme, tout en montrant que l'objet exact du CCAG « fournitures courantes et services » devrait être l'ensemble des services, ce qui n'est pas le cas et ce qui permet de parler de services « courants ».

¹¹⁶ Dans un arrêté du 12 mai 1964 qui ne parlait pas encore de marchés de services.

¹¹⁷ Circulaire du 10 février 1976 *relative à la détermination des prix de règlement dans les marchés publics*, J.O. du 7 mars 1976, IV, C, 1 ou brochure J.O. n° 2007 *recueil des textes relatifs aux prix*, 1976 p. 20. On remarque que cette définition se présente en quelque sorte comme le pendant de celle des marchés industriels, si ce n'est qu'il s'agit de services.

223. Les marchés de prestations intellectuelles¹¹⁸ ont bénéficié d'un statut juridique à part entière avec l'adoption en 1978 d'un cahier des clauses administratives générales spécifique : le CCAG PI (pour prestations intellectuelles¹¹⁹). Alors que les marchés de services courants ne nécessitent que de la main-d'œuvre peu qualifiée, les marchés de prestations intellectuelles utilisent pour leur part des cocontractants fort diplômés, capables d'études socio-économiques, socioculturelles, de conception de réseaux informatiques d'entreprises, d'études industrielles, de recherches ou d'activités littéraires et artistiques. Comme le précise l'instruction commentant le CCAG, le critère d'application de celui-ci est une « *partie importante de matière grise* » dans le marché.

La diversité des objets de prestations intellectuelles a conduit à distinguer encore d'autres sous-catégories de marchés, dont certains existaient avant 1978 et qui ont ainsi été regroupés sous un même CCAG¹²⁰. Le Code des marchés publics de 1964 regroupait notamment de nombreux services dans la catégorie des marchés d'études¹²¹, mais cette qualification n'a pas été reprise dans le nouveau code, pas plus que celle de « marchés d'études industrielles »¹²². En revanche, certaines sous-catégories de ces marchés sont conservées, comme c'est le cas par exemple pour les marchés de définition¹²³, ou les marchés de maîtrise d'œuvre – issus principalement de la loi MOP de 1985¹²⁴ – dont les dispositions ont été regroupées à l'article 74 du Code des marchés publics actuel¹²⁵. Ces deux catégories de services sont ainsi soumises à des procédures de passation propres.

224. Les marchés de services n'ont donc pas été définis de manière globale par le droit interne, ni avant les directives communautaires, ni après. Plus encore, afin d'éviter

¹¹⁸ Sur ce point, voir G. DOMERGUE, *Les marchés publics de prestations intellectuelles*, Préface de R. DRAGO, Paris, LGDJ coll. Bibliothèque de science administrative, Tome 13.

¹¹⁹ CCAG approuvé par un décret du 26 décembre 1978 et complété par une instruction du même jour.

¹²⁰ Voir les travaux de l'Association pour le droit public de l'entreprise (ADPE), issus du colloque de Paris X Nanterre d'octobre 1981 « Les marchés publics de prestations intellectuelles », Paris, *Editions du Moniteur*, collection *Actualité juridique*, 1982.

¹²¹ C'est le décret 62-928 du 3 août 1962 et son instruction d'application du 22 janvier 1963 (J.O. du 29 janvier p. 979) qui créaient cette catégorie. Ils avaient ensuite été transposés aux articles 106 et suivants pour l'État et 313 et suivant pour les collectivités territoriales.

¹²² Auparavant à l'article 107 du C.M.P. de 1964 Ces marchés sont le pendant en matière de services des fournitures industrielles en ce que l'objet du marché est « *la conception d'un matériel ou d'un équipement répondant à des spécifications particulières définies par la personne publique contractante* »

¹²³ Article 73 C.M.P. (ancien article 108) Ces marchés « *ont pour objet d'explorer les possibilités et les conditions d'établissement d'un marché ultérieur* ». Depuis le décret n° 93-733 du 27 mars 1993, il ne précèdent pas seulement les marchés d'études mais tous les types de marchés. Ils sont soumis aux procédures de passation de tous les marchés d'études.

¹²⁴ Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 « *relative à la maîtrise d'ouvrage publique et ses relations avec la maîtrise d'œuvre privée* », J.O. du 13 juillet 1985.

¹²⁵ Cet article regroupe les articles 107, 108bis, 108ter, 181, 314bis et 314ter de l'ancien Code. Par ailleurs, notons que ces mêmes articles reprenaient déjà en partie les dispositions des anciens « marchés d'ingénierie et d'architecture » (Ce type de marchés a été réformé très profondément en 1973 cf. F. MODERNE, *Encyclopédie Dalloz Collectivités territoriales*, fasc. 3710-1 de 1978 ; DELPIERRE et VANDAELE « L'application de la réforme de 1973 sur les marchés publics d'ingénierie et d'architecture ». *AJPI* 1973 p. 706). Les missions de la maîtrise d'ouvrages sont précisées par le décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993 et l'arrêté du 21 décembre 1993, elles sont au nombre de 7.

cette définition, les CCAG et le Code lui-même ont développé des sous-catégories pour cette notion plus intuitive que précise ; l'ensemble des activités visées formant en quelque sorte une définition non conceptuelle des services supposée préciser celle de l'article 1^{er} du Code des marchés publics. Les articles 29 et 30 du Code des marchés publics de 2004 apportent une précision toute relative par la même méthode de la liste et une catégorie générale pour ce qui n'est pas dans la liste. Ils anticipent sur le droit issu des directives communautaires. Celles-ci, dont le principal – et destructeur – apport pour la cohérence de notre droit fut de définir dans leurs premiers articles les notions qu'elles utilisent, ne devait en effet pas faire mieux que le droit français en matière de services.

2) Une directive « services » peu éclairante

225. La difficulté rencontrée en droit français pour la définition des « services » comme objets et comme catégorie de marchés publics se retrouve presque à l'identique en droit communautaire, c'est d'ailleurs cette non-définition communautaire qui explique partiellement le si peu satisfaisant article 1^{er} II du Code des marchés publics. La première preuve de la difficulté éprouvée par les organes de l'Union est que la directive service date de 1992¹²⁶, c'est-à-dire vingt-trois ans après la première directive marchés publics réglementant les fournitures et vingt et un ans après celle réglementant les travaux¹²⁷. Ce retard est justifié par l'évolution que représentent ces règles européennes, notamment au regard des quelques services qui n'étaient précédemment soumis à aucune réglementation interne et que la directive soumet aujourd'hui à des procédures de publicité ou de mise en concurrence¹²⁸. Cependant, on aurait pu attendre une véritable définition générique et pas seulement un élargissement du champ d'application matériel des règles de passation à tel ou tel service.

Avant d'analyser cette fausse définition des services dans les directives de 1992 et 2004, notons l'importance théorique de ces textes sur l'existence d'une catégorie de « marchés publics de services » à part entière, séparée définitivement des fournitures. D'une part, à l'inverse des réglementations internes qui n'établissaient pas un régime spécifique aux services mais seulement à certaines de ses sous-catégories, le droit communautaire a d'abord répondu par une directive autonome, qui brisait enfin l'idée que les services ne sont qu'une sous-catégorie de fournitures. D'autre part, alors que la définition de l'article 1^{er} du CMP de 1964 était ambiguë en laissant penser que les fournitures et les services ne pouvaient se distinguer, l'article 378 de ce même CMP, issu de la transposition des directives, avait une définition claire ne laissant pas de doute quant

¹²⁶ Directive 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992 *Portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services*, publiée au J.O. n° L. 209 du 24 juillet 1992, p. 1.

¹²⁷ La première directive « fournitures » est celle n° 70/32/CEE du 17 décembre 1969 et la première directive « travaux » est la n° 71/704/CEE du 26 juillet 1971.

¹²⁸ Cf. b) ci-après

à l'autonomie de ces deux catégories de marchés¹²⁹. Les codes de 2001 et 2004 ne reviennent en rien sur cette distinction claire des objets en trois catégories distinctes.

Le fait que le droit communautaire se soit contenté d'un simple élargissement du champ d'application n'est pas la conséquence de l'absence de définition satisfaisante. Bien au contraire, le retard communautaire dans le vote de la directive, ainsi que le retard français dans sa transposition¹³⁰ sont dus à de longues discussions qui visaient à exclure des procédures certains services. C'est la volonté du législateur européen de n'être pas exhaustif qui a conduit à une définition bancale et insuffisante.

226. La directive aura donc apporté un minimum de clarté même si ce n'est pas ce qui la caractérise le mieux. Pour le reste, il faut bien constater que la définition communautaire n'est pas satisfaisante en ce qu'elle est à la fois résiduelle et non-conceptuelle (a), et que l'extension de la notion de service pose des problèmes de transposition en droit interne (b)

a) Une définition résiduelle et non-conceptuelle.

227. La définition de l'article 1^{er} II d) de la directive 2004/18¹³¹ n'est pas un modèle de concision¹³², mais elle présente deux angles d'analyse : d'une part elle est résiduelle, d'autre part elle brille par une absence de conceptualisation de la notion de service¹³³. Notons que la directive 2004/17¹³⁴ réglementant la passation des marchés dans les secteurs spéciaux donne dans son article 1^{er} II d) une définition équivalente de celle de la directive 2004/18 et que les analyses prévalant pour l'une s'appliqueront à l'autre¹³⁵.

¹²⁹ Rappelons que l'article 1^{er} du Code de 1964 utilisait les termes de « travaux, fournitures et services » ce qui créait une confusion entre les deux derniers termes, alors que l'article 378 C.M.P. utilisait l'ordre suivant « marchés de fournitures, de travaux ou de services » beaucoup plus éclairant. (cette rédaction était celle en vigueur à partir du décret n° 98-311 du 27 février 1998 transposant la directive services).

¹³⁰ La transposition de cette directive a été très tardive en droit français puisqu'il a fallu attendre les décrets du 27 février 1998 pour sa transposition dans le C.M.P. et la loi du 22 janvier 1997 pour sa transposition dans la loi du 3 janvier 1991 (pour les marchés de secteurs classiques). Sur ce point, cf. C. MAUGÜÉ ET PH. TERNEYRE, « Achèvement (ou presque) de la transposition des directives Marchés publics - commentaire de la loi du 22 janvier 1997 et des décrets du 27 février 1998 » *RFDA* 1998 p. 593 ; L. RICHER et C. BRÉCHON-MOULÈNES, « Marchés de services. Commentaire des décrets n° 98-111, 98-112 et 98-113 du 27 février 1998 » *AJDA* 1998 p. 602. Pour ce qui est de la définition des services de la directive 93/38/CEE « secteurs spéciaux » du 14 juin 1993, elle a aussi été transposée par le décret 98-113 du 27 février 1998 modifiant le décret du 3 août 1993 ainsi que la loi du 22 janvier 1997 modifiant celle du 11 décembre 1992, c'est-à-dire avec un retard tel que la France avait été condamnée en manquement par la CJCE le 29 mai 1997 *Commission c/ République Française*, aff. C-312/96, rec. I. 2947, concl. LENTZ.

¹³¹ Art. 1^{er} II « d) Les «marchés publics de services» sont des marchés publics autres que les marchés publics de travaux ou de fournitures portant sur la prestation de services visés à l'annexe II. »

¹³² Elle « bénéficie » sur ce point des « qualités » de la définition de l'article 1^{er} a) de la directive 92/50 « services » en vigueur auparavant.

¹³³ Sur ces deux caractéristiques de la définition des services, cf. L. RICHER *Droit des marchés publics, ed. du Moniteur*, fasc. II.530.3

¹³⁴ Reprise de l'article 1^{er} 4 de la directive 93/38 « secteur spéciaux » en vigueur auparavant.

¹³⁵ La seule différence textuelle entre les deux directives de 2004 porte sur l'annexe à laquelle il faut faire référence selon les secteurs (Annexe II pour les secteurs classiques, annexe XVII pour les secteurs

228. Son caractère résiduel, directement inscrit dans le texte de la directive, est en premier lieu justifié par la volonté de la commission de soumettre autant que possible l'ensemble des marchés publics à des procédures de publicité et de mise en concurrence. La directive service étant chronologiquement celle qui est la dernière de l'ensemble des directives¹³⁶, elle était celle qui devait permettre la soumission à ces procédures de tous les biens qui n'y étaient pas encore soumis. La définition se présente donc de deux manières : d'abord négativement en excluant les contrats qui pourraient aussi être définis comme des marchés publics de travaux ou de fournitures ; ensuite positivement par la référence à une liste très large des services envisageables – aux annexes II et XVII selon la directive –, d'autant plus large d'ailleurs que l'on doit ajouter les cas des directives « secteurs classiques » et « secteurs spéciaux ».

Le caractère résiduel de cette définition issu des articles des directives se double donc d'un caractère peu conceptuel, puisque les services ne sont définis que par référence à une liste large et surtout hétéroclite.

229. Le second point qui justifie ce caractère résiduel est inscrit dans les annexes des directives « services ». À l'inverse de l'article 1^{er}, les annexes ne procèdent pas de manière négative puisqu'elles énumèrent les services soumis à la directive, en établissant deux listes qui obéissent à des procédures différentes¹³⁷. Ainsi, les services figurant à l'annexe II A¹³⁸ sont soumis à l'ensemble des procédures de publicité et mise en concurrence alors que ceux de l'annexe II B¹³⁹ ne sont soumis qu'à un avis d'attribution, ces différences étant reprises aux articles 29 et 30 du Code des marchés publics actuel¹⁴⁰. Voulant ici aussi être exhaustif et ne pas laisser la possibilité d'éviter la publicité pour certaines activités, le dernier alinéa de la liste B contient une catégorie appelée : « 27 : autres

spéciaux). Sur la proximité des deux définitions de services selon les secteurs sous l'empire des directives antérieures 93/38 et 92/50 (malgré une légère différence), Cf. Ch. BRÉCHON-MOULÈNES, Jurisclasseur Europe fasc. 1056 du 3/1996 n° 60.

¹³⁶ Rappelons que la première directive « service » date de 1992 alors que les premières directives « travaux » et « fournitures » datent respectivement de 1971 et 1977 (directives 71/305/CEE du Conseil du 26 juillet 1971 *portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux* 77/62/CEE *portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures*.)

¹³⁷ Le septième considérant de la directive précise que chaque service est identifié à la fois par un nom et un renvoi au numéro de référence CPC (la classification commune des produits des Nations unies) afin de mieux les distinguer les uns des autres. Notons que la directive précise elle-même dans son article 14 al. 2 et en note du tableau de l'annexe II qu'en cas de désaccord entre le CPC et la CPV (le vocabulaire commun pour les marchés publics que nous avons déjà rencontré à l'occasion de l'analyse des travaux), c'est la CPC qui est applicable (comme c'est le cas de la NACE en matière de travaux qui prime elle aussi sur la CPV). On peut se poser la question de l'utilité de cette CPV en l'état actuel des choses.

¹³⁸ Il s'agit de l'annexe II A) de la directive 2004/18, qui correspond à l'annexe XVII A) de la directive 2004/17 et à l'annexe I A) de la directive 92/50/CEE du Conseil du 18 juin 1992 *portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services*.

¹³⁹ Les références sont identiques à la première annexe, excepté que le A devient le B.

¹⁴⁰ Les articles 29 et 30 du Code des marchés publics de 2004 diffèrent sensiblement de ces articles dans le Code de 2001 dans la mesure où il transpose par avance les directives 2004/17 et 18 qui n'étaient pas encore ni votées ni publiées. Pour souvenir, notons par ailleurs que les services de l'annexe 1 B de la directive 92/50 soumis au seul avis d'attribution étaient transposés à l'article 382 du Code des marchés publics de 1964.

services »¹⁴¹ ce qui ouvre ces procédures à tous les services, actuels et à venir. Ici encore, on peut noter le caractère peu conceptuel de cette approche¹⁴². Le choix de classer certains services dans l'annexe A plutôt que dans l'annexe B est ainsi justifié par des considérations très hétérogènes : services non encore libéralisés¹⁴³, fort *intuitus personae* pour les services de recherche et de développement¹⁴⁴, impossibilité de mettre en concurrence à l'échelle européenne les services portant sur des biens immobiliers existants¹⁴⁵ ou caractère spécifique du contrat de travail¹⁴⁶.

230. Le Code de marchés publics actuel inclut ces dispositions dans ses articles 3, 29 et 30¹⁴⁷. Si l'on peut se féliciter de l'élargissement qu'a représenté la directive qui a soumis à des mesures de publicité des contrats passés librement auparavant, on peut noter que le réalisme a prévalu lors des réécritures des Codes des marchés publics en 2001 et 2004. En effet, la transposition dans le Code de 1964 était allée plus loin que ce que demandait la directive, ce qui avait été fortement critiqué par de nombreux acteurs et auteurs¹⁴⁸. Le Code de 2001 s'est rapproché du texte de la directive sur de nombreux points, désamorçant ce faisant de non moins nombreuses critiques. En 2004, c'est l'anticipation des futures directives qui ne peut qu'être approuvée car elle permet

¹⁴¹ Il s'agit ici de la 27^e catégorie, la seule ne faisant référence ni à la CPC, la nomenclature spéciale pour les marchés de services qui est encore en version provisoire ; ni à la CPV.

¹⁴² Mais il est vrai que les annexes ont rarement pour caractéristiques d'être conceptuelles...

¹⁴³ Cette liste a pour objectif d'être modifiée lorsque la libéralisation d'un secteur est réalisée. Cela a déjà été le cas pour la téléphonie vocale qui avait été transposée à l'article 379-1 du Code des marchés publics de 1964 et qui n'a pas été repris comme exception dans les Codes de 2001 et 2004.

¹⁴⁴ Parmi les services à fort *intuitus personae* étaient aussi les services de conciliation et d'arbitrage qui n'ont pas été repris dans le Code de 2001 alors qu'ils étaient dans l'article 379-1 du Code précédent. Cette évolution est difficilement justifiable, sauf à se poser la question de leur soumission au régime des « services juridiques » de l'article 30 comme le pense L. RICHER, « Le nouveau Code analysé point par point » in *Maîtriser le nouveau droit de la commande publique*, Cahier spécial du MBTP, n° 5091 du 22 juin 2001.

¹⁴⁵ Les biens immobiliers ici en cause doivent bien entendu exister et le contrat ne doit pas conduire à leur modification, faute de quoi on serait dans le cadre d'un marché de travaux. Pour ce qui est de l'impossibilité de mettre en place une concurrence communautaire, il paraît en effet invraisemblable de mettre en concurrence la location d'un immeuble entre Paris et Berlin, le lieu d'exercice d'une activité ne pouvant se modifier aisément. On pourrait pourtant envisager le cas d'un établissement public industriel et commercial voulant louer une usine quel que soit l'endroit en Europe.

¹⁴⁶ Cette précision existait dans l'ancien Code des marchés publics mais sa disparition dans le nouveau Code ne signifie pas qu'elle soit soumise aux principes de mise en concurrence mais bien que ce contrat est par nature spécifique sans que ceci ait besoin d'être rappelé. Soulignons à ce sujet que le Code civil lui aussi distingue bien le contrat de travail des autres contrats d'entreprise.

¹⁴⁷ Les dispositions de transposition de la directive 92/50 avaient été insérées dans un article 379-1 du Code des marchés publics de 1964 par le décret n° 98-111 du 27 février 1998. Celui-ci était issu de la transposition de l'article 1^{er} de la directive pour une partie et de ses annexes pour l'autre. Ainsi, dans son I), cet article listait l'ensemble des cas dans lesquels les règles de mise en concurrence n'étaient pas applicables comme le faisait l'article 1 de la directive, alors que dans son II), il précisait quels services étaient au contraire soumis à ces dispositions – conformément à l'annexe A – et dans son III) lesquels n'étaient soumis qu'à l'avis d'attribution de l'article 382 du C.M.P. – conformément à l'annexe B.

¹⁴⁸ Par exemple : Ch. MAUGÜÉ et Ph. TERNEYRE, « Achèvement (ou presque) de la transposition des directives marchés publics (commentaire de la loi du 22 janvier 1997 et des décrets du 27 février 1998). », *RFDA*, avril 1998, pp. 593-608, spé. pp. 605 et 606 ; R. ROUQUETTE, « La transposition des dispositions communautaires pour les services », *MTPB*, 3 avril 1998, n° 4923 page 40.

d'introduire un peu de sécurité juridique là où une réforme aurait de nouveau été nécessaire¹⁴⁹.

b) Une difficile transposition de la notion communautaire de services en droit interne.

231. La directive « services » reprenait pour l'essentiel des services déjà soumis à une mise en concurrence en droit interne avant sa transposition, et les directives de 2004 font de même. Sont ainsi visés : les services de transports terrestres dont on a vu qu'ils étaient historiquement le centre des marchés de service, les services de recherche et de développement, les services d'architecture, ou encore les services de nettoyage ou d'enlèvement des ordures¹⁵⁰. Pour autant, cette transposition pose un certain nombre de problèmes en ce qu'elle étend aussi à de nouveaux services la mise en concurrence. Il en est ainsi notamment des services financiers parmi lesquels on peut distinguer les services d'assurances et les services bancaires et d'investissement.

232. Pour les premiers, que l'on n'a pas hésité à qualifier de « *figure juridique baroque* »¹⁵¹, la pertinence de leur soumission à un régime général des marchés publics est encore en question. D'une part, la plupart des commentateurs regrettent que la France soit allée plus loin que ne l'exigeait la directive communautaire en soumettant ces marchés à une mise en concurrence au-dessus des seuils comme en dessous¹⁵² alors que des points de difficultés avaient déjà été soulevés par un arrêt de section du Conseil d'État qui refusait la soumission au Code des marchés publics de ces contrats¹⁵³. D'autre part, malgré des efforts de clarification de la part de l'administration, de nombreuses questions restent en suspens¹⁵⁴.

233. Pour les seconds, les services bancaires et d'investissement, des critiques ont été soulevées et ont conduit à des modifications textuelles. Dans un premier temps, les services bancaires ont tous été soumis à des procédures de publicité et mise en concurrence sans considération de seuil¹⁵⁵. Dans un second temps, considérant

¹⁴⁹ Même si l'on peut envisager que le Code de 2004 constitue, avant la nouvelle directive européenne, une mauvaise transposition du droit issu de la directive 92/50 alors encore applicable.

¹⁵⁰ Ces derniers ont pendant longtemps été qualifiés de marchés de travaux publics par application du caractère attractif de travaux publics en considérant que l'enlèvement faisait partie de la conservation du domaine routier. Ils font partie des seuls services préexistants aux réglementations communautaires et n'ayant pas été qualifiés de marchés de fournitures.

¹⁵¹ F. MODERNE « Une figure juridique baroque : le marché public d'assurances », *CJEG* mai 1999 p. 165

¹⁵² Cf. les articles 104, I, 8^o ancien C.M.P. pour les marchés de l'État et de ses EPA et 308 al 1 ancien C.M.P. pour ceux des collectivités locales et de leurs établissements publics.

¹⁵³ Cf. CE Sect. 12 octobre 1984 *Chambre syndicale des agents d'assurances des Hautes-Pyrénées*, *RFDA* 1985 p. 13 concl. DANDELLOT.

¹⁵⁴ H. LEPETIT-COLIN « La nouvelle circulaire relative aux marchés publics d'assurance : clarification et questions en suspens. » *BJCP* janvier 2000 n^o 8 p. 3 ; à propos de la circulaire du 30 juillet 1999 *MBTP* supplément textes officiels n^o 4997, 3 septembre 1999, p. 310.

¹⁵⁵ Le décret n^o 98-111 du 27 février 1998 avait effectué une modification de l'article 104 de l'ancien C.M.P.

notamment le fort *intuitus personae* de ce type de contrat et arguant de l'influence de certains d'entre eux sur la politique monétaire, la France a estimé, tout en maintenant les « services bancaires et d'investissement » dans l'article 29 du Code des marchés publics qu'il fallait exclure l'application des règles de concurrence aux « 5°) contrats qui ont pour objet des emprunts ou des engagements financiers, qu'ils soient destinés à la couverture d'un besoin de financement ou de trésorerie, des services relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente ou au transfert de titres et instruments financiers, ou encore des services fournis par les banques centrales »¹⁵⁶.

234. À ces services financiers dont on voit avec quelles difficultés ils sont transposés en droit français, on peut ajouter les marchés de « services juridiques » qui touchent spécialement la profession d'avocat¹⁵⁷. C'est sûrement sur ce point que le Code de 2001 apportait un des changements de définition les plus attendus. Introduits dans l'article 30 du Code des marchés publics de 2001 et aujourd'hui inclus implicitement dans le nouvel article 30 du Code de 2004, les services juridiques sont, conformément l'annexe 1B de la directive, soumis à une formalité allégée de passation qui se limite à des références aux normes et, le cas échéant, à l'envoi d'un avis d'attribution. Pourtant, l'ancien Code les soumettait à une procédure négociée après mise en concurrence¹⁵⁸. Cette situation avait été contestée avant le nouveau Code par des avocats et des Ordres les regroupant qui avaient fait un recours contre le décret 98-111 du 27 février 1998 instituant ces procédures.

Dans un arrêt d'Assemblée rendu pour l'essentiel conformément aux conclusions du Commissaire du gouvernement H. SAVOIE¹⁵⁹, le Conseil d'État avait précisé les limites de cette obligation de concurrence : le Conseil d'État avait fait une distinction entre les deux activités principales des avocats, à savoir la représentation de ses clients au contentieux et le conseil juridique. La Haute juridiction avait en effet estimé que la représentation des clients devant un tribunal ou une cour était soumise à des principes ou des qualités incompatibles avec une procédure de mise en concurrence, et notamment une impossibilité de prévoir les contentieux qui auront lieu dans l'année à venir et l'indépendance de l'avocat ; alors que l'activité de conseil n'était pas incompatible avec la mise en concurrence. Malgré cette distinction, l'ensemble de l'article 104 I 8° b avait été annulé, le juge considérant vraisemblablement que la fusion des professions d'avocat et de conseil en 1990¹⁶⁰ rendait son application difficile sans précisions textuelles. Loin de

¹⁵⁶ Article 3, 5° du Code de 2004. Des dispositions similaires avaient déjà été introduites dans les articles 39-1 et 250bis de l'ancien Code par un décret n° 99-634 du 9 juillet 1999. Le Code de 2001 différait aussi en disposant *in fine* de l'article « services rendus par la Banque de France ou le système européen de Banques centrales. » ce qui était une interprétation extensive de la directive 92/50.

¹⁵⁷ Notons comme le Commissaire du gouvernement H. SAVOIE dans ses conclusions sur l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'État *Mme Toubol-Fisher*, cf. *supra*, que la directive ne donne aucun élément sur la définition de ces « services juridiques ».

¹⁵⁸ Il s'agissait des articles 104 I 8°b du C.M.P. applicable aux marchés de l'État et de ses établissements publics administratifs et auquel renvoyait l'article 308 du C.M.P. applicable aux marchés des collectivités locales et de leurs établissements publics. Notons que, compris dans le III de l'article 379-1 C.M.P., ces marchés étaient de plus déjà soumis à l'avis d'attribution de l'article 382 C.M.P.

¹⁵⁹ CE Ass. 9 avril 1999, *Mme Toubol-Fisher*, *M. Bismuth*, *RJDA* 1999 p. 395, concl. H. SAVOIE ; *BJCP* 1999 p. 414 n° 5 concl. H. SAVOIE, note Ch. MAUGÜÉ ; *D* 1999 p. 399, note TERNEYRE ; *RFDA* 1999 p. 951, concl. H. SAVOIE.

¹⁶⁰ Par la loi n° 90-1259 du 31 décembre 1990 incorporée dans la loi du 31 décembre 1971

relancer le débat, le nouveau Code l'évite en retournant à une stricte application des directives.

235. *Conclusion du paragraphe 1^{er}*: il faut constater avec quelles difficultés la notion de service a été étendue, d'une part en droit français par sous-catégories soumises, souvent, à des procédures particulières ; d'autre part en droit européen par une définition résiduelle et sous forme de listes qui a ouvert à la concurrence de nouveaux services alors que la tradition de ceux-ci était fortement teintée d'*intuitus personae*. Sur ce point, après une transposition large des directives (et spécialement de la directive « services ») dans l'ancien code, les rédacteurs du nouveau Code ont choisi de modifier le droit applicable dans deux sens opposés. D'un côté, ils ont réduit le nombre de biens soumis à concurrence en retournant à une rédaction plus proche du texte de la directive. D'un autre côté, ils ont étendu l'application des procédures de passation applicables à certains biens au-dessus des seuils communautaires à ces mêmes biens en dessous des seuils. Quoi qu'il en soit, ces extensions successives aboutissent aujourd'hui à une situation que l'on peut résumer en disant que, sauf exception justifiée¹⁶¹, tous les services sont, par principe, soumis aux procédures de publicité et de mise en concurrence.

La simplification que tout le monde appelle de ses vœux ne peut-elle pas trouver dans cet ensemble maintenant cohérent un fondement matériel ? Ne peut-on pas, en dépassant les résistances historiques – caractère attractif des travaux publics, naissance tardive des marchés de services – trouver un nouveau critère de distinction entre les différents objets matériels des marchés publics et donner des définitions des travaux, fournitures et services plus conceptuelles et clairement distinctes les unes des autres ? Il nous semble qu'une tentative de cet ordre pourrait simplifier des notions qui ne sont pas d'une telle clarté et ancienneté que les modifier aurait des conséquences fâcheuses, alors que la simplification que l'on en tirerait serait vraiment une évolution bénéfique.

§ 2^e : Tentative de conceptualisation

236. La directive « services » avait pour principe d'être résiduelle. La directive 2004/18 conserve ce caractère aux services. Cela sous-entend que depuis 1992 tous les biens actuels ou à venir doivent, sauf exceptions expressément mentionnées, pouvoir rentrer dans une catégorie de marchés publics si les autres conditions de cette qualification, organiques ou fonctionnelles, sont elles aussi remplies. Ce principe posé, on peut toutefois remarquer que les différentes définitions des trois objets matériels des marchés ne sont pas satisfaisantes. Pour les travaux, seul le caractère de bien immobilier corporel semble avoir une valeur juridique ; pour les fournitures, la qualification de produit n'est pas clairement définie et pour les services, ils sont définis *a contrario* des deux premiers.

¹⁶¹ Quelle que soit cette justification : bien provenant d'un marché non concurrentiel, nécessité d'*intuitus personae* fort, impossibilité physique (comme pour les services d'achat ou location de biens immobiliers existants), nécessité de sécurité nationale comme pour les matériels de guerre ou la politique monétaire.

Pourtant, il nous semble possible de trouver un moyen clair et simple de qualifier chacun de ces objets matériels (A). Si ce moyen contient en lui-même des limites qui permettent que ces nouvelles qualifications ne remettent pas en cause le droit positif, il oblige pourtant à dépasser des principes anciens pour la qualification de contrats à plusieurs objets (B).

A) Renouveler les définitions matérielles des marchés publics

237. La situation telle qu'elle résulte de la transposition des directives communautaires permet d'envisager un moyen de définir clairement les différents objets matériels des marchés, et cela grâce à un retour à des notions classiques. L'ensemble des services constitue en effet aujourd'hui un ensemble cohérent (1) qui n'est limité que par des exceptions nécessaires (2).

1) Des définitions créant un ensemble cohérent

238. Accepter que tous les biens aient en principe la possibilité d'être soumis au droit des marchés permet de chercher, dans les distinctions « classiques », des critères pour notre matière. Ainsi, partant de la constatation que les travaux portent tous sur des biens immeubles¹⁶², il nous est apparu que la distinction classique du droit privé devait faire que tous les « produits » des fournitures devaient être des biens meubles¹⁶³. Cette analyse que faisait historiquement le droit public pour différencier marchés de travaux publics et marchés de fournitures s'est trouvée pourtant mise en cause par les services qui ne pouvaient être des meubles corporels. Le constat du développement autonome des services fit abandonner la recherche d'une définition globale alors même qu'elle redevenait possible.

En effet, ces deux types de biens — meubles et immeubles — peuvent eux-mêmes être subdivisés en biens *corporels* et *incorporels*. Or les travaux comme les fournitures portent sur des biens *corporels* avant même de porter sur des biens immeubles et meubles¹⁶⁴. La question qui se pose est donc : ne peut-on pas voir dans les services des biens

¹⁶² Notons que la notion de travaux est une activité alors que les fournitures sont des biens. Ainsi, la distinction entre les meubles et les immeubles ne doit pas faire oublier que les travaux ne sont pas les immeubles en eux-mêmes mais qu'ils sont l'objet du travail. Cette précision a notamment une importance pour la qualification du contrat de location d'immeuble qui n'est pas un travail public en ce qu'il n'y a pas de travail. En revanche, elle reste valable parce que ce contrat n'est pas non plus un marché de fourniture en ce qu'il ne porte pas sur un meuble.

¹⁶³ Comme le dit le professeur L. RICHER, *in Droit des marchés publics, ed. du Moniteur fasc. II.530.1/1* : « La notion de produit doit certainement être prise comme synonyme de biens mobiliers sans tenir compte des extensions du sens de ce terme dans le vocabulaire commercial des prestataires de services (« produit bancaire, « produit d'assurance ») ». Nous nous permettons simplement de pousser encore un peu plus avant le raisonnement.

¹⁶⁴ Certains meubles faisant l'objet de marchés publics peuvent être des meubles incorporels, ce qui n'est pas sans poser une difficulté, *Cf. infra*

incorporels ? Dans la mesure où ces derniers peuvent être vendus, et où, effectivement, on ne peut physiquement prendre ou toucher un service¹⁶⁵, il semble bien que ce soit le cas. Les services, même s'ils ont une réalité physique ne sont pas des choses comme peuvent l'être les immeubles ou les meubles¹⁶⁶.

Par exemple, au sein des biens incorporels, on trouve les contrats qui ont une valeur économique du fait d'une construction juridique¹⁶⁷ comme c'est le cas des assurances qui entrent dans cette définition. De nombreux biens incorporels correspondent, en droit privé, à la transmission d'une obligation de faire et s'analysent donc, lorsque cette obligation est contractuelle, en un contrat d'entreprise. Partant de cela, la situation n'est pas pleinement clarifiée puisqu'on ne peut pas la renverser. En effet, si tous les services sont des biens incorporels, l'inverse n'est pas vrai, tous les biens incorporels ne sont pas des services. Ainsi, les brevets, les droits issus de la propriété intellectuelle, le savoir-faire ou le droit de l'information sont des biens incorporels sans être des services ; le contrat d'une personne publique qui visera à se procurer ces biens sera un marché de fournitures, non un marché de service¹⁶⁸. Un service sera donc un *bien incorporel qui s'assimile à une obligation de faire*, et seulement à cela¹⁶⁹.

On peut regrouper dans cette catégorie les services d'enlèvement d'ordures, de gardiennage ou de maintenance, les contrats d'entretien de matériels, de transport de marchandises ou personnes ou de manutention, ainsi que les prestations intellectuelles comme les rapports et études¹⁷⁰. Pour ce qui est de la nature mobilière ou immobilière du bien incorporel — du service — l'approche classique est que s'il porte sur un meuble, il a un caractère mobilier et s'il porte sur un immeuble, il a un caractère immobilier. Pour notre matière, cette approche qui vise à respecter la division bipartite des biens n'a que peu d'importance puisqu'elle ne paraît avoir aucune conséquence en terme de régime juridique de passation ou d'exécution.

239. En conclusion, il est possible de définir les travaux comme « *des activités portant sur des biens immeubles* », les fournitures comme des « *biens meubles* » et les services

¹⁶⁵ Cette définition des biens incorporels comme « *[biens] impalpable[s], immatériel[s] ; se dit par opposition aux biens corporels, des biens ou valeur qui échappent à toute appréhension matérielle* » est issue de G. CORNU *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, 8^e ed. 2000. Il ajoute que sont des biens corporels « *les choses matérielles [par opposition aux] droits (autre que la propriété) qui sont les biens incorporels* » (article « Biens (2) »). Cette définition est contestable en ce que même portant sur une chose matérielle, un bien corporel n'est aussi une chose que parce qu'un droit lui est attaché. Définir les biens incorporels comme une fiction juridique, c'est oublier que tous les droits en sont.

¹⁶⁶ M. PLANIOL et G. RIPERT, *Traité pratique du droit civil français*, Tome III, *Les biens*, par M. PICARD, LGDJ, 1926 n° 54 p. 59, n° 92 p. 93, n° 98 p. 99 « *Traditionnellement on établit une grande division parmi les biens : les uns sont des choses, on les appelle des biens corporels ; les autres sont des droits, on les appelle biens incorporels. Cette distinction n'est nulle part écrite dans nos lois ; mais les auteurs du Code s'y sont plus d'une fois conformés* »

¹⁶⁷ Le *Lexique des termes juridiques*, Dalloz ed. 8^e ed. 1990 définit pour sa part les biens incorporels comme « *valeur économique, objet de droits, qui n'a pas de réalité sensible mais qui tire son existence de la construction juridique.* »

¹⁶⁸ Ce sera par exemple le cas de l'État qui voudra acheter un brevet qui intéresse la défense nationale.

¹⁶⁹ Cf. *infra* pour la part d'obligation de faire dans les marchés de travaux et même parfois de fourniture.

¹⁷⁰ Mais pas les brevets en ce qu'ils ne sont pas une obligation de faire.

comme des « *biens incorporels s'analysant en des obligations de faire* ». Cela simplifie la matière, mais il serait justifié de reprocher à cette formule un manque de nuance, même si par ailleurs le droit actuel contient des nuances exagérées. Pourtant, à bien l'analyser, cette proposition n'a pas pour conséquence automatique une perte de précision alors qu'elle gagne immédiatement en clarté.

2) Des exceptions nécessaires

240. Les limites actuelles qui ont pour conséquence que tous les marchés portant sur un immeuble corporel ne sont pas des marchés de travaux, que tous ceux portant sur des meubles corporels ne sont pas des marchés de fournitures et que tous ceux portant sur des biens incorporels s'analysant comme des obligations de faire ne sont pas des marchés de services conservent leur validité (a). La question plus délicate qui se pose est la part de services au sein des autres types des marchés et le caractère nécessairement résiduel de cette catégorie (b).

a) Les limites de chacune de ces activités

241. Il n'est pas nécessaire de reprendre toutes les limites qui ont été relevées dans l'analyse des différentes catégories de biens. En effet, chaque catégorie se définit en principe et pose des exceptions : par exemple, les marchés de services sont normalement soumis à des procédures de passation, mais pas ceux conclus pour le compte d'une organisation internationale. On peut d'ailleurs se demander si les exceptions en question ne sont pas un élément de « régime » de la définition générale¹⁷¹. Les nouvelles définitions proposées ci-dessus pour chaque catégorie de biens changent les définitions générales. Elles redéfinissent en principe les travaux, fournitures et services. En revanche, rien n'oblige à modifier les exceptions à ces principes qui peuvent rester du droit positif.

Sont ainsi conservées toutes les exceptions, toutes les limites générales aux définitions, aussi bien celles qui s'appliquent aux trois types de biens que celles qui sont limitées à un seul.

Parmi les limites qui s'appliquent à l'ensemble des marchés quel que soit leur objet, certaines excluent des catégories entières de contrats de la qualification de marchés publics, d'autres ne font que leur appliquer des règles de passation spéciales. Pour les premières, on peut penser à l'article 3 CMP¹⁷² qui dispose que les règles transposées du droit communautaire ne sont pas applicables lorsque les marchés sont qualifiés de secrets

¹⁷¹ Notons toutefois que l'article 3 du Code des marchés publics qui pose les exceptions à l'article 1^{er} font tous deux partie du Chapitre 1^{er} de ce code intitulé « Champ d'application et principes fondamentaux ». Il semble donc bien que les exceptions fassent partie de la définition et non du régime.

¹⁷² Notamment en ce qu'il correspond à l'article 379 du Code des marchés publics de 1964.

et nécessitent des mesures particulières de sécurité, lorsque l'intérêt essentiel de l'État l'exige, lorsque les marchés sont passés dans le cadre d'accords internationaux ou lorsqu'ils touchent au domaine de la Défense. Cette catégorie fait aussi penser à tous les biens qui sont considérés comme « hors commerce ». Pour les secondes limites n'ayant pour conséquence qu'un régime particulier, on peut penser à tous les marchés passés par les centrales d'achat¹⁷³.

Parmi les limites qui ne touchent que les travaux, les fournitures ou les services, on peut faire la même distinction. En effet, d'une part certaines limites excluent la qualification de marché. C'est entre autre le cas pour les règles posées par l'article 3 du CMP à propos des services – par exemple l'acquisition ou la location d'immeuble, les programmes radiodiffusés ou les contrats de mandat. D'autre part, il existe des limites qui se contentent de soumettre certains biens à des règles particulières. Il s'agit de tous les cas de l'article 38 qui sont soumis à une procédure de concours, de ceux de l'article 36 qui sont soumis à une procédure de dialogue compétitif ou de tous les autres détaillés à l'article 26 du Code des marchés publics.

242. Toutes ces limites sont parfaitement adaptables aux nouvelles définitions proposées et ne changent pas les nuances du droit positif. Pour ne prendre qu'un exemple, le bien incorporel qu'est un « *service de production de programmes avec un organisme de radiodiffusion* » pourra continuer à être exclu des procédures de passation comme c'est le cas aujourd'hui¹⁷⁴, sa nouvelle définition matérielle ne change pas son régime juridique. La question est plus difficile pour ce qui concerne la place des « services » comme *éléments incorporels* dans la réalisation des *objets corporels*.

b) La question des services lorsqu'ils participent à la création d'un bien meuble ou immeuble.

243. Les travaux tels que nous les avons définis – biens immobiliers corporels – sont le résultat d'une activité, ils sont l'objet qui est réalisé ou modifié en fin de marché. Si l'on analyse effectivement le marché de travaux en cours d'exécution, il se compose d'un élément « fournitures »¹⁷⁵, tous les biens meubles corporels que l'on va assembler

¹⁷³ Les centrales d'achat, soumises pour l'essentiel au Code des marchés publics ou à la loi du 3 janvier 1991 par l'article 9 du Code des marchés publics peuvent accomplir des actes pour les autres personnes soumises au droit de la commande publique.

¹⁷⁴ Cf. art 3, 4^o du Code des marchés publics.

¹⁷⁵ Rappelons qu'en cas de démolition, il peut n'y avoir que cet élément « service » sans qu'il y ait nécessairement de fournitures.

pour la construction¹⁷⁶, et d'un élément « service », le « bien incorporel », le travail, visant à assembler les biens corporels sur l'immeuble¹⁷⁷.

Dans le même sens, les fournitures elles-mêmes peuvent bien souvent être analysées comme le résultat d'un « service » visant à agencer entre eux des meubles pour en créer un nouveau. Par exemple, la manufacture d'arme achète bien de l'acier et du plastique, mais c'est son travail, son obligation de faire, analysé comme meuble incorporel, qui fait le fusil d'assaut.

En réalité, tout processus de fabrication peut être analysé comme un bien incorporel « détachable » de l'objet du marché. Si l'on voulait pousser cette analyse, cela aurait pour conséquence de morceler tous les marchés en différents sous-ensembles dans lesquels l'élément « service » aurait toujours une part. Cette constatation nous conduit donc à conserver dans notre définition « systématisée » une particularité aux services : leur caractère résiduel. Ainsi, dès lors qu'un service *concourt directement à la construction ou à la fabrication d'un bien corporel*, il faut considérer qu'il n'en est pas détachable et que le contrat a, dans son ensemble, pour objet un bien corporel. Cette distinction est parfois difficile à faire. Ainsi, on ne voit pas bien ce qui distingue les marchés de maîtrise d'œuvre — marchés de services distincts des marchés de travaux — du service rendu par l'ouvrier qui coule le béton. Tous deux participent à la construction. C'est cette difficulté qui nous fait employer l'adverbe « directement », terme qui permet de considérer que, dans le cas de l'architecte qui répond à un marché de maîtrise d'œuvre, l'objet est de faire des plans ce qui n'entre dans les travaux que de façon indirecte, alors que dans le cas de l'ouvrier, l'objet est bien de créer directement, physiquement l'immeuble.

Cette réflexion sur le caractère nécessairement résiduel de la définition des services dans le cadre de ces définitions renouvelées correspond par ailleurs parfaitement à l'approche communautaire que nous avons déjà détaillée¹⁷⁸, ce qui tend à montrer que ces nouvelles définitions ne rentrent en contradiction ni avec le droit interne, ni avec le droit communautaire.

Pour autant, certains contrats soulèvent une question qui semble renouvelée par ces définitions que nous proposons : ce sont ceux dans lesquels le service ne concourt pas directement à la construction ou à la fabrication, ceux dans lesquels il n'est pas une

¹⁷⁶ Pour qu'il y ait immeuble en fin de contrat, il faut aussi que ce travail soit effectué sur un bien déjà immeuble qui servira de base à l'ensemble, le plus souvent un terrain, mais cela peut être un immeuble déjà construit comme en cas de rénovation ou de construction sur existant.

¹⁷⁷ Cette distinction entre les deux éléments des travaux était présente dans un décret du 16 décembre 1811 *décret contenant règlement sur la construction, la réparation et l'entretien des routes* ; 4, Bull. 418 n° 7644, DUVERGIER, *Lois et Décrets*, Tome 18 p. 80. Il distinguait les marchés de réfection des routes en un marché de fourniture (de matériaux de réparation) et un marché de « service ». « art. 28 : *À l'avenir, et à mesure de l'expiration des baux d'entretien des routes actuellement existants, ou en cas de résiliation desdits baux, l'entretien des routes pavées et non pavées sera divisé en deux parties, qui seront adjudgées séparément, savoir : 1) la fourniture des matériaux, qui sera donnée à l'entreprise ; 2) leur emploi et les autres travaux de l'entretien, qui seront adjudgés à des cantonniers. [sauf règlement d'administration public] art. 29 : aucun individu, s'il n'est maître de poste [avoir un relais de chevaux, en théorie un par « canton de route »], ne peut réunir l'adjudication de la fourniture des matériaux et l'adjudication d'aucun travaux d'entretien.* »

¹⁷⁸ Cf. supra section 2 paragraphe 1^{er}, B.

simple modalité du travail ou de la fourniture et que l'on appelle les « contrats à plusieurs objets ».

B) Préciser la qualification des marchés à plusieurs objets

244. La qualification des marchés à plusieurs objets a pendant longtemps été soumise à deux principes par certains aspects contradictoires. Le premier est le caractère attractif des travaux publics qui, pendant toute la période durant laquelle les *marchés de travaux* n'étaient que des *marchés de travaux publics*, a fait de cette catégorie le « centre » des marchés publics. Le second est le caractère longtemps résiduel des marchés de fournitures. Il consistait à qualifier comme tel tous les contrats qui n'avaient aucun lien avec des marchés de travaux publics, même si, comme les services, ils n'étaient pas à proprement parler des fournitures.

L'époque de ces principes est révolue, et les dernières traces que l'on en trouve s'avèrent remises en cause par les définitions proposées ci-dessus, fondées sur les *summa divisio* du Code civil. En effet, dans la mesure où aucune des nouvelles qualifications n'a l'adjectif « public » comme épithète, comme c'était le cas pour les travaux publics, aucun des biens ne semble pouvoir se targuer d'une quelconque prépondérance sur les autres. Or cette prépondérance a cela d'utile qu'elle permet de savoir l'objet principal d'un marché, et donc le droit qui est applicable lorsque le contrat a plusieurs objets.

245. Le droit communautaire propose une solution, une méthode, afin de savoir pour lequel des différents objets on doit opter lorsque l'on veut qualifier l'ensemble du contrat : cette méthode consiste à regarder la valeur respective de chaque bien. Or c'est aussi un principe que l'on peut tirer de l'article 1^{er} du Code des marchés publics depuis 2001.

1) La valeur respective des biens : principe de solution des marchés à plusieurs objets

246. Lorsque le débat porte sur le choix entre marché de travaux et marché de fournitures, la solution est réglée par l'article 1^{er} 2 c) de la directive 2004/18¹⁷⁹ qui précise que si les travaux sont accessoires à la fourniture, il s'agit d'un marché de fournitures, ce qui sous-entend *a contrario* que s'ils ne le sont pas il s'agit de marchés de travaux. Ce critère, relayé par la jurisprudence communautaire¹⁸⁰, a été inclus à l'article 1^{er} du Code des

¹⁷⁹ Article 1^{er} II c) 2^e alinéa de la directive 2004/18 « *Un marché public ayant pour objet la fourniture de produits et, à titre accessoire, les travaux de pose et d'installation est considéré comme un « marché public de fournitures »* Il s'agissait auparavant de l'article 1 a) 2^e alinéa de la directive 93/36 « *La livraison des produits peut comporter, à titre accessoire, des travaux de pose et d'installation* ».

¹⁸⁰ Sur ce point, cf. par exemple l'arrêt de la CJCE 25 avril 1994 *Gestion hotelera Internacional SA c/ comunidad Autonoma de Canarias et autres* Aff. C-331/92, rec I p. 1329, D 1994, IR, p. 128 ; *Europe* 1994 n° 253 ; *RDI* 1994 p. 442 obs. F. LLORENS et Ph. TERNEYRE IR p. 128 qui posait cette règle sous l'empire de la directive travaux de 1971.

marchés publics dès 2001 qui précise qu'un « *marché public relevant d'une des trois catégories mentionnées ci-dessus peut comporter, à titre accessoire, des éléments relevant d'une autre catégorie* ».

La généralisation de cette règle claire pose malgré tout la question des critères qui permettent de qualifier les travaux d'« accessoires ». L'explication la plus explicite est donnée par le *Vade-mecum* de la Commission sur les marchés publics de 1987 qui propose comme solution la valeur économique respective des produits et des travaux, critère qui a le mérite d'être objectif à défaut d'être toujours conforme à la volonté des contractants.

Lorsque la question est de savoir si le contrat est plutôt un marché de fournitures ou un marché de services, on retrouve encore ce critère, que ce soit pour un marché dans les secteurs classiques ou spéciaux. Le 2^e alinéa de l'article 1^{er} 2 d) de la directive 2004/18 impose ce critère de la *valeur comparée* entre les services et les produits¹⁸¹ et critère repris presque mot pour mot à l'article 1^{er} II du Code des marchés publics¹⁸². Cette précision textuelle sur la valeur laisse dubitatif : pourquoi la faire pour ces seuls marchés de service et fournitures ? Cette question ne touche pas seulement le code français mais tout le droit communautaire – que le Code ne fait que reprendre sur ce point¹⁸³. Si l'on interprète cette précision *a contrario*, cela veut dire que ce n'est pas le critère de la valeur qu'il faut prendre pour les autres marchés à plusieurs objets, or cela irait contre l'interprétation actuelle des travaux « accessoires », et notamment celle du *Vademecum*. Cette précision nous paraît en fait inutile et même source de difficultés ; d'autant que la valeur de services aura du mal à être plus importante que la part de travaux et que ces marchés seront par conséquent la plupart du temps qualifiés de marchés de travaux¹⁸⁴.

Ce principe de répartition doit pouvoir s'adapter à tous les cas où les différents objets des marchés sont combinés. Ainsi, si un marché contient à la fois travaux, fournitures et services, c'est le bien de plus grande valeur qui donnera sa qualité à l'ensemble du marché. Ce principe simple et qui paraît s'adapter à toutes les situations a malgré tout des limites, bien que celles-ci puissent être dépassées.

¹⁸¹ Article 1^{er} 2) d) 2^e alinéa de la directive 2004/18 « *Un marché public ayant pour objet à la fois des produits et des services visés à l'annexe II est considéré comme un "marché public de services" lorsque la valeur des services en question dépasse celle des produits incorporés dans le marché.* » Il s'agit de la reprise de l'article 2 de la directive 92/50 services et l'article 1^{er} 4) de la directive 93/38 secteurs spéciaux « *Les marchés qui incluent des services et des fournitures sont considérés comme des marchés de fournitures lorsque la valeur totale des fournitures est supérieure à la valeur des services couverts par le marché.* »

¹⁸² Art 1^{er} II C.M.P. « *Lorsqu'un marché public a pour objet à la fois des services et des fournitures, il est un marché de services si la valeur de ceux-ci dépasse celle des produits à fournir.* »

¹⁸³ En effet, pour les marchés contenant des travaux et des services (al. 3 de l'article 1^{er} 2 d) ou des travaux et des fournitures (2^e al. de l'article 1^{er}, 2 c), le critère est le caractère « accessoire » ou non, sans considération de « valeur ».

¹⁸⁴ Sans oublier que les règles contentieuses internes ne sont pas touchées par ces principes et qu'un marché de service qui porterait sur un immeuble pourrait être qualifié d'opération de travaux publics et soumis aux règles de compétence et de responsabilité applicables aux travaux publics.

2) Des difficultés d'application

247. Deux difficultés nous semblent apparaître à l'analyse de ce critère de distinction entre les différents objets des marchés publics. D'une part, une difficulté résolue qui consistait à utiliser cette distinction pour éviter la mise en concurrence (a), d'autre part une difficulté non résolue qui vise les contrats financés par crédit-bail, location ou location-vente que l'on peut interpréter comme des contrats à deux objets et non comme un simple mode de financement. (b)

a) Une difficulté résolue par la lutte contre les détournements de procédure

248. La première difficulté concerne la nécessaire lutte contre les détournements de procédure. De fait, cette répartition selon la plus grande valeur de l'objet du contrat a fait penser à certains qu'établir un contrat dont la majorité des biens n'étaient pas soumis aux procédures communautaires permettait de faire échapper l'ensemble du contrat à une mise en concurrence. La Cour de Justice a rapidement posé une interdiction de ce type de pratique par un arrêt datant du 5 décembre 1989 *Commission c/Italie*¹⁸⁵. À cette occasion, elle a qualifié un contrat de création et de maintenance d'un réseau informatique de marché de fournitures et l'a déclaré illégal. La passation de celui-ci avait en effet été faite sans mise en concurrence, le gouvernement italien estimant que l'essentiel du contrat était constitué de prestations de services, et qu'il n'était donc soumis à aucune mise en concurrence puisque la directive « services » n'était pas encore en vigueur. La CJCE a considéré que dans ce cas, l'État italien devait distinguer les deux aspects maintenance et achat du matériel et aurait dû passer un marché de fourniture pour le seul achat de matériel dans la mesure où celui-ci dépassait les seuils communautaires. La solution contre les détournements de procédure consiste donc dans la dissociation des objets du marché.

b) Une difficulté à résoudre : la qualification du mode de financement en service

249. La seconde difficulté concerne le mode de rémunération du contrat. On l'a vu, le droit communautaire pose comme principe que les marchés de fournitures peuvent être, dans la forme, des contrats de vente ou d'entreprise mais aussi de crédit-bail et de location avec ou sans achat¹⁸⁶. Cette précision, importante au regard de la place actuelle du critère du prix pour distinguer marchés publics et délégations de service public, pose pourtant de nombreux problèmes. Comment, effectivement, aborder ce mode de financement ?

¹⁸⁵ CJCE 5 décembre 1989 *Commission c/ Italie*, aff. 3/88, rec. p. 4035 ; *Dalloz* 1990, SC, p. 243 obs. Ph. TERNEYRE.

¹⁸⁶ Cette précision issue directement du droit communautaire a été intégrée dans l'article 1^{er} II du Code des marchés publics

Les directives semblent n'en faire que de nouvelles modalités de paiement, vraisemblablement pour éviter que certains cocontractants arguent de la nature du contrat pour ne pas le soumettre aux procédures de passation¹⁸⁷. Pourtant, la logique voudrait que l'on analyse ce mode de paiement comme un marché de service attaché au marché de fourniture ; ou plutôt, il faudrait analyser l'ensemble du contrat comme un marché à deux objets, le service financier et la fourniture d'un bien. Comment alors qualifier ce contrat ? La logique étant de se placer du point de vue de l'acheteur¹⁸⁸, il faut comparer le prix de revient de la fourniture avec celui du service. Dans la plupart des cas, le prix du bien sera supérieur à celui du produit financier et l'on sera bien dans le cadre d'un marché de fournitures. On a même tellement de mal à envisager qu'une personne publique puisse accepter que le financement d'un bien lui revienne plus cher que le bien lui-même¹⁸⁹ que cette précision communautaire nous semble malencontreuse. Malheureusement, le législateur français a transposé cette « précision » communautaire non seulement dans le Code des marchés publics mais aussi par l'article 4 de la loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992¹⁹⁰ en oubliant que le mode de financement est aussi un bien dans le commerce¹⁹¹. Il faudrait dans ce cas clairement abandonner l'analyse de la nature du contrat au profit de l'analyse de la seule nature du bien.

250. Conclusion du paragraphe deuxième : Les définitions communautaires n'ont apporté au droit français qu'un semblant de précision et ont eu pour conséquence d'éviter une redéfinition plus conceptuelle des différents objets des marchés. Heureusement, afin de rendre possible une rationalisation, nul n'est besoin de redéfinir les « travaux, fournitures et services » à un niveau européen, le droit français peut utilement employer les possibilités d'adaptations qu'il détient des directives pour les redéfinir au plan national.

Quelles seraient les conséquences de la redéfinition des objets des marchés ? Théoriquement, on retrouverait la logique et des définitions conceptuelles dont la plupart des auteurs regrettent de ne pas disposer. On retrouverait aussi une unité d'approche entre les marchés publics, les marchés publics de droit privé et tous les contrats soumis à des règles de passation communautaires, les catégories proposées transcendant les règles de compétence entre nos deux ordres de juridiction¹⁹². Pratiquement, ces nouvelles définitions n'auraient pas pour conséquence une remise à plat immédiate des catégories existantes puisque toutes les exceptions et limites actuellement en vigueur pourraient le rester. En revanche, cette clarification pourrait dès aujourd'hui aider à la qualification des

¹⁸⁷ Depuis que l'article 1^{er} du Code des marchés publics de 2004 précise qu'un marché est un contrat à caractère onéreux, détailler les différentes formes que peut prendre ce caractère n'a plus d'utilité, cela est au contraire plus une source de difficulté.

¹⁸⁸ Le calcul du prix fait référence au prix payé par la personne publique et non à la marge du vendeur puisque l'objectif premier de ces réglementations est la protection des deniers publics.

¹⁸⁹ Le produit financier serait en effet l'équivalent d'un prêt à un taux quasiment usuraire.

¹⁹⁰ Loi relative aux secteurs spéciaux

¹⁹¹ Lorsque le crédit-bail est analysé en lui-même, les auteurs le qualifient d'ailleurs de marché de service sans tomber dans les errements de la directive fournitures cf. F. MODERNE *Encyclopédie Dalloz, collectivités territoriales*, fasc. 3715-5, n° 38. Il en est de même pour les contrats de location, *ibidem*, n° 20.

¹⁹² Sous réserve des différences que nous avons démontrées entre la notion de biens immeubles en droit public et en droit privé.

contrats à plusieurs objets dont on sait qu'ils ne cessent de se développer grâce à l'inventivité et l'imagination dont font heureusement preuve les cocontractants et qui sont l'essence de l'utilisation de contrats. Autre avantage, on verrait vraisemblablement un développement des marchés de services et donc un rapprochement des pratiques commerciales et publiques, rapprochement que l'on perçoit beaucoup mieux dans le droit des concessions que dans celui des marchés publics *stricto sensu*.

C'est d'ailleurs autour des « services » publics, objets d'une grande partie des concessions que l'on peut voir se dessiner une difficulté entre les marchés et les concessions. En effet, si l'on veut regrouper les contrats de concessions et de marchés sous une catégorie commune, on ne peut que noter les liens entre les services et les services publics.

§ 3^e : La notion de service et ses liens avec le service public. La concession au centre du débat

251. Les marchés publics et les concessions sont les deux premiers des « *principaux contrats administratifs* » cités par JÉZE¹⁹³. La question de leur distinction est l'une des controverses doctrinales qui a suscité le plus d'écrits ces dernières années, le droit communautaire ayant posé ses propres définitions des marchés et des concessions, en ébranlant ce faisant l'approche du droit français qui soulevait déjà la nécessité de soumettre une partie des concessions et certains contrats s'y approchant à des procédures de passation à travers la notion de « délégation de service public ». Ce sont principalement les marchés et les concessions de travaux, définis dans la directive 2004/18¹⁹⁴ qui posent problème aujourd'hui : alors que la notion de concession de travaux « publics » est très stricte en droit interne, ce qui a pour principale conséquence son quasi-abandon, le droit communautaire pose au contraire une définition large des concessions de travaux¹⁹⁵ et leur redonne une actualité. Dans le même temps, les critères de distinction entre marchés de travaux et concessions, si controversés en droit français, ont subi une forte influence du droit communautaire sans pourtant que ce dernier ait une vision très claire des détails de son critère financier.

252. La Communauté européenne a de plus renforcé la différence entre les deux sources du droit dans les deux directives de 2004 en adoptant une notion de « concessions de service » qui va encore modifier l'équilibre actuel. Certes, ces contrats ne

¹⁹³ G. JÉZE, *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics*, Giard. Ed. 1927, Tome 1 p. 39.

¹⁹⁴ La définition de l'article 1^{er} 3) de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004, *relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services*, JOUE L134 du 30 avril 2004 est identique à celle de l'article 1^{er} d) de la directive 93/37/CEE du Conseil du 14 juin 1993 *portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux* (la différence entre les deux est d'ordre formelle).

¹⁹⁵ Nous y reviendrons mais la « concession de service et travaux publics » du droit interne, celle qui regroupe les deux objets et qualification que l'on donne à la majorité des concessions aujourd'hui, s'est trouvée incluse dans les concessions de travaux au sens communautaire.

sont pour l'heure pas soumis aux procédures de passation, mais on ne peut qu'envisager les deux conséquences de cette reconnaissance : d'une part le rapprochement officiel des contrats de concessions et des contrats de marché, idée en accord avec l'esprit de l'évolution mais qui pourrait conduire à une assimilation que le juge administratif s'est toujours refusé à faire, que cela soit dans un arrêt *Drapeyron* de 1913¹⁹⁶ ou dans un avis du Conseil d'État du 7 avril 1987¹⁹⁷. C'est dans le cadre de ces difficultés que la notion de commande publique tendrait à simplifier la situation en évitant l'amalgame entre les deux contrats tout en prenant en compte leurs points communs que le législateur lui-même constate¹⁹⁸. D'autre part le nécessaire rééquilibrage que le droit communautaire d'abord et le droit interne ensuite vont devoir faire entre les définitions des concessions de travaux et de services.

Il est à notre sens possible d'analyser les possibilités de rapprochement entre les marchés et les concessions au regard des raisons historiques qui justifient aujourd'hui que ces contrats sont considérés comme si différents par la doctrine. On verra que cette distinction a des aspects mythiques tant elle est à la fois récente et fruit d'une évolution non raisonnée fondée sur l'appréhension doctrinale des travaux et des services. (A)

Heureusement, il semble bien que la notion de commande publique, qui inclut nécessairement des concessions de service du fait de la définition large des concessions de travaux en droit communautaire, devra à moyen terme comprendre l'ensemble des concessions « de service » comme le laisse penser l'introduction de cette notion dans les directives de 2004¹⁹⁹ (B).

A) Une évolution historique différente entre l'objet des concessions et celui des marchés

253. L'objet matériel des concessions et des marchés a évolué de façon radicalement différente à partir d'objets au départ similaires. Le point de rencontre historique de ces deux formes contractuelles était la notion de travaux publics : dans les

¹⁹⁶ CE 19 décembre 1913 *Drapeyron*, rec. p. 1280 à propos d'une concession de service public dont la passation n'est donc soumise à aucune obligation ; *Idem* CE 24 janvier 1919 *Sieur Clauzel*, rec. p. 68 ; et à propos de concessions de travaux publics, CE Sect. 30 octobre 1936 *Sieurs Sibille et autres*, rec. p. 936 (Plus précisément, il s'agit d'une concession que l'on qualifierait aujourd'hui de concession d'aménagement grâce à ce qui serait aujourd'hui peu ou prou une société d'économie mixte locale et qui à l'époque « présente le caractère d'une concession de travaux publics »)

¹⁹⁷ Conseil d'État, section de l'intérieur et des finances réunies, avis 341.356 du 7 avril 1987, Y. GAUDEMET, B. STIRN, TH. DAL FARRA, F. ROLIN *Les grands avis du Conseil d'État*, Dalloz ed. 1997 p. 261 note TH. DAL FARRA. Cet avis a été rendu public dans une circulaire du 7 août 1987, *J.O.* 20 décembre p. 14863 *relative à la gestion déléguée des services publics locaux*.

¹⁹⁸ On peut rapidement penser à la création de la catégorie juridique des délégations de service public, au développement des différentes lois mettant en place des partenariats (qu'ils soient spéciaux à certains domaines ou qu'ils forment la catégorie juridique reconnue dans l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 *sur les contrats de partenariat*, *J.O.* 19 juin 2004, texte 2) et à la soumission de l'ensemble de ces contrats à des règles et principes communs, essentiellement fondés sur des principes de passation. Cf. *infra* 2^e partie.

¹⁹⁹ Article 1^{er} 3 a) et b) de la directive 2004/17 et articles 1^{er}, 3) et 4) de la directive 2004/18

deux cas, l'objet du contrat pouvait être la réalisation d'un travail public, seuls d'autres critères – plus précisément la durée plus ou moins longue du contrat, la personne sur laquelle pesaient le risque d'un échec et le mode de rémunération sur l'usager ou par un prix – permettaient de les distinguer. Pourtant, peu à peu, cet objet central que sont les « travaux publics » va perdre de son importance en matière de concessions et l'on ne va plus pouvoir se fonder sur cet élément matériel pour rapprocher les deux catégories contractuelles (1).

Pour les autres objets matériels, spécialement les fournitures dans le cadre des marchés et le service public dans le cadre des concessions, la différence est tout de suite plus évidente dans la mesure où ils correspondent à deux réponses différentes à un même problème : la durée du contrat (2)

1) Les « concessions de travaux et service public » ou la fin de la prépondérance des travaux publics

254. La notion de travaux publics a longtemps rapproché les deux catégories contractuelles que sont les concessions et les marchés. Jusqu'à la fin du XIX^e siècle, ces contrats étaient en effet les deux modalités principales d'exécution des travaux publics avec la régie.

Pour comprendre l'évolution de la qualification des concessions, il faut partir de l'idée que la majorité d'entre elles ont en fait deux objets : d'une part un investissement de départ – qui prend la plupart du temps la forme d'un ouvrage public – et d'autre part un service qui s'exécute sur cet ouvrage. Dès que l'on a cherché à théoriser le contrat de concession, il a fallu résoudre le problème de ces deux objets, et la réponse a rapidement été trouvée dans la loi du 28 pluviôse An VIII : par application du caractère attractif des travaux publics, toutes les grandes concessions de cette époque devaient être qualifiées de concessions de travaux publics. Dans ces contrats à deux objets, la part de service n'était considérée que comme un moyen de financement qui, même lorsque celui-ci était un service public, ne pouvait pas enlever à la concession son caractère de « contrat visant à un travail public »²⁰⁰. Cette approche par le travail public était de surcroît favorisée par le fait que l'ouvrage public était alors un élément de la définition des travaux publics et que le service avait bien souvent comme lieu d'exécution un ouvrage public²⁰¹.

²⁰⁰ Voir par exemple sur ce point G. JÈZE *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics*, Paris, LGDJ (Giard) ed., Tome 1, 1927 p. 61 : « Dans tous les cas, la réunion des deux opérations juridiques : marché de travaux publics (construction et entretien d'un ouvrage public), contrat de concession de service public, porte, dans la pratique, le nom de concession de travaux publics. » On retrouve cette analyse dans Th. DUCROCQ *Cours de droit administratif et de législation française des finances*, Paris, A. Fontemoing, ed., 7^e ed., 1897, pp. 138 et 248 (6 Tomes et des tables) ; L. AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'école des ponts et chaussées*, Paris, Dunod ed., 2^e ed. 1882, Tome 2, p. 299, 6 ; A. BATBIE, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, Paris, L. Larose et Forcel libraires-éditeurs, 2^e ed. p. 241 ; E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger Levrault ed., 2^e ed. 1896, Tome 2 p. 122.

²⁰¹ M. HAURIOU, dans sa note sous CE 14 février 1902 *Blanleuil et Vernaudon c/ Ville d'Angoulême*, Sirey 1904, III, p. 81 ; *Note d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits*, 1929, réed. *La mémoire*

255. Certes, cela ne doit pas faire oublier les concessions dont la qualification ne fait pas de doute : soit concessions de travaux publics « pures », soit concessions de service public.

256. Dans les premières, le « service » qui est rendu aux usagers grâce à l'ouvrage n'est pas un service public, il s'agit le plus souvent de la simple exploitation de l'ouvrage. Cette situation de plus en plus rare se retrouvait auparavant dans les concessions d'énergie hydraulique et dans les *marchés d'intérêt national* (M.I.N.), mais même dans ces deux cas, la solution est actuellement contestée²⁰². Aujourd'hui, on peut dire qu'outre les concessions de gestion²⁰³, certaines concessions d'énergie hydrauliques, les concessions d'aménagement²⁰⁴ et l'analyse du contrat du Stade de France qui reste une exception

du droit 2000, Tome 3, p. 437 ; précise que le problème que la doctrine a d'abord cherché à résoudre est celui de la distinction entre les concessions domaniales et les autres concessions qui étaient plus qu'une occupation du domaine. Pour ce faire, le critère choisi a été la présence de travaux publics qui, partant, est devenu le critère central des concessions « de travaux publics » par rapport aux « simples » concessions domaniales. Il est intéressant de voir qu'aujourd'hui, les deux régimes se superposent plutôt qu'ils ne s'opposent comme tend à le prouver la soumission à des redevances d'occupation domaniales des concessionnaires d'autoroutes.

²⁰² Pour ce qui est des concessions d'énergie hydraulique, l'avis de l'assemblée générale (section des travaux publics) du Conseil d'État du 28 septembre 1995, n° 357 262 et 357 263 *EDCE* 1995, n° 47, p. 402 les a expressément qualifiées de « délégations de service public » et soumises à la loi Sapin du 29 janvier 1993 lorsqu'elles participent à la mission d'EDF, elles ne restent concessions de travaux que lorsqu'elle sert une entreprise en particulier. Pour ce qui est des M.I.N., la concession accordant la gestion du marché est aujourd'hui une concession de service public, CE 14 octobre 1970 *Ville de Cavaillon*, *AJDA* 1972 p. 4, note P. MOULIE, Cass. Com. 16 mai 2000, *Chambre syndicale nationale des ventes et de services automatiques (NAVSA) contre Société d'économie mixte d'aménagement et de gestion du marché d'intérêt national de la région parisienne (SEMMARIS)*, *Contrat, concurrence consommation*, Juillet 2000 p. 16-17, note M. MALAURIE-VIGNAL. En revanche, la concession accordée par le gestionnaire du M.I.N. à un entrepreneur pour la construction de bâtiment et installations a été qualifiée de concessions de travaux publics, CE 22 juillet 1977, *Sté Nord Océan Poisros et Cie*, rec. p. 357.

²⁰³ Il s'agit principalement des concessions de gestion des MIN (*Cf. note supra*), des concessions d'outillage public (dans les ports ou aéroports, mais pas les concessions portuaires ou aéroportuaires) et des concessions de ports de plaisance.

²⁰⁴ La qualification de concession et l'obligation de contracter avec des SEM ou un aménageur public à l'exception des aménageurs privés sont issues de la loi (Art L. 300-4 c. Urbanisme.), ce qui donne une valeur particulière à ces contrats. Au sujet de ces contrats, la commission a adressé à la France un avis motivé au titre de l'article 226 du Traité CE *en raison de la non compatibilité avec le droit communautaire de certaines dispositions relatives aux conditions et aux modalités d'attribution des conventions d'aménagement telles que prévues à l'article L. 300-4 du Code de l'urbanisme*. Dans cet avis, elle défend la thèse de l'assimilation des concessions d'aménagement à quatre types de contrats différents : d'abord aux concessions de travaux au sens des directives « marchés publics », ensuite aux concessions de services lorsque la réalisation d'ouvrages n'est pas prévue ou accessoire, puis aux marchés de travaux « lorsque les pouvoirs publics [...] décident d'assumer le risque lié à l'opération en cause », enfin aux marchés de service pour les missions de suivi des études préalables. Bien entendu, ces remarques ne valent qu'au delà des seuils communautaires, sauf pour ce qui est du respect des principes issus des Traités (*cf.* 2^e partie, Titre 2). Les autres concessions en matière d'aménagement du territoire ont toutes aussi un fondement textuel sur lequel il est difficile de revenir, et elles sont exclues expressément de son champ d'application par la loi Sapin du 29 janvier 1993. Sur cette question, *cf.* F. LLORENS, « Nature et contenu des contrats d'aménagement », *Contrats et marchés publics*, 2001, chron. n° 1.

limitée et légale²⁰⁵, il n'existe plus de concessions de travaux publics au sens du droit interne.

257. Dans les secondes, les concessions de service public « pures », le service public qui est concédé à un cocontractant ne s'exerce pas sur un ouvrage public et n'implique pas de travaux publics. Il s'agit par exemple de contrats comme celui en cause dans le Grand arrêt *Théron*²⁰⁶ à la suite duquel le concessionnaire devait capturer les chiens errants et les mettre en fourrière²⁰⁷ ou comme certains contrats de transports routiers ne nécessitant pas de construction par le concessionnaire.

Puis, contrairement à ce que l'on a rencontré en matière de marchés publics, la jurisprudence et les commentateurs se sont avisés de la place du service public dans les concessions, et notamment de son rôle dans la rémunération. En effet, après l'investissement de départ, c'est le service rendu au moyen de l'ouvrage²⁰⁸ qui justifie les redevances des usagers. La rémunération n'est pas rendue légitime auprès des utilisateurs par l'existence de l'ouvrage mais par le service rendu. Ainsi, dans le cas des chemins de fer, si la redevance sert en grande partie au remboursement des infrastructures, d'une part l'usager pense payer son seul trajet mais en plus c'est bien pour l'existence de ce service que l'infrastructure existe.

À la suite d'une analyse similaire du doyen HAURIOU au début du XX^e siècle, d'abord dans une note²⁰⁹ où il pose le principe de la priorité de la notion de service public et où il invente la notion de *concession de service public*, ensuite dans son *Précis*²¹⁰ où il note la

²⁰⁵ Cf. notre mémoire de DEA, *Le Stade de France, un exemple d'investissement délégué*, Université Paris II Panthéon-Assas, 1996 sous la direction du Professeur Y. GAUDEMET pour une analyse du contrat qui tend à prouver qu'aucun service public n'est délégué au concessionnaire du Stade (le service public que constituent les sports étant notamment délégué aux fédérations sportives). Notons que cette position n'a pas pu être juridictionnellement confirmée du fait de la loi n° 96-1077 du 11 décembre 1996 validant le contrat.

²⁰⁶ CE 4 mars 1910 *Théron*, rec. p. 193, concl. PICHAT ; *GAJA* 14^e ed, n° 22 p. 131 ; *Dalloz* 1912, 3, p. 57 ; concl. PICHAT ; *Sirey* 1911, 3, p. 17, concl. PICHAT, note M. HAURIOU ; *RDP* 1910 p. 249 note G. JÈZE.

²⁰⁷ Deux remarques doivent être faites au sujet de cet arrêt : d'une part il montre bien certaines limites de la qualification des concessions de service public « pures » puisque le concessionnaire avait malgré tout pour obligation de construire une fourrière et un clos d'équarrissage. La seule justification pour ne pas en faire une concession de travaux publics par effet du caractère attractif est que ces bâtiments demeuraient la propriété du concessionnaire. Ils ne pouvaient être ni des ouvrages publics ni des travaux publics en l'état de la jurisprudence de l'époque. D'autre part, notons que l'arrêt lui même qualifie le contrat de « marché », ce qui nous prouve une fois encore que la distinction entre les marchés et les concessions n'était pas fixée à l'époque, le terme de marché étant souvent pris comme synonyme de contrat.

²⁰⁸ La gare ou les rails, les lampadaires, les réseaux d'eau potable ou d'électricité

²⁰⁹ CE 14 février 1902 *Blanleuil et Vernaudeau c/ Ville d'Angoulême*, S. 1904, III, p. 81 ; *Note d'arrêts sur décisions du Conseil d'État et du Tribunal des conflits*, 1929, réed. *La mémoire du droit* 2000, Tome 3 p. 437 à propos d'une concession de tramways au sujet de laquelle il écrit « [...] il est bien clair que l'objet principal de l'opération n'est pas la construction de la voie ferrée, mais son exploitation ; disons mieux : l'objet de l'opération est l'organisation et l'exécution régulière, pendant une certaine durée d'une service public de transport [...] la nature intrinsèque de l'opération [...] demeure une organisation de service public [...] Le véritable nom des concessions qui nous occupent est donc concessions de service public. [...] les concessions de services publics n'en sont pas moins des concessions de travaux publics, mais c'est un aspect accessoire qui n'intéresse que la compétence ».

²¹⁰ Maurice HAURIOU, *Précis de droit administratif*, Paris, Sirey ed. 11^e ed. Paris, 1927 p. 792.

valeur juridique que cette qualification a acquise grâce à un décret du 31 mai 1910²¹¹, les concessions de travaux publics sont devenues des concessions de service public²¹², changement de qualification juridique sans changement dans les faits. Pour que le choc de cette évolution soit moins perceptible et pour rendre un peu de leur place aux travaux, on a alors développé la notion de « concession de services et travaux publics », nouvelle catégorie²¹³ à laquelle on a appliqué le régime des concessions de service public. Cette nouvelle catégorie fut, elle aussi, étendue par l'inclusion en son sein de concessions dans lesquelles le service était pourtant minimum. L'exemple des autoroutes est représentatif de ces cas puisque le service rendu par le concessionnaire – enlèvement des objets abandonnés sur la chaussée, avertissement en cas d'accident – est infime par rapport à l'investissement²¹⁴.

Jusqu'en 1993, ce glissement de qualification n'a eu pour ainsi dire aucune conséquence puisque les concessions dans leur ensemble étaient soumises à un régime de liberté contractuelle, fondé sur *l'intuitus personae*. Depuis 1993, un double changement des régimes juridiques des concessions justifie que l'on réexamine cette évolution interne : d'une part, la directive 93/37 applique aux concessions de travaux – telles qu'elle les définit – un régime de publicité au niveau communautaire. Certes, ce premier changement est limité aux concessions au-dessus des seuils communautaires, mais il est aussi bien plus large que peut le laisser penser la qualification de « concessions de travaux » puisque, parmi celles-ci, sont comprises la plupart des « concessions de services et travaux publics » que le droit français assimile à des concessions de service public. D'autre part, les concessions de service public au sens interne, incluses par la loi Sapin du 29 janvier 1993 dans la catégorie des « délégations de service public » sont, elles aussi, soumises à des mesures de publicité.

Avant d'analyser les conséquences de cette double évolution, qui semble opposer les conceptions interne et communautaire, voyons que même pour ce qui est des autres objets matériels, fournitures, services et service public, les marchés publics et les concessions ont eu des approches matérielles différentes, qui correspondent en réalité à deux réponses discordantes à l'unique problème de la durée des contrats.

²¹¹ article 3§1 du décret du 31 mai 1910 [...] *Modifiant l'organisation de la juridiction contentieuse du Conseil d'État*, DUVERGIER *Lois et décrets*, Tome 110 p. 426, J.O. du 1 juin 1910 ; qui précise que les affaires que peut juger la section du contentieux en séance publique sont « les marchés de travaux publics ou de fournitures autres que les marchés portant concession de travaux ou de services publics »

²¹² Sur l'évolution des concessions, voir la thèse de Christian BETTINGER, *L'évolution de la concession, notion du droit administratif français. La concession de service public et de travaux publics*, sous la direction de Jean de CORAIL, préf. Georges VEDEL, Paris, Berger-Levrault coll. *l'administration nouvelle*, 1978.

²¹³ Cette catégorie a par exemple été reconnue par le Conseil d'État pour les concessions de parcs de stationnement CE 10 avril 1970 *Beau et Lagarde*, rec. p. 243 ; CJEG 1971 p. 195, note VIROLE ; et pour les concessions d'autoroutes CE Ass. 14 février 1975, *Epoux Merlin*, rec. p. 109 ; AJDA 1975 p. 225, Chron. FRANC et BOYON ; RDP 1975, p. 1705, note M. WALINE ; D 1976 p. 144, note J. BOIVIN

²¹⁴ Un avis de l'assemblée générale du Conseil d'État du 16 septembre 1999 n° 362.908 qui concerne l'adossement précise d'ailleurs que les concessions d'autoroute sont des concessions de travaux au sens du droit communautaire. Cf. BJCP du 1^{er} mai 2000 pp. 199-203 « concessions d'autoroute : un abandon de l'adossement », obs. R. SCHWARTZ.

2) Une conséquence différente de la longue durée sur la définition matérielle des contrats : la distinction entre fournitures et service public

258. La place importante que prenaient les services publics dans les contrats de concessions au début du XX^e siècle pouvait faire penser que les marchés de services en profiteraient pour apparaître. Or comme on l'a vu, cela se justifie principalement par l'approche que l'on avait à l'époque des fournitures parmi lesquelles on distinguait deux catégories : celles occasionnelles, qu'une partie de la doctrine voulait soumettre au droit privé, et celles répétées dont on estimait qu'elles devaient être soumises aux procédures de passation des marchés. Cette approche de départ, dont on peut dire qu'elle n'a pas réellement eu de valeur juridique, faisait contenir dans la notion de fourniture l'idée d'un contrat de longue durée²¹⁵.

259. La notion de *service* a donc eu un destin paradoxal : dans le cadre des *marchés publics*, elle n'a été utilisée que très tardivement, la longue durée du contrat étant comprise dans la notion de marché de fournitures ; dans le cadre des *concessions*, elle n'a pas été utilisée du tout, la notion de « *service public* », plus restrictive, étant préférée puisque le mode de financement, élément essentiel de la différence entre marchés et concessions, exigeait qu'il y eût des usagers et pas seulement un seul bénéficiaire du service.

Les contrats de concessions et de marchés, au départ relativement proches sur le plan du critère matériel, se sont donc éloignés dans un double sens : abandon du caractère attractif des travaux publics pour les concessions et utilisation en remplacement de la notion de services publics d'une part ; puis développement de la notion de fournitures plutôt que celle de service public pour les marchés d'autre part. La naissance des marchés de services et des « conventions de délégation de service public », qui continue d'éloigner les notions de marchés et de concessions sur le plan de la définition matérielle tout en les rapprochant sur celui du régime pose, en droit interne, des questions sur la différence entre services et services publics ; questions que le droit communautaire commence concrètement à soulever.

B) Services et service public

260. La volonté du droit communautaire de soumettre les concessions de service public à des procédures de passation à travers les directives « marchés publics » pose la question des différences que fait le droit positif français entre, d'une part, le service public comme objet des concessions et, d'autre part, les services comme objets des marchés de services. Or en droit interne, on peut paradoxalement constater un récent développement du droit des concessions qui relance la notion de service public en lui

²¹⁵ Voir à ce sujet la thèse de Georges PÉQUIGNOT, *Théorie générale du contrat administratif*, Paris, Pédone ed. 1945, p. 47, qui considère que les marchés de transports ou de fournitures isolés n'exigent que rarement l'emploi d'un procédé administratif et sont, en général, des contrats de droit privé.

attachant des conséquences, alors que le sens du droit communautaire serait plus de rapprocher l'objet des concessions de celui des marchés publics.

En effet, en droit interne, la notion de service public a une valeur particulière, même si elle ne saurait à elle seule distinguer concessions et marchés (1), alors qu'en droit communautaire cette notion est soit ignorée, soit juridiquement contournée (2).

1) Les marchés publics, les concessions et le service public en droit interne

261. La doctrine est unanime sur un point : l'objet des concessions est le service public et pas seulement des services (a). Cette approche, renforcée par la loi Sapin, ne suffit pourtant pas à distinguer par le seul critère matériel les marchés publics des concessions puisque les services publics peuvent aussi indifféremment être l'objet des marchés publics (b).

a) Le service public, élément indispensable des concessions de service public

262. Il ne semble pas *a priori* nécessaire de s'étendre sur un point dont les termes mêmes montrent l'évidence de la réponse. Ce qui distingue les deux formes de concessions, c'est leur objet matériel. Dans la concession de *service public*, ce dernier est indispensable. La doctrine est à ce sujet unanime, notamment depuis l'arrêt du Tribunal des conflits du 10 juillet 1956, *Société des Steeple-Chases de France*²¹⁶, qui refuse de qualifier la location de l'hippodrome d'Auteuil de concession de service public dans la mesure où l'organisation des courses de chevaux n'est pas un service public. On trouve des explications dans ce sens aussi bien dans un article de 1968 du professeur G. LIET-VEAUX qui fait référence²¹⁷ que dans le *Traité des contrats*²¹⁸, ou dans des analyses plus récentes comme celle du professeur J. DUFAU²¹⁹.

Cette approche par le service public a bien entendu été encore renforcée par la loi Sapin qui crée la catégorie des « délégations de service public²²⁰ », dont le nom montre

²¹⁶ TC 10 juillet 1956 *Société des Steeple-Chases de France*, rec. p. 587 ; *Sirey* 1956 p. 156 ; concl. CHARDEAU ; RDP 1957 p. 522, note WALINE ; CJEG 1957 p. 1, note L. RENAUD.

²¹⁷ G. LIET-VEAUX, « Identification de la concession de service public », *La revue Administrative*, 1968 p. 715. L'auteur fait de la présence d'un service public la première des cinq caractéristiques de la concession de service public.

²¹⁸ A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 2^e ed. 1984 n° 235

²¹⁹ J. DUFAU, *Juriclasser administratif*, fasc. 530, 1997, n° 13

²²⁰ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques dite « loi Sapin », modifiée par la loi n° 94-530 du 28 juin 1994 (J.O. du 29 juin 1994), la loi n° 94-674 du 8 août 1994 (J.O. du 10 août 1994), la loi n° 95-101 du 2 février 1995 (J.O. du 3 février 1995), la loi n° 95-127 du 8 février 1995 (J.O. du 9 février 1995), la loi n° 96-142 du 21 février 1996 (J.O. du 24 février 1996) et la loi n° 96-609 du 5 juillet 1996 (J.O. du 9 juillet 1996), et enfin par la loi n° 2001-452 DC du 6 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère

aussi, comme pour les concessions, la place prépondérante que prend l'objet matériel du contrat. Tous les commentateurs de cette loi se sont étendus sur celui-ci, insistant sur les difficultés qui concernent la qualification de service public. Ainsi, Mme MAUGÜÉ et le professeur J.-B. AUBY ont-ils, dès 1994²²¹, développé des analyses conduisant à limiter le champ d'application de cette loi, soit du fait de l'absence de service public, soit du fait de services publics non déléguables. Les mêmes auteurs ont ensuite rendu compte de la position du Conseil d'État en 1997²²² après que quatre avis précisant des cas litigieux où l'on pouvait douter de la présence d'un service public avaient été rendus. Il en ressortait d'ailleurs une singulière extension de cette notion de service public qui était en « repos doctrinal » depuis plusieurs dizaines d'années, au point que l'on peut raisonnablement penser que certaines anciennes jurisprudences recevraient aujourd'hui des solutions inverses²²³.

L'accent mis sur la présence d'un service public comme critère central des délégations de service public a eu une autre conséquence : l'extension des réflexions applicables aux concessions à d'autres formes contractuelles ayant aussi cet objet à savoir notamment les affermagés²²⁴ et les régies intéressées²²⁵. Ainsi, ce critère matériel a repris une importance dans le cadre des concessions et au-delà. La seule critique à ce sujet, désignée par la doctrine bien qu'elle lui permît d'être la référence en la matière, était l'absence de définition de la délégation de service public dans la loi Sapin. En l'absence de définition, on pouvait en effet éventuellement douter que les interprétations doctrinales prévaudraient. Ce doute est aujourd'hui levé par la loi MURCEF²²⁶ qui donne enfin une

économique et financier (MURCEF) qui en donne clairement une définition. Pour les collectivités territoriales, ces dispositions sont codifiées aux articles L. 1411-1 et s. du CGCT.

²²¹ Ch. MAUGÜÉ et J.-B. AUBY, « Les contrats de délégation de service public », *JCP G*, 1994, doctrine n° 3743 p. 115

²²² Ch. MAUGÜÉ et J.-B. AUBY, « La notion et le régime de la délégation de service public. Quelques précisions du Conseil d'État », *JCP G*, 1996, n° 25, doctrine n° 3941 p. 247

²²³ Ce serait peut être le cas de l'organisation des compétitions hippiques que l'on verrait bien qualifiées de service public, comme on a vu l'ensemble des casinos qualifiés de « délégataires de services publics » par l'avis du 4 avril 1995.

²²⁴ Les affermagés requièrent aussi une délégation de mission de service public, c'est ce qui les différencie d'autres contrats — qualifiés aussi parfois d'affermages — comme les baux à ferme de terrains ou l'affermage de la perception des taxes. Sur ce point, *Cf. Traité des contrats, Op. Cit.*, n° 261

²²⁵ Les régies intéressées sont sous certaines conditions des délégations de service public précise le Commissaire du Gouvernement C. BERGEAL dans ses conclusions sur l'arrêt CE 30 juin 1999 *syndicat mixte du traitement des ordures ménagères centre ouest seine-et-marnais*, *BJCP* n° 7 de novembre 1999 p. 607. En revanche, l'arrêt CE 7 avril 1999 *Commune de Guilberand-Granges*, *Revue des concessions et des délégations de service public*, n° 5 juin 1999 p. 11 exclu des délégations de service public les contrats de gérance contrairement à ce qu'une partie de la doctrine pensait à l'analyse de la seule loi de 1993.

²²⁶ Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 *portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier*, *J.O.* 12 décembre 2001, p. 19703. Pour une analyse de cette loi, *cf.* S. PIGNON, « La réforme de la commande publique », *AJDA* 2002 n° 1 p. 33 ; J.-D. DREYFUS, « La définition légale des délégations de service public », *AJDA* 2002 n° 1 p. 38, et avant la loi elle-même : L. RAPP, « Faut-il vraiment définir l'ensemble des délégations de service public ? », *AJDA* 2001 p. 1011.

véritable définition légale à cette notion, définition dans laquelle le service public a effectivement le rôle que la doctrine lui attribuait²²⁷.

263. La présence de ce « service public » qui paraissait si évidente pour la seule concession et qui paraît si indispensable pour les délégations reçoit pourtant peu de justifications. Elle n'est pour ainsi dire jamais contestée. Or, à bien y regarder, l'utilisation de cette qualification à forte connotation dans l'esprit des juristes français, à forte valeur symbolique, n'est peut-être pas au fond indispensable.

Au premier sens du terme, le service public est un service qui bénéficie au public, ou plus précisément à un public. Cet élément rentre vraisemblablement en ligne de compte dans la mesure où ce public, que l'on appelle alors « usagers » est le fondement du mode de rémunération de la concession. On l'a dit, dans la concession, outre la durée du contrat, c'est le mode de rémunération qui est traditionnellement le critère de distinction avec les autres contrats. Pour autant, avec l'avènement des délégations de services publics, cet argument est mis à mal dans la mesure où le critère aujourd'hui retenu pour distinguer les concessions des marchés publics n'est plus seulement la rémunération sur les usagers mais la rémunération « *substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation* »²²⁸, ce qui n'implique donc pas nécessairement la présence d'usagers.

L'autre justification de l'utilisation de « services publics » et non de services est l'idée de *délégation* du service. Les termes mêmes de « délégation » et de « concession » indiquent la remise entre les mains du cocontractant d'une mission. Or les personnes publiques ne peuvent donner que ce qu'elles maîtrisent elles-mêmes, on pourrait dire « ce qui leur appartient ». L'activité de service public, dont il faut ici rappeler que la définition reste subjective et contingente, peut aussi être analysée comme une activité de service rendue « normalement » par les personnes publiques. C'est en cela que l'on considère qu'elle doit être une activité « d'intérêt général », mais que cela ne suffit pas, que le service public comprend un élément de compétence *rationae personae*. Certes ce critère apparaît comme peu juridique, l'explication par la nature des choses comportant toujours une part de subjectivité importante. Pourtant, d'une part la notion de service public apparaît plus aujourd'hui comme un « label²²⁹ » que comme une notion juridique stricte, d'autre part

²²⁷ Cette définition est introduite à l'article par l'article 3 de la loi MURCEF à l'article 38 de la loi Sapin à l'article L. 1411-1 CGCT comme suit : « Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service. ». Pour une analyse de cette définition au regard du droit communautaire, cf. *Supra*

²²⁸ Il s'agit du critère posé par le fameux arrêt CE 15 avril 1996 *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de Lambesc*, RFDA 1996 p. 715, note Ph. TERNEYRE, concl. Ch. CHANTEPY ; CJEG 1996, n° 523, pp. 267-272, note R. SAVIGNAT, concl. Ch. CHANTEPY ; JCP E, 27 mars 1997, pp. 59-62, n° 13, note Y. DELAIRE ; ainsi que par les suites de cette jurisprudence. Il est désormais repris dans la définition des délégations de service public donné par loi MURCEF qui modifie l'article L. 1411-1 du CGCT et la loi Sapin. Sur le critère de la rémunération, cf. *infra* 2^e partie, Titre 1^{er}, Chapitre 2

²²⁹ Il n'est pas nécessaire de présenter le désormais classique article du professeur Didier TRUCHET « Nouvelles récentes d'un illustre vieillard. Label de service public et statut de service public », AJDA Juillet 1982 p. 427

c'est cette vision « jus naturaliste » du service public qui est consacré par le droit, aussi bien interne – avec la loi MURCEF²³⁰ – que communautaire – avec la communication de la commission sur les concessions en droit communautaire²³¹.

Le fait que l'objet du service puisse aussi bien être administratif qu'industriel et commercial²³² est une autre preuve de cette vision large – de label – qu'a le service public dans le droit des marchés publics au sens large²³³.

264. Le service public, d'une manière plus ou moins justifiée et malgré son caractère incertain, reste pourtant un critère central du droit des concessions – hors les pures concessions de travaux publics. À cet égard, le droit communautaire mènera sans doute à une réflexion sur cette notion, même s'il ne l'affronte que très partiellement dans les directives de 2004 en donnant une définition des « délégations de service » sans en préciser plus avant le sens et, sur le plan du régime, en les excluant de l'application de la directive. Malgré cette importance des « services publics », leur seule présence ne saurait suffire dans la distinction entre les marchés publics – dont l'objet serait les services – et les délégations de services publics – qui nécessiteraient cette qualification plus précise.

b) Le service public, objet matériel indifférent au droit des marchés publics

265. Le Code des marchés publics ne s'intéresse qu'à la qualification de service, il ne précise pas si ce service doit, ou non, avoir d'autres caractéristiques. C'est justement cette définition large, générale, qui permet de chercher dans les distinctions classiques une synthèse sur la nature des services par rapport aux fournitures et aux travaux ; ce qui nous a conduits à constater qu'il s'agissait dans tous les cas de « biens incorporels » s'assimilant à des obligations de faire²³⁴.

La question de la distinction entre les marchés et les concessions sur le seul critère matériel simplifierait grandement le débat doctrinal actuel. La présence d'un service public suffirait à qualifier un contrat de délégation et la présence d'un simple service suffirait pour celle de marché public. La solution serait assurément simple, mais elle ne serait ni juridiquement satisfaisante au regard du caractère contingent de la notion de service public, ni en conformité avec l'état du droit positif.

²³⁰ Cf. *infra*, à noter surtout que la délégation de service public est le « contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité »

²³¹ Cf. *supra*

²³² Cf. in Ch. BRÉCHON-MOULÈNES et Alii, *La concession de service public face au droit communautaire*, Paris, Sirey ed., coll. *Droit public*, 1992 l'article de F. LLORENS *La définition actuelle de la concession de service public en droit interne* p. 15, spé. p. 17 sur la nature du service concédé. Voir aussi Louis de PERUSSE des CARS, *La délégation des services publics administratifs*, Mémoire pour le DEA de droit public de l'économie, Université Paris II Panthéon-Assas 1996.

²³³ Notons pourtant que l'essentiel des services publics administratifs délégués comprennent, au moins en partie, un élément industriel et commercial. À vrai dire, celui-ci nous apparaît indispensable dans la mesure où c'est justement par la « vente » de cette partie de « SPIC » que l'on va rémunérer la partie « SPA ».

²³⁴ Cf. *Infra* Section 1.

266. Le service public est une notion multiforme, fonctionnelle, qu'il est difficile d'appréhender comme un critère juridique même si elle a effectivement souvent ce rôle. Il n'est pas nécessaire de développer ici cette notion, d'autres ouvrages et d'autres thèses s'y sont assez essayés. Il suffit de noter que le service public est polysémique et que selon le sens qu'on lui donne, on ne peut l'aborder de la même façon.

Il est occasionnellement utilisé dans un sens large, politique, qui permet de donner une valeur sémantique à une activité d'intérêt général. C'est ainsi, par exemple, que l'on parle des « services publics à la française » pour contester une influence dérégulatrice de l'Union européenne ou, pour se rapprocher encore de notre sujet, que l'on considère qu'en eux-mêmes, les marchés publics sont une activité de service public. Ce dernier sens laisse entendre que les marchés publics sont une activité d'intérêt général soumise à un régime particulier mais il ne permet pas d'associer un régime « de service public » aux marchés publics.

D'autres fois, les juges lui ont donné une valeur juridique plus forte, ils ont essayé d'en faire une véritable notion juridique, le définissant par exemple comme une activité d'intérêt général associée à des prérogatives de puissance publique²³⁵. Cette tentative, parce qu'elle était trop éloignée des autres conceptions du service public et parce qu'elle utilisait pour sa définition des éléments eux-mêmes peu établis n'eut qu'une réussite limitée. La vision qui nous paraît la plus à même de rendre compte de la situation actuelle, celle du « label » du professeur D. TRUCHET, montre bien la difficulté qu'il y aurait à utiliser le service public comme critère de distinction entre marchés et concession : n'étant pas une notion juridique stricte mais un label, la distinction serait peu fiable.

267. Pourtant, pendant un temps, le Conseil d'État a voulu faire de ce critère l'un des axes principaux de la différence entre les concessions de service public et les marchés de service. Dans un avis du 7 avril 1987²³⁶, le Conseil a considéré que « *le contrat nommé ou innomé par lequel un entrepreneur était chargé de l'exécution même d'une mission de service public n'est pas un marché et, par suite, n'est pas soumis au Code des marchés publics* ». Contrairement à ce que l'on pourrait penser, ce n'est pas seulement la présence d'un service public qui était posée comme critère de distinction mais sa « délégation ». La seule participation à un service public n'a donc, quoi qu'il en soit, jamais été considérée comme suffisante ; seule sa délégation, c'est-à-dire le fait de confier la responsabilité de ce service au cocontractant a pu être envisagée comme un critère fiable.

²³⁵ À ce sujet, la jurisprudence est à la fois nombreuse et commentée. Pour une appellation de service public en présence de prérogatives de puissance publique cf CE Sect. 22 novembre 1974 *Fédération française des articles de sport (FIFAS)*, rec. p. 577, concl. THÉRY ; *D* 1975 p. 739 ; note J.-F. LACHAUME ; *JCP* 1975, I, p. 2724, Chr. J.-Y. PLOUVIN ; *RDP* 1975 p. 1109, note M. WALINE ; *AJDA* 1975 p. 45 et chr. 19. Pour un refus de qualification en l'absence de prérogatives de puissance publique cf. CE Sect. *ADASEAR*, rec. p. 698 ; *Dalloz* 1979 p. 249, note P. AMSELEK et J. WALINE ; *RDP* 1979 p. 899, concl. GALABERT, note J. ROBERT ; *AJDA* janvier 1979 p. 35 et chr. 22

²³⁶ Cf. *Les grands avis du Conseil d'État*, *Dalloz* 1997, n° 26 p. 261 par Th. DAL FARRA

268. Ce qui mit à mal cette approche fut l'évolution des éléments pris en compte pour la distinction entre les marchés et les délégations, qui passèrent d'une analyse mettant en avant la présence d'un service public — souvent associée à d'autres critères comme la longue durée du contrat et la présence d'usagers²³⁷ — à un critère de distinction presque unique : la rémunération « substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation ». Ce critère central étant lui-même entendu par certains comme exigeant en fait un transfert du risque de l'exploitation pour la qualification de concessions, affermage ou régie intéressée²³⁸. Ce risque est selon nous ce qui est effectivement analysé par la référence aux résultats de l'exploitation, mais ces derniers ont l'avantage certain de ne fonder le risque que sur des données financières et comptables, ce qui permet une analyse plus objective. C'est d'ailleurs, à ce qu'il nous semble, ce qui ressort des conclusions du commissaire du gouvernement dans l'arrêt *SMITOM*²³⁹.

À la suite de cela, les juridictions administratives ont pu qualifier de marché public des contrats dont l'objet est la délégation d'un service public. En effet, l'utilisation principale du critère du prix a eu pour conséquence que certains contrats rémunérés par un prix et ayant pour objet un service public ont été qualifiés de marchés publics et non de concessions – même si par ailleurs la présence d'un service public reste obligatoire dans le cadre des délégations. Rappelons que c'est exactement dans ce sens que va la définition des délégations de services publics posée par la loi MURCEF²⁴⁰ : la délégation d'un service public est obligatoire mais elle n'est pas le critère de distinction avec les marchés, ce dernier étant la rémunération.

Cette naissance officielle des « marchés publics de service public »²⁴¹, comme composante des « marchés publics de service » a d'ailleurs été développée par

²³⁷ Cf. E. DELACOUR *La notion de convention de délégation de service public. Essai de définition d'une nouvelle catégorie de contrat administratif*, Thèse polycopiée, sous la direction de P. DELVOLVÉ, qui détaille les différents critères de manière argumentée même si cela ne correspond pas à l'état du droit positif.

²³⁸ M. LONG, in « Système concessif et droit communautaire dans le domaine de l'eau », *La revue Administrative*, Novembre 2001, n° 318 pp. 576-580, spé. p. 577 précise ce point à l'aune des arrêts du Conseil d'État du 7 avril 1999 *Commune de Guilhaumand-Granges* et 22 mars 2000 *M. et Mme Lasaulce*. Pour une analyse de cette notion de risque qui apparaît clairement comme un élément important du droit communautaire des concessions Cf. L. RAPP, « La prise en compte du critère économique et financier dans les contrats publics : les risques d'exploitation », *BJCP* 2000, p. 82. Notons que le critère du risque est aussi avancé dans l'avis motivé adressé à la France à propos de la compatibilité de l'article L. 300-4 du Code de l'urbanisme au droit communautaire des marchés publics afin de faire la différence entre les marchés de travaux et les concessions de travaux (point 1, c).

²³⁹ CE 30 juin 1999, *SMITOM (syndicat mixte du traitement des ordures ménagères centre-ouest seine-et-marnais)* : req. 198147 ; *Dr. Adm.* 1999, n° 246 ; *AJDA*, 1999, p. 714, concl. C. BERGEAL ; *CJEG*, 1999 p. 344 concl. C. BERGEAL ; *RFDA*, 1999, p. 1147, note L. VIDAL ; *LPA*, 28 févr. 2000 p. 10, note C. BOITEAU. Mme C. BERGEAL elle semble en effet considérer que le « substantiellement » s'apprécie au cas par cas, en regardant si la part de prix non lié à l'exploitation ne retirerait pas le risque d'exploitation au cocontractant pour le faire retourner à la collectivité. En effet, si l'activité baisse mais que le prix fixe représente une grande part des bénéfices, le cocontractant n'a plus de risque. Or plus encore que les redevances, c'est le risque d'exploitation qui caractérise selon elle les délégations de service public.

²⁴⁰ *Op. Cit.*

²⁴¹ Cette dénomination, qui renvoie aux « marchés publics de travaux publics » et aux « marchés publics de travaux privés » nous est propre, elle n'est pas officielle.

l'administration dans une réponse ministérielle commentée par M. LONG²⁴². On retrouve ces marchés publics de service public dans l'arrêt du Conseil d'État du 14 octobre 1988 *SA Socea-Balency (SOBEA)*²⁴³ dans lequel la délégation de la gestion d'une station d'épuration est un marché public ; ou même dans l'arrêt de section du Conseil d'État *Communauté de commune du Piémont de Barr*²⁴⁴ pour un service d'assainissement confié par un établissement public de coopération intercommunal à un autre.

269. Il ressort de cela que le service public n'est pas un critère de choix entre délégations de service public et marchés publics. Certes, s'il n'y a pas de délégation d'un service public, il ne saurait y avoir concession, affermage, régie intéressée ou plus généralement application de la loi Sapin ; mais en présence d'un service public, d'autres critères sont à prendre en compte. Cela nous permet de dire que, fondamentalement, le service public pouvant faire l'objet d'un contrat est un service au sens du Code des marchés publics. Si l'on revient à notre définition des services, on peut dire que le service public, pris dans son sens de « service fourni aux usagers et bénéficiant de ce label », est, lui aussi, un bien incorporel s'analysant comme une obligation de faire ; à la différence près qu'il n'est pas seulement cela.

L'approche communautaire qui, dans l'intérêt de la cohérence des contrats au plan européen cherche à rapprocher les marchés des concessions, apporte d'ailleurs de façon camouflée une réponse à notre question : que faut-il à ces services – biens incorporels – pour devenir des « services publics » ou toute autre qualification assimilable ?

2) Les bouleversements communautaires présents et à venir

270. Le droit communautaire raisonne sur une définition des marchés publics ayant la double caractéristique d'être large et fondée sur une approche économique. La vision générale est issue de son souci de dépasser les spécificités nationales, de ne pas chercher à prendre un pays comme référence pour l'imposer aux autres. L'approche économique de ses définitions apparaît plus comme la « méthode » pour atteindre le premier objectif : elle résulte d'une analyse se voulant objective, donc applicable partout et apparaissant comme fondamentalement impartiale. On peut faire le parallèle avec les

²⁴² Réponse ministérielle n° 1490 au J.O. des questions au Sénat du 17 septembre 1998 p. 3006, question de M. G. LARCHER Commentaire de M. LONG au *Moniteur des travaux publics* du 15 janvier 1999 p. 42 ; *BJCP* n° 2/99 p. 231. À l'époque, c'est l'utilisation d'un faisceau d'indices qui semblait encore devoir permettre de distinguer les deux catégories de marchés et délégations. Force est de constater, à la lecture de l'article précité de M. LONG, qu'il est revenu sur ce point et met clairement en avant le critère du risque.

²⁴³ Conseil d'État du 14 octobre 1988 *SA Socea-Balency (SOBEA)*, *Marchés publics* n° 240, mars 1989 p.8, note F. MODERNE ; voir aussi P. COSSALTER « Le marché public : alternative à la concession de services publics », *Revue des concessions et des délégations de service public* n° 2, juillet 1998 pp. 141-159

²⁴⁴ CE Sect. 20 mai 1998 *Communauté de communes du Piémont de Barr*, *SDEA du Bas-Rhin*, *RFDA* 1998 p. 609 concl. H. SAVOIE, *AJDA* 1998 p. 632 chr. P. FOMBEUR et F. RAYNAUD, *DA* 1998 n° 193 ; MP-LRAP 1 juillet 1990, n° 3 pp. 25-26 ; G. GUIAVARC'H, *Revue des concessions et délégations de service public*, n° 2, juillet 1998, pp. 99-131

révolutionnaires français du XVIII^e siècle cherchant à fonder les nouvelles mesures – le mètre, le gramme – sur une base universelle : la nature²⁴⁵. L'analyse par l'économie permet ainsi au législateur européen de briser les catégories historiques en montrant la proximité des phénomènes au plan du marché ou du consommateur. C'est par exemple à cette modification que l'on a assisté, en droit public comme en droit privé, dans l'évolution du droit de la concurrence dont on a vu la portée considérablement augmenter.

271. Cette influence a d'ores et déjà modifié nombre de points, notamment en ce qui concerne les concessions. Ainsi, la notion communautaire de « concessions de travaux », fondée sur une approche économique ne s'embarrasse-t-elle pas de la notion interne de « concessions de services et travaux publics » et modifie non seulement le critère matériel mais aussi le droit applicable à nos concessions (a). De plus, la « communication sur les concessions en droit communautaire » nous promet pour l'avenir des changements importants (b).

a) bouleversements actuels par la définition des concessions de travaux

272. Il n'est pas nécessaire de revenir longuement sur la définition des concessions de travaux au sens des directives 2004/17 et 2004/18²⁴⁶, repris de la directive 93/37²⁴⁷, il convient surtout de noter que le critère retenu par le droit communautaire est essentiellement fondé sur le prix et que la notion de concession de travaux est « attractive ». Le seul critère matériel utilisé dans la directive étant la présence de travaux, le droit communautaire est officiellement indifférent à la présence ou à l'absence d'un service public. Cela a une influence sur la qualification, au sens des directives communautaires, de

²⁴⁵ Sur ce point, on peut se référer au *dictionnaire Hachette*, 1998, « le système métrique est l'ensemble des poids et mesures actuellement en usage en France pour l'évaluation des grandeurs usuelles. En 1790, l'Assemblée constituante décréta la suppression des anciennes mesures, qui variaient selon les provinces, et leur remplacement par un système simple ayant une base universelle. Une commission scientifique elabora le projet, qui fut adopté par la Convention en 1795. Il comportait l'usage du système décimal et définissait l'unité de longueur, le mètre, comme la dix millionième partie du quart du méridien terrestre et l'unité de poids, le gramme, comme le poids de 1 cm³ d'eau à 4 °C. En 1799, une loi donnait valeur légale aux étalons du mètre et du kilogramme déposés aux Archives nationales. Le système métrique a été redéfini en 1960 et il est appelé aujourd'hui système international. Ce système comprend sept unités de base: le mètre, le kilogramme, la seconde, l'ampère, le kelvin, la mole et la candela. »

²⁴⁶ L'article 1^{er} point 3 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, JOUE L134 du 30 avril 2004 et l'article 1^{er} point 3 a) de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, JOUE L. 134 du 30 avril 2004 définissent tous deux les « concessions de travaux » de la même manière : « La "concession de travaux" est un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché de travaux à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix; ». Notons que les concessions de service sont définies respectivement aux articles 1^{er} point 4 et 1^{er} point 3 b) de ces directives.

²⁴⁷ Dans la directive 93/37 « travaux », les concessions de travaux étaient définies à l'article 1-d) d'une façon quasi identique, les différences n'étant que de forme. En revanche, l'intégration des concessions de travaux dans le cadre des secteurs spéciaux est nouvelle puisque la directive 93/38 régissant ces matières auparavant ne définissait les concessions, ni de travaux, ni de services.

l'ensemble des conventions de délégation de service public, concession (α), les contrats de gérance (β), les contrats de régies intéressées (γ) et les affermages (δ).

a) Les concessions françaises en droit communautaire

273. La majorité des concessions sont, en droit français, des « concessions de travaux et service public ». Ce double objet matériel pose problème puisqu'en droit communautaire presque toutes les concessions du droit internes sont qualifiées de « concessions de travaux », et on leur applique un régime propre issu des articles 56 à 61 de la directive 2004/18 et 18 de la directive 2004/17, alors qu'en droit français on a vu que le droit qui leur était applicable était celui des « concessions de service public » – à savoir la loi Sapin²⁴⁸ – et non le droit des concessions de travaux.

274. Contrairement à ce que l'on pourrait penser, les « concessions de service public » sont donc pour l'essentiel déjà soumises au droit communautaire des concessions de travaux telles que définies dans les directives de 2004. Jusqu'à ces textes, elles ont subi en effet *l'effet attractif* de la notion de concessions de travaux du droit communautaire, celui-ci allant favoriser cette qualification dès qu'il y a une part non négligeable de travaux – et c'est souvent le cas – puisqu'en l'absence de notion de « concessions de service », la concession ainsi qualifiée échappait à son champ d'application. Seules les concessions de service public « pures » n'étaient pas soumises à cette directive. *Mutatis mutandis*, on assiste en fait à la même évolution du droit interne et du droit communautaire à quelques décennies d'écart : dans les deux cas, c'est autour de la notion de travaux que l'on regroupe les contrats, c'est elle qui est « attractive ». On peut d'ailleurs supposer que cette similitude historique perdurera dans l'avenir puisque la réflexion communautaire autour des services a conduit à l'adoption de la notion de « concession de services ». Pour ce qui est de savoir si ce sont elles qui deviendront « attractives », il est encore impossible de le prévoir.

Pour autant, si les concessions de service public françaises sont dans une grande proportion des concessions de travaux au sens communautaire, on ne peut pas en dire autant des autres contrats de « délégation de service public ».

β) Les contrats de gérances en droit communautaire

275. Il n'est pas nécessaire de s'étendre sur les contrats de gérance, même si les premiers commentaires après les lois de 1993 et 1995 les incluaient dans la notion de délégation de service public²⁴⁹. En effet, un arrêt du Conseil d'État du 7 avril 1999

²⁴⁸ Rappelons que la définition actuelle des délégations de service public, issue de la loi MURCEF, est la traduction textuelle de la jurisprudence et qu'elle dispose que « *Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service* ».

²⁴⁹ M. LONG rappelle que les travaux préparatoires ne semblaient pas les exclure des délégations de service public dans un article intitulé « Délégations de service public : comment les identifier ? » MBTP 15 janvier 1999 n° 4964 p. 42

*Commune de Guilberand-Granges*²⁵⁰ les a exclues des conventions de délégation de service public et les a soumises au Code des marchés publics. Le fondement de cette exclusion a bien entendu été le fait que la rémunération ne soit pas assurée substantiellement par les résultats de l'exploitation²⁵¹. Dans ces contrats, le gérant est effectivement rémunéré directement et de manière forfaitaire par la collectivité et, même si le forfait dépend au départ des prestations qu'il fournit, la personne publique prend à sa charge les risques d'exploitation.

276. En droit communautaire, elles ne sauraient non plus à notre avis être qualifiées de concessions de travaux dans la mesure où la rémunération, si elle est fonction de l'exploitation, ne saurait s'analyser comme une rémunération « par le droit d'exploiter l'ouvrage » mais comme un prix, à la modalité certes particulière mais qui ne comprend pas le risque minimum que nécessite la notion d'exploitation. Si les gérances ne sont pas des concessions, cela laisse penser qu'elles pourraient être qualifiées de marchés publics, mais alors on peut se demander s'ils seraient qualifiés de marchés de services ou de marchés de travaux. On peut d'abord envisager que les gérances soient qualifiées de *marché de service* au sens communautaire, sauf bien évidemment si les conditions requises ne sont pas toutes remplies, notamment la limite de seuil et l'exigence que le service fasse partie des services figurant dans la liste prioritaire (ou dans la liste de l'annexe II-B mais la procédure sera alors limitée à un simple avis d'attribution). On peut ensuite envisager que les contrats de gérance soient qualifiés de *marchés de travaux* au sens communautaire. Il faut alors souligner le fait qu'en théorie, lorsque la collectivité impose des travaux au gérant, ce dernier agit comme mandataire de la personne publique et non en son nom propre. Classiquement il n'est même pas à l'origine des investissements et n'en a pas la responsabilité. Or, en droit communautaire, la gérance qui prend la forme d'un mandat a un caractère onéreux et peut être considérée comme constituant un marché public de travaux au sens de la directive « travaux » s'il s'agit d'un mandat de maîtrise d'ouvrage²⁵², c'est-à-dire si la part des travaux apparaît assez importante.

²⁵⁰ L. VIDAL « Le juge administratif, l'économie et le contrat : réflexions à propos de deux arrêts du Conseil d'État », *RFDA* 1999 p. 1147 ; CABANES *MBTP* 9 juillet 1999 p. 48 ; *RTDCom* 1999 p. 854 ; C. BERGEAL conclusions et R. SCHWARTZ note, *BJCP* 1999 n° 5 p. 456, *AJDA* 1999 p. 517 ; Ch. MAUGUÉ note, *BJCP* 1999 n° 7 p. 607 ; A-S MESCHERIAKOFF « Les délégations de service public soumises au Code des marchés publics », *Revue générale des collectivités territoriales* 1999 n° 7 pp. 440-453 ; R. SCHWARTZ « Réflexion sur l'avenir de la gérance après l'arrêt Guilberand-Granges », *Revue des concessions et des délégations de service public*, 1999 n° 5 p. 11

²⁵¹ Remarquons que plus que le critère de la rémunération substantiellement assurée par les résultats d'exploitation, on est ici en présence du critère du risque, le juge semblant considérer que la rémunération *finale* doit être fonction des résultats *avérés de l'exploitation*.

²⁵² En ce sens, cf. L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, *LGDJ ed. coll. Manuel*, 4^e ed. 2004 n° 565. Le mandat sera abordé plus longuement au Titre 2 de la première partie.

y) Les contrats de régies intéressées en droit communautaire

277. Le contrat de régie intéressée²⁵³, dont la doctrine a un moment douté que la jurisprudence le qualifie de « délégation de service public » après le sort réservé aux gérances, a malgré tout été soumis à la loi Sapin par plusieurs arrêts du Conseil d'État. La situation juridique de ce contrat est malgré tout nuancée par deux éléments : d'une part il faut que le contrat soit une véritable délégation du service public, d'autre part il faut que la rémunération du cocontractant soit substantiellement assurée par le résultat de l'exploitation, même s'il est clair aujourd'hui que substantiellement ne saurait être compris comme voulant dire majoritairement²⁵⁴.

278. Pour ce qui est du fait que le service public doit être effectivement *délégué* au cocontractant, cela sous-entend que le régisseur intéressé soit partiellement autonome, ce qui implique une part de responsabilité de celui-ci dans la gestion, mais aussi corrélativement, une part de liberté d'action. C'est cette part d'autonomie qui fait d'ailleurs la différence entre le concessionnaire – qui en bénéficie – et le régisseur intéressé – pour qui ce n'est pas toujours le cas. Or la régie intéressée doit normalement être l'objet d'un contrôle relativement strict de l'administration cocontractante ; contrôle aujourd'hui précisé aux articles R. 2222-5 et R. 3241-5 du CGCT²⁵⁵ qui assimile en fait les régisseurs intéressés à des régisseurs d'avance. Un débat doctrinal a d'ailleurs opposé sur ce point MM. les professeurs WALINE, de SOTO et de LAUBADÈRE²⁵⁶ au doyen VEDEL²⁵⁷. Il s'agissait de savoir si, comme le pensaient les premiers la régie intéressée était une forme de concession ou, comme le voulait le doyen VEDEL, une forme de régie. La question centrale était donc bien cette part d'autonomie dans le contrat. Or si ce contrôle est poussé au point que le régisseur intéressé perde son autonomie et devienne en fait mandataire de la collectivité, on ne saurait considérer qu'il y a délégation du service public. C'est cette

²⁵³ Selon M. WALINE, « La notion de régie intéressée » *RDP* 1948 p. 337, la régie intéressée est un contrat par lequel une collectivité finance elle-même l'établissement du service, mais en confie la gestion à une personne privée qui est en général rémunérée par la collectivité, cette rémunération étant fondée en partie au moins sur le résultat de l'exploitation du service. Ce qui distingue la régie intéressée de la concession est d'une part que le risque de l'investissement demeure sur la collectivité et d'autre part que la rémunération, si elle est fonction des résultats financier de l'exploitation, ne représente pas plus de 50 % du bénéfice de l'année, sans quoi il y aurait alors une trop grande similitude avec la concession. Ces deux derniers critères, issus de l'article très convainquant de M. WALINE, ne sont pas forcément suivis par l'ensemble

²⁵⁴ C'est ce que précise, justement pour une régie intéressée, l'arrêt CE 30 juin 1999 *Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères Centre Ouest-et-Marnais (SMITOM)* ; *BJCP* 1999 p. 607, concl. C. BERGEAL, note Ch. MAUGUÉ ; L. VIDAL « Le juge administratif, l'économie et le contrat : réflexions à propos de deux arrêts du Conseil d'État », *RFDA* 1999 p. 1147 ; *Revue de jurisprudence de droit des affaires*, 1999 p. 1070 ; D. BLONDEL « Le Conseil d'État précise la notion de délégation de service public », *Droit de l'environnement* 1999 n° 73 p. 3

²⁵⁵ Il est évident que ces articles ne s'appliquent qu'aux collectivités locales, et même plus précisément aux communes et aux départements. Pour autant, le principe d'un contrôle relativement strict de l'administration s'applique à toutes les régies intéressées, y compris celles des autres personnes publiques, la portée effective de ce contrôle étant à apprécier à l'aune des dispositions contractuelles.

²⁵⁶ M. WALINE « La notion de régie intéressée », *Op. Cit.* ; De SOTO, note sous CE 10 mars 1950 *Département de la Seine c/ Sté des transports en commun de la région parisienne*, *Dalloz* 1950 p. 454 ; A. de LAUBADÈRE, *Traité de droit administratif*, Paris, LGDJ, Tome 1, 8^e ed. n° 1098

²⁵⁷ G. VEDEL, *Droit administratif*, Paris, P.U.F., 8^e ed. p. 1129

part de liberté du régisseur intéressé qui fait de lui non pas un mandataire mais un délégataire gérant véritablement en son nom le service²⁵⁸. Dans les contrats dans lesquels la liberté du régisseur est si faible qu'il est en fait un mandataire, il ne saurait y avoir délégation de service public ; en revanche, comme pour la gérance, il pourrait aussi y avoir application du droit communautaire des marchés publics pour la passation de ce contrat de mandat.

279. Le second critère pour qu'une régie intéressée soit une délégation intéressée est que la rémunération soit substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation. La solution est aussi nuancée : si la part variable en fonction des résultats de l'exploitation est faible, c'est-à-dire si le contrat est plus proche d'une gérance, il n'y aura pas de qualification de délégation de service public. En revanche, si l'intéressement est relativement important, c'est-à-dire si le contrat se rapproche de la concession, il y aura application de la loi Sapin – pour autant qu'il y aurait aussi délégation du service public comme nous venons de le voir. Dans la première hypothèse, lorsqu'elles ne sont pas des délégations, les régies intéressées sont donc des gérances qui peuvent être analysées comme des mandats, et comme tels, soumises au droit communautaire des marchés publics dans les mêmes conditions que celles précisées ci-dessus. Dans la seconde hypothèse, celles où elles sont des délégations de service public, elles ne sauraient être des concessions de travaux en droit communautaire puisque le cocontractant ne finance pas l'établissement du service, et ce d'autant que le service ne nécessite pas forcément d'aménagement immobilier.

Ces deux critères de la délégation effective du service public, donc d'un contrôle faible de l'administration, et de la rémunération fonction des résultats de l'exploitation, à vrai dire très liés l'un à l'autre, sont bien sûr cumulatifs. Ils posent bien moins de problèmes pour ce qui concerne les affermages.

5) Les affermages en droit communautaire

280. Les affermages sont sans conteste les contrats les plus proches des concessions. La plupart des éléments constitutifs des concessions se retrouvent à l'identique dans ces contrats : la personne publique confie la gestion d'un service public au cocontractant, elle lui en donne la responsabilité, c'est-à-dire qu'il l'exploite à ses risques et périls, il est responsable des dommages et des salariés. La rémunération du fermier ou du concessionnaire est fonction des résultats de l'exploitation, la plupart du temps par les usagers, et elle prend en compte les investissements et la durée du contrat. Le contrôle de l'administration se limite dans les deux cas à la vérification de la bonne exécution du service public dans le respect des principes de continuité, d'égalité et d'adaptabilité ; et à une responsabilité subsidiaire en cas d'insolvabilité du cocontractant²⁵⁹.

²⁵⁸ Pour une analyse de cette différence, cf. FOUQUET, conclusions sur CE 21 octobre 1985 *Société des transports automobiles Michel Delattre*, rec. p. 291 ; *AJDA* 1986 p. 105 (point III c à e)

²⁵⁹ Sur tous ces points, Cf. A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 1982, n° 223 et s, 260 et s ; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, Paris,

281. Deux différences seulement distinguent ces deux catégories contractuelles. La première est la rémunération, le fermier devant en théorie verser des redevances à la personne publique, le concessionnaire bénéficiant de l'ensemble des revenus. Cette différence est à la fois logique et peu importante. Logique parce que dans les deux cas l'idée est que la personne publique doit retirer un bénéfice du contrat en plus de l'exécution du service. Dans le cadre de la concession, il s'agit des biens issus de celle-ci ; dans le cadre des affermagés, il s'agit de cette redevance, compensation de la mise à disposition des éventuels ouvrages sur lesquels s'effectue le service (par exemple le réseau d'assainissement ou les autobus du service de transport). Peu importante parce que dans les deux cas, ce qui compte au regard des critères actuels des délégations de service public, c'est que le mode de rémunération soit fonction des résultats de l'exploitation²⁶⁰. La deuxième différence concerne l'investissement de départ, celui qui permet l'exécution du service public. Dans le cadre des affermagés, cet investissement est mis à disposition du fermier par la collectivité alors que dans le cadre des concessions, il est à la charge du concessionnaire. Ainsi, pour la gestion d'un service public de transport urbain, si les autobus sont fournis par la collectivité il s'agit d'un affermage alors que si le cocontractant doit lui-même les acheter, on est en présence d'une concession²⁶¹. Cette différence va même plus loin puisque le Conseil d'État a jugé que le fermier n'a pas à remettre en état un investissement, ceci étant à la charge de la collectivité²⁶².

282. Ces deux différences nous permettent de distinguer entre le régime des affermagés et celui des concessions. S'il n'est pas nécessaire de s'étendre sur le fait que ce sont des délégations de service public au sens de la loi Sapin²⁶³, la soumission de ces contrats au droit communautaire mérite quelques précisions. La principale est que les affermagés ne sauraient être ni des concessions de travaux, ni des marchés de travaux au sens des directives. Si, dans certains contrats, les fermiers sont chargés de certains travaux, ces derniers sont, soit bien trop restreints pour avoir une quelconque influence sur la qualification contractuelle, on les assimile à de l'entretien, soit trop important pour que le contrat continue à s'appeler affermage, il faut alors le requalifier en concession. La dernière solution est de faire du fermier un maître de l'ouvrage délégué. Ces deux contrats se superposent alors, mais ce montage contractuel est beaucoup plus contraignant que la concession, puisque le fermier est alors soumis au Code des marchés public. Les

LGDJ, 4^e ed. 2004 n° 746 et s. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Paris, *Montcbrestien coll. Domat droit public*, Tome 1, 15^e ed. 2001 n° 819.

²⁶⁰ Cf. *infra*

²⁶¹ et, comme nous l'avons précisé ci-dessus, les autobus seront la plupart du temps la propriété de la collectivité en fin de contrat.

²⁶² CE 24 septembre 1990 *Commune de Tignes c/ Société des téléphériques de la Grande-Motte*, rec. p. 253 ; *Dalloz* 1991, SC, p. 186, obs. Ph. TERNEYRE ; *RDP* 1992 p. 1521. dans lequel le Conseil d'État considère que le fermier peut même être indemnisé des pertes d'exploitation dues à l'effondrement du plafond d'un parc de stationnement affermé par la commune, et considère même que les dispositions contractuelles interdisent au fermier de réparer et de demander ensuite le remboursement à la personne publique.

²⁶³ C. BERGEAL, « La procédure d'attribution d'un contrat d'affermage. Conclusions sur l'arrêt du Conseil d'État, 21 juin 2000 *Syndicat intercommunal de la Côte d'Amour et de la Presqu'île Guérandaise* », *RFDA* 2000 p. 1031

affermages sont donc, en l'état actuel, assimilables aux concessions de services « pures », c'est-à-dire qu'elles ne sont soumises qu'à des dispositions éparses et non directement visées par les directives. En revanche, ce sont ces concessions de service public et ces affermagés qui sont au centre des bouleversements à venir.

b) Des bouleversements à venir

283. Pour l'essentiel, les concessions de service public françaises sont donc, en droit communautaire, des concessions de travaux. Pour le reste, notamment les contrats ne comportant aucune part de travaux comme les concessions de service public « pures » ou les affermagés, le droit communautaire ne s'applique, pour l'instant, que de façon parcellaire. Pourtant, le souci de cohérence des « marchés publics » au sens large²⁶⁴ fait que la Communauté tend à vouloir soumettre ces contrats à un régime propre, un régime de « concessions de services ». Les directives de coordination de 2004 ne vont pas encore jusque-là mais la question est posée pour l'avenir²⁶⁵.

La difficulté que comporte le droit communautaire est effectivement, du point de vue français, un déséquilibre peu compréhensible entre les différents contrats de service public, certains étant soumis à des règles issues des directives marchés publics et d'autres n'y étant pas soumis. Ce déséquilibre a conduit l'Union à vouloir clarifier la situation dans une *communication interprétative sur les concessions en droit communautaires* du 12 avril 2000²⁶⁶. Que nous apporte cette communication ? Les deux points à mettre en avant sont, d'une part l'existence d'un *corpus* de règles – issu pour l'essentiel du droit de la concurrence – applicables à toutes les concessions, y compris de service public α). D'autre part, la volonté de créer à moyen terme un régime spécifique à l'ensemble de ces contrats, ce point posant le problème important d'une notion de « concessions de services » au sens communautaire β). Enfin, on peut se demander quel sera l'objet matériel des contrats.

²⁶⁴ Cette question de la cohérence est directement abordée par la CJCE dans le § 47 de son arrêt du 7 décembre 2000 *Teleaustria Verlags GmbH, Telephonadress GmbH c/ Post & Telekom Austria AG, partie intervenante : Herold Business DATA AG*, Aff. C 324/98, *AJDA* 2001, p.106, note L. RICHER, par référence au projet de directive service.

²⁶⁵ Cf. directive 2004/18 « Article 17. Concessions de services. Sans préjudice de l'application des dispositions prévues à l'article 3, la présente directive ne s'applique pas aux concessions de services définies à l'article 1er, paragraphe 4. »

²⁶⁶ *JOCE* C 121, 29 avril 2000, p. 2 ; commentée par J. ARNOULD, « Le texte définitif de la communication interprétative de la Commission européenne sur les concessions en droit communautaire », *RFDA* 2000 p. 1015 C. FOUASSIER, « Vers un véritable droit communautaire des concessions ? Audaces et imprécisions d'une communication interprétative », *RTDEur*, 36 (4) oct.-dec. 2000 p. 675 ; C. BETTINGER, « Réflexions sur le premier texte d'harmonisation sur les concessions dans le droit communautaire. À propos de la communication interprétative de la commission », *Rev. des concessions et des délégations de service publiques*, n° 8, 2000, p. 97. Cette communication fait suite à une *projet de communication interprétative sur les concessions en droit communautaire des marchés publics* (notons l'abandon à notre avis mal venu du terme de marché public dans le titre de la communication définitive), du 24 février 1999, *JOCE* n° C 94, du 7 avril 1999 p. 4.

a) Un corpus de règle issu du droit de la concurrence

284. La communication interprétative a tout d'abord pour intérêt de sérier les règles communautaires qui sont susceptibles de s'appliquer aux concessions de services, même en l'absence de directive spécifique²⁶⁷. Les premières règles sont les principes directement issus des traités²⁶⁸, principes qui sont au nombre de cinq : égalité de traitement, transparence, proportionnalité, reconnaissance mutuelle et protection des droits des particuliers. Ces principes, dont les détails seront envisagés dans la deuxième partie de cette thèse, sont un élément fédérateur de l'ensemble de droit de la commande publique, implicitement reconnu comme tel par la commission.

Reprenant la position de la Cour de justice, la communication insiste ensuite sur l'applicabilité aux concessions de services des règles des directives « marchés publics » qui ont pour objet de préciser les objectifs du traité²⁶⁹. On voit ici que, à la limite de l'interprétation *contra legem*, la commission soumet les concessions à un régime juridique qui n'a pas été mis en place pour elles, démontrant en cela une manifeste volonté de ne pas laisser les concessions de service dans un flou – pour ne pas dire un vide – juridique²⁷⁰.

Ce qui semble spécialement intéressant de noter en l'état actuel des choses est le net ancrage du droit des concessions – et, aux vues des règles applicables, de l'ensemble du droit des marchés publics – dans le droit de la concurrence. Notons que le droit allemand a pris en compte cette approche de manière bien plus claire que le droit français puisque les directives marchés publics ont été transposées dans le « Code de la concurrence » allemand²⁷¹ dont elles forment la quatrième partie (§§ 97-129), en vigueur depuis le 1^{er} janvier 1999²⁷².

Cette précision sur la soumission partielle des concessions de services au droit des marchés publics – qui contribue à créer le droit de la commande publique – a pour

²⁶⁷ Cette approche avait aussi été celle de la CJCE et de son avocat général N. FENNELLY dans l'arrêt précité du 7 décembre 2000 *Teleaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH*, Aff. C 324/98, *AJDA* 2001, p.106, note L. RICHER

²⁶⁸ Point 3.1 de la *communication interprétative de la commission sur les concessions en droit communautaire* du 12 avril 2000

²⁶⁹ La communication cite expressément les considérants importants des arrêts CJCE 10 mars 1987 *Commission c/ Italie*, Aff. 199/85 « [dispositions visant] à faciliter la réalisation à l'intérieur de la Communauté de la liberté d'établissement et de la libre prestation de service » et CJCE 17 novembre 1993 *Commission c/ Espagne*, Aff. C-71/92, « à garantir l'effectivité des droits reconnus par le Traité dans le secteur des marchés publics de travaux et de fournitures ».

²⁷⁰ Sans s'étendre sur ce point, notons que cette soumission aux principes du Traité et aux principales dispositions des directives marchés publics est obligatoire, on ne saurait trouver de justification à leur non application dans « l'intuitus personae » que le droit français a toujours mis en avant dans la délégation d'une mission de service public. Afin de bien préciser cela, la communication donne une liste des arguments invocables pour la non-application de ces principes de publicité. Notons que cette liste d'exclusion est directement issue du Traité lui-même (art. 30, 45, 46 et 55 selon la numérotation post-Amsterdam) et que ces articles regroupent les cas dans lesquels il est possible de ne pas appliquer les dispositions du Traité en matière de droit de la concurrence.

²⁷¹ Il s'agit de la *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*

²⁷² La « loi pour le changement des principes applicables aux adjudications des commandes publiques » (*Gesetz zur Änderung des Rechtsgrundlagen für die Vergabe öffentlichen Aufträge, ou Vergaberechtsänderungsgesetz – VgRÄG*) du 26 août 1998 a en fait été transformée pour être le titre 4 de ce Code alors qu'elle n'était pas encore entrée en vigueur.

champ d'application des concessions de services « au sens communautaire », définies différemment du droit français. Si pour l'essentiel elles reprennent nos concessions de service public pures ou nos affermagés²⁷³, c'est dans la définition que donne la Communication que l'on doit analyser la différence d'objet matériel avec la loi Sapin, différence entre le « service public » et les « services » ou « services d'intérêt général » du droit communautaire.

β) La notion de « concession de services » en droit communautaire

285. Les concessions de services définies dans les directives de 2004 seront à moyen terme soumises à des dispositions communautaires qui poseront des conditions de publicité – au moins – et de mise en concurrence – peut être – à leur passation. Cet objectif transparaît nettement dans la communication interprétative²⁷⁴ et, simplement, dans l'officialisation de cette notion juridique par les directives de 2004. La difficulté principale à laquelle est confronté le droit communautaire est la disparité de ce type de partenariat public-privé dans l'ensemble des systèmes juridiques de l'Union. La solution de la Commission à cette difficulté a été double : d'une part elle a réduit les prétentions de sa réglementation en abandonnant à des réflexions ultérieures les autres formes de partenariat public-privé comme les SEM ; d'autre part elle a proposé une définition des concessions de service : « *Sont donc visés par la présente Communication, les actes imputables à l'État, par lesquels une autorité publique confie à un tiers – que ce soit par un acte contractuel ou par un acte unilatéral ayant reçu le consentement de ce tiers – la gestion totale ou partielle de services qui relèvent normalement de sa responsabilité et pour lesquels ce tiers assume les risques d'exploitation. Ces services ne sont visés par la communication que s'ils s'analysent en une prestation d'activité économique au sens des articles 43 à 55 (ex 52 à 66) du Traité.* ». Cette définition mérite une explication sur plusieurs points mais notamment sur l'objet matériel de ces concessions.

On peut rapidement s'étonner que des « *actes unilatéraux ayant reçu le consentement [du] tiers*²⁷⁵ » se fassent qualifier de concessions, mais il faut vraisemblablement voir dans cette nuance la volonté de soumettre à ce droit les contrats contenant de nombreuses prescriptions de service public et qui, de ce fait, apparaissent plus comme des contrats d'adhésion. On rejoint ici un débat qui a longtemps agité le droit français sur l'importance et la nature des clauses réglementaires des contrats de concessions de service public²⁷⁶, clauses qui sont la marque du contrôle au moins *a priori* de la collectivité concédante.

²⁷³ Notons avec la commission que le droit français respecte parfaitement ces objectifs communautaires du Traité et des directives marchés depuis l'entrée en vigueur de la loi Sapin qui impose notamment le respect du principe de transparence (Cf. point 3.1.2 de la communication)

²⁷⁴ La conclusion de la communication précise qu'elle ne « *préjuge toutefois pas d'une éventuelle proposition législative en matière de concessions, s'il s'avérait que celle-ci était nécessaire pour renforcer la sécurité juridique* ».

²⁷⁵ Il semble qu'il faille curieusement considérer ici le terme de « tiers » comme synonyme de cocontractant. Cela semble mal venu au regard du sens courant de ce mot en droit des contrats, c'est-à-dire personne non-partie au contrat.

²⁷⁶ Contre l'existence des clauses réglementaires, Cf. J. DUFAU, *Les concessions de service public*, Paris, Ed du *Moniteur*, 1979, spé p. 37 ; pour une position plus nuancée Y. MADIOT, *Recherches sur la notion d'acte mixte*

Il est aussi possible de remarquer la volonté systématique dans la définition d'employer des critères qui soient différents de ceux des marchés publics²⁷⁷. Si d'aucuns s'en réjouissent²⁷⁸, considérant que cette évolution entre le projet de communication interprétative et cette dernière version est une reconnaissance « *de l'autonomie [de la concession] non assimilable soit à une généralité comme les partenariats public-privé, soit aux marchés publics* », nous considérerons pour notre part avec d'autres²⁷⁹ que cette présentation essentiellement formelle n'empêche nullement que cette définition des concessions communautaires aille au contraire dans le sens inverse d'un rapprochement entre marchés et concessions.

y) L'objet matériel des concessions de services : SIG et Service public

286. Pour ce qui est de l'objet matériel de ces concessions « de services », il se pose un problème aussi bien en droit interne qu'en droit communautaire. En droit interne, il s'agit de savoir si le droit communautaire va imposer un régime de publicité ou de passation à des contrats qui ne sont pas des concessions de service public actuellement parce qu'ils ne portent pas sur un service public. En droit communautaire, il s'agit de savoir quels sont les « *services qui relèvent normalement de [la] responsabilité [de l'autorité publique]* » utilisés par la définition. Dans les deux cas, on retrouve un débat important entre la France et la Commission : la notion de service public en droit communautaire. La communication semble nous donner une précision sur ce qu'elle entend comme étant un *service relevant de la responsabilité de l'autorité publique* dans le point 6 de son introduction, dans lequel elle considère que ces contrats de concessions ont pour caractéristique propre d'opérer « *la délégation de services d'intérêt général* ». Cette notion de services d'intérêt général est plus éclairante que la première dans la mesure où elle a fait l'objet d'une étude particulière sous la forme d'une communication interprétative de la Commission quelques mois après celle sur les concessions²⁸⁰.

287. Cette approche par les *services d'intérêt général* (SIG) nous semble spécialement intéressante même si elle n'a pas eu dans la jurisprudence postérieure la

en droit administratif français, Paris, LGDJ 1971, p. 162 et s. *cf.* A de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, Tome 2, n° 1204 et s.

²⁷⁷ Pourquoi par exemple « actes imputables à l'État » plutôt que pouvoir adjudicateur comme dans le projet ? La différence apparaît spécialement vaine aujourd'hui dans la mesure où l'avocat général FENNELLY, dans ses conclusions sur *Teleaustria Verlag GmbH* rendues le 18 mai 2000 (c'est-à-dire après la publication de la communication interprétative) parle d'« *entités adjudicatrices* ». Pourquoi aussi changer le titre de la communication de « [projet de] communication interprétative de la commission européenne sur les concessions en droit communautaire des marchés publics » à « communication interprétative de la commission sur les concessions en droit communautaire », en évitant le terme de marché public ?

²⁷⁸ Ch. BETTINGER, « Réflexions sur le premier texte d'harmonisation sur les concessions dans le droit communautaire. À propos de la communication interprétative de la commission », *Rev des concessions et des délégations de service public*, n° 8, mars 2000 p. 97

²⁷⁹ notamment C. FOUASSIER, *Op. Cit.* p. 679

²⁸⁰ Communication de la commission *les services d'intérêt général en Europe*, du 20 septembre 2000, actualisant une autre communication sur ce thème publiée au JOCE le 26 septembre 1996, C 281, p. 3

réussite qu'elle mérite. Si elle nous semble en phase avec la réalité et utile pour l'évolution du droit communautaire, c'est parce qu'elle évite le recours à la notion de service public. Or le projet de communication sur *les concessions en droit communautaire des marchés publics* de 1999²⁸¹, la communication sur *les marchés publics dans l'Union européenne* de 1998²⁸² ainsi que le *Livre vert sur les marchés publics* de 1996²⁸³ utilisaient à plusieurs reprises le terme de « service public » sans en définir la nature. Cette utilisation sans plus de détail d'un terme juridique français dont l'utilisation était si controversée dans le reste du droit européen de la concurrence conduisait plus à des interrogations qu'à une clarification de la situation. Pourtant, tout en allant lui aussi dans un sens opposé de celui de ces premiers textes, l'avocat général FENNELLY refuse de considérer la communication de septembre 2000 sur les SIG comme constituant une norme communautaire, et donc les SIG comme une notion utilisable. Il considère en effet dans ses conclusions sur l'affaire *Teleanstria Verlag GmbH*²⁸⁴ que les concessions peuvent porter sur de simples services sans qu'il existe « aucun obstacle d'ordre qualitatif s'agissant des types de services qu'une entité adjudicatrice peut légitimement vouloir confier par l'intermédiaire d'une concession. ». Cela étant, il précise que « c'est manifestement au législateur européen [et non à la Cour] qu'il appartient de juger que seuls les services d'intérêt général peuvent valablement faire l'objet de « concessions de service public » et de définir concomitamment ces intérêts »²⁸⁵. Il y a donc bon espoir de voir les SIG être l'objet matériel des concessions de service en droit communautaire dans l'avenir, il suffit d'attendre que les institutions européennes donnent une véritable portée normative à cette notion.

288. Pour autant, cette approche clarifiée ne serait pas une révolution. La première raison à cela est la façon dont la communication interprétative sur les SIG²⁸⁶ analyse cette notion de manière intimement liée au droit de la concurrence. Cette approche la conduit en effet à considérer secteur par secteur la présence ou l'absence d'un SIG et surtout la compatibilité de ces services avec le droit de la concurrence. Or tout cela n'est possible que dans le cadre d'une définition qui reste large, et surtout une définition qui se rattache elle-même à la notion de service public : « [Les services d'intérêt général] désignent les activités de service, marchands ou non²⁸⁷, considérées d'intérêt général par les autorités publiques et soumises pour cette raison à des obligations spécifiques de **service public** ». Cette définition large permet de noter la ressemblance frappante – pour ne pas dire la similitude – entre cette vision des SIG et l'analyse des services publics proposée il y a quelques années par le professeur D. TRUCHET, services qu'il définissait comme des activités d'intérêt général bénéficiant d'un « label » et auquel on associait un régime commun. Or, même sur le plan

²⁸¹ du 24 février 1999, *Op. Cit.*

²⁸² Communication de la commission *Les marchés publics dans l'Union européenne* du 11 mars 1998

²⁸³ Livre vert *Les marchés publics dans l'Union européenne, pistes de réflexion pour l'avenir*, point 3.27

²⁸⁴ *Op. Cit.*, points 35 et 36.

²⁸⁵ *Ibid*, point 36.

²⁸⁶ Communication de la commission du 20 septembre 2000 *Les services d'intérêt général en Europe*, Rev. Des concessions et des délégations de service public, 2000, n° 10 p. 69 et s.

²⁸⁷ C'est ce qui distingue les SIG des SIEG (services d'intérêt économique général) des articles 16 et 90 du Traité, ce sont en particuliers les services en réseaux de transport, d'énergie et de télécommunication.

du régime, les « obligations de service public » de la communication sont nettement à rapprocher des « lois de Rolland » du droit interne²⁸⁸.

La seconde raison pour laquelle cette approche communautaire n'est pas une révolution est qu'en tout état de cause, pour qu'une activité soit déléguée, il faut qu'elle soit entre les mains de la personne qui délègue. Or les activités qui sont entre les mains des personnes publiques sont normalement, au sens français, des activités d'intérêt général²⁸⁹. Seules les activités de « gestion privée », c'est-à-dire la gestion patrimoniale de leurs biens par les personnes publiques, peuvent ne pas être qualifiées d'intérêt général, et encore peut-on considérer que le refus de la jurisprudence de les qualifier de service public n'implique pas qu'elles ne puissent pas être des activités d'intérêt général²⁹⁰.

Plus encore, l'acte de délégation est en lui-même une possibilité de qualifier une activité de service public. En effet, dès lors que la personne publique décide de déléguer une activité, elle se l'approprie de fait, et ce faisant, elle lui octroie un titre « d'activité d'intérêt général »²⁹¹. Le contrat de délégation d'un service public est ainsi souvent le mode de création de ce service ; l'exemple des chemins de fers ou celui des transports par canaux sont même la preuve de l'habitude de cette création contractuelle d'un service public²⁹².

289. Une définition volontariste – par la personne publique – des SIG est aussi envisagée en droit communautaire puisque la communication sur ces services prend comme critère le fait que les activités doivent être « considérées d'intérêt général par les

²⁸⁸ Si l'on s'en réfère aux critères de la notion fonctionnelle de service public posée par le professeur R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Paris, *Montchrestien coll. Domat droit public*, Tome 1, 15^e ed. 2001 n° 746 et s. p. 578, les « obligations de service public » peuvent aussi se retrouver dans ce qu'il appelle le rattachement indirect à une personne publique, constitué notamment – en plus de la création du service par une personne publique et l'activité d'intérêt général – par des indices comme le contrôle par la personne publique sur la gestion du service ou le transfert de prérogatives de puissance publique.

²⁸⁹ C'est le cas même pour les activités économiques en considération du fait que, si l'activité d'une entreprise seule n'est pas forcément marquée par cet intérêt, la réglementation du secteur d'activité de celle-ci par les moyens d'intervention de l'entreprise peut l'être. Il en a par exemple été ainsi lors de la période des nationalisations de 1982 durant laquelle la gestion de chaque banque prise individuellement n'était pas d'intérêt général mais la gestion du secteur bancaire apparaissait comme une mission d'intérêt général au regard de l'emprise qu'elle était sensée permettre sur l'économie du pays et le moyen d'action qu'elle ouvrait dans la résolution de la crise.

²⁹⁰ En effet, ce serait oublier qu'une bonne gestion d'un patrimoine par une commune permet parfois de baisser sensiblement les impôts locaux ou de permettre des investissements, ce qui peut être considéré comme étant d'intérêt général. La jurisprudence ne s'est pas clairement dévoilée sur ce point, elle ne l'a fait que sur la qualification de service public (refus pour la gestion du domaine privé depuis TC 24 novembre 1894 *Loiseur*, rec. p. 631 jusqu'à TC 26 septembre 1986 *Epoux Herbelin*, rec. p. 221, *AJDA* 1986 p. 714 note MOREAU, *Dalloz* 1987, SC, p. 190 obs. F. LLORENS.) Pour aller dans le sens d'une reconnaissance généralisée de la qualification d'activité d'intérêt général pour l'ensemble des compétences des personnes publiques, notons que l'intérêt financier de la commune est parfois considéré comme un service public – donc a fortiori comme un intérêt général – comme cela a été le cas pour les casinos municipaux, Cf. CE 18 février 1986 *Ville de Biarritz*, LPA 19 décembre 1986, p. 24, note F. MODERNE ; CE Avis 4 avril 1994, EDCE 1996, n° 47 p. 414

²⁹¹ Notons que la Commission précise qu'« *il est vrai que toute activité déléguée par les pouvoirs publics a, en principe, une connotation d'utilité publique [...]* » dans la communication sur les concessions du 12 avril 2000, point 3.1.5

²⁹² Voir aussi F. SABIANI *L'habilitation des personnes privées à gérer un service public*, *AJDA* 1977 p. 4, article dans lequel l'auteur appelle ces contrats des *habilitations contractuelles* et où il démontre la nature obligatoirement administrative de ces contrats.

autorités publiques ». La seule nuance apportée à cette définition vient de la communication sur les concessions qui considère en effet que les SIG sont les services « normalement » de la responsabilité de l'État. Limite ou nuance sans importance ? Concrètement, la différence entre ces deux approches ne porterait que sur le contrôle du juge qui devrait juger de la « normalité » de l'activité publique dans le cadre des concessions et laisser la liberté à l'administrateur pour les SIG en général. C'est aussi ce qui ressort du résumé général de la communication sur les SIG dans lequel il est précisé « *la liberté des États membres de définir les services d'intérêt général, la seule limite étant le contrôle effectué pour vérifier s'il n'y a pas d'erreur manifeste*²⁹³. » La différence entre les deux semble donc exister, à charge pour le droit communautaire de clarifier rapidement la situation.

290. La dernière différence matérielle qui pourrait exister entre les droits interne et communautaire tire son fondement d'une précision de la communication sur les concessions qui insiste sur le fait que le service doit « *s'analys [er] en une prestation d'activité économique au sens des articles 43 à 55 (ex 52 à 66) du Traité*²⁹⁴ ». Or si l'on se réfère à la doctrine française²⁹⁵, les concessions de service public peuvent aussi bien porter sur des services publics industriels et commerciaux que sur des services publics administratifs²⁹⁶, les seules limites étant dans le caractère non déléguable de telle ou telle matière²⁹⁷ et une disposition législative incompatible. La situation est toutefois paradoxale si l'on veut bien avoir une approche économique de ces services publics administratifs. En effet, la simple possibilité de faire une délégation de service public à une entreprise privée a pour conséquence que celle-ci peut se rémunérer « en fonction des résultats de l'exploitation ». Or pour que cela soit possible, il faut que l'exploitation du service produise des résultats financiers, c'est-à-dire que l'activité soit – pour partie au moins – industrielle ou commerciale. En fait, cette approche pourrait être résumée en disant que si un service public administratif est l'objet d'une délégation de service public c'est qu'il est en réalité un service public à double visage (administratif et industriel et commercial). Sans aller jusque-là, la doctrine²⁹⁸ justifie la possibilité des délégations de services publics administratifs par l'absence de principe général de gratuité des services publics. Cependant, notre vision amplifiée de la situation est vraisemblablement celle qui prévaudrait en droit

²⁹³ RC DSP 2000, n° 10 p. 70

²⁹⁴ Ces articles regroupent les chapitres 2 *Le droit d'établissement* et 3 *Les services* du Titre III sur la libre circulation des personnes, des services et des capitaux de la troisième partie sur les politiques de la communauté.

²⁹⁵ Cf. par exemple J.-C. DOUENCE « Les contrats de délégation de service public », *RFDA* 1993 p. 936, spé. p. 942 ; L. RICHER, *Droit des services publics locaux*, fasc. IV.100.1/2. Voir aussi L. de PERUSSE des CARS, *Les délégations des services publics administratifs*, mémoire de DEA Université Paris II Panthéon-Assas 1995-1996 sous la direction de Y. GAUDEMET.

²⁹⁶ C'est le cas par exemple dans la jurisprudence pour le service public administratif des pompes funèbres Cf. TC 20 janvier 1986 *Ville de Paris c/ Roblot*, rec. p. 298, *AJDA* 1986 p. 267, obs. L. RICHER. Cette jurisprudence a ensuite été relayée par un avis du Conseil d'État du 7 octobre 1986, *GACE* p. 244

²⁹⁷ Ce serait par exemple le cas pour la police municipale selon l'arrêt CE 17 juin 1932 *Ville de Castelnaudary*, rec. p. 595 ; *Dalloz* 1932 III p. 26 concl. JOSSE ; et CE 1^{er} avril 1994 *Commune de Menton*, *DA* nov. 1994 p. 1 concl. S. LASVIGNES intitulées *Dans quelle mesure la gestion du stationnement payant sur la voie publique peut-elle être confiée à une personne privée*, *RDP* 1994 p. 1825, note J.-B. AUBY

²⁹⁸ L. RICHER, *Droit des services publics locaux*, *Op. Cit.*

communautaire pour lequel la faible part de service industriel et commercial suffirait à qualifier l'ensemble de l'activité de « prestation économique » c'est-à-dire à soumettre ce contrat aux règles des délégations de services telles que définies dans la communication du 12 avril 2000²⁹⁹.

291. Conclusion du paragraphe troisième : Sur le plan matériel, les définitions internes et communautaires des concessions ont encore des différences importantes. Le droit communautaire définit les « concessions de travaux publics »³⁰⁰ qui englobent ce que le droit français comprend sous deux autres qualifications : les « concessions de travaux publics » d'une part – rares et soumises au droit public mais pas à des procédures de publicité – et les concessions de travaux et services publics d'autre part – les plus nombreuses, soumises à la loi Sapin de 1993 au même titre que toutes les « délégations de service public ». En revanche, les directives n'ont pas encore réglementé les « concessions de services » telles qu'elles sont envisagées dans la communication de la commission européenne – c'est-à-dire les concessions de service public « pures » et, éventuellement, les affermagés –, pourtant soumises elles aussi à la loi Sapin en France.

Cette première communication est peu claire sur l'objet matériel de ces futures « concessions de services ». Si l'on cherche plus avant, il apparaît que cet objet serait les « services d'intérêt généraux », eux-mêmes envisagés par une autre communication de la commission qui tente d'en donner une définition. Cette dernière aurait pu s'éloigner de la définition interne du service public et renforcer la difficulté de la future transposition. Pourtant, sans forcer la réalité, la définition interne des services publics³⁰¹ (objet matériel indispensable des concessions de service public à la française) semble correspondre à ces SIG tels qu'ils sont définis par la communication qui leur est consacrée.

Plus encore, ces services publics n'apparaissent pas fondamentalement différents des services, objet des marchés publics. Certes, le bénéficiaire direct du service est la personne publique dans le cas des marchés et normalement un usager dans le cadre des concessions, mais non seulement ces « services publics » ou « d'intérêt général » restent des « services », biens incorporels correspondant à des obligations de faire, mais en plus cette approche par le bénéficiaire du service est loin d'être toujours exacte.

Assurément, l'évolution des concessions de service en droit communautaire reste une question doctrinale, l'existence de la communication ne donnant que des pistes. Pourtant, matériellement, on assiste à un rapprochement sensible des délégations de service public et des marchés publics par le droit communautaire. Cela va clairement dans le sens de la notion de « commande publique » que nous recherchons.

²⁹⁹ L'article 45 du Traité (numérotation Amsterdam) exclu même les activités participant à l'exercice de l'autorité publique, c'est-à-dire les activités qui sont, pour l'essentiel, en droit interne, des activités non déléguables. On retrouve donc une similitude entre les services publics administratifs déléguables et les « prestation d'activité économique ».

³⁰⁰ À propos du fait que le terme de « travaux publics » soit spécialement mal choisi, Cf. note 345

³⁰¹ Pour autant que l'on puisse en donner une, cette notion restant difficile à cerner.

292. *Conclusion du Titre 1^{er} de la 1^{ère} partie :* L'approche historique des travaux, des fournitures et des services nous montre une évolution constante vers une appréciation de plus en plus large de ces objets matériels. Certes, les travaux ont eu pendant longtemps une place prépondérante, un effet attractif qui les mettait en situation de supériorité par rapport aux autres, mais l'équilibre entre les différentes notions semble être en passe d'être reconnu. Le droit communautaire n'y est certes pas étranger mais, alors qu'il a eu une influence importante sur le champ d'application personnel des marchés publics, et qu'il a une approche économique qui n'est pas celle qui prévalait historiquement en droit français, il n'a pas eu pour la définition matérielle une influence très importante.

Formellement, les différences semblent nombreuses : le droit communautaire précise plus la consistance des travaux possibles ou les services en cause que le droit français qui se réfère à des notions plus simples de « fournitures, travaux et services ». En outre, l'utilisation de qualifications identiques – au premier rang desquelles la notion de « marchés publics » elle-même – avec des définitions qui diffèrent selon le droit interne ou le droit communautaire, jette le trouble et la confusion sur des qualifications qui, bien que complexes, pourraient rester claires sans cela. Enfin, le dédoublement de nos textes résultant de la transposition des directives communautaires (entre le Code et les lois spéciales de 1991 et 1992, mais aussi au sein du Code jusqu'à celui de 2001), n'apparaît pas comme un facteur de clarté.

Pourtant, aujourd'hui, deux considérations doivent permettre une simplification. La première est que, par principe, tous les biens, quels qu'ils soient, sont susceptibles d'être l'objet d'un marché public. Cela ne veut pas dire que tous les biens peuvent l'être, mais que les biens qui ne le peuvent pas sont présentés à l'heure qu'il est comme des exceptions relativement connues. Or ce principe permet d'envisager des définitions générales, sans que cela bouleverse l'état du droit mais avec comme bénéfice une plus grande clarté et même une plus grande évolutivité. La seconde est la mise en place d'une notion de commande publique, qui regrouperait les marchés publics, au sens interne et au sens communautaire mais aussi ce que le droit français appelle les conventions de délégation de service public. Si cette notion doit voir le jour, sa définition matérielle doit semble-t-il prendre en compte trois aspects. D'une part elle doit être générale, c'est-à-dire poser pour principe qu'elle recouvre tous les biens. D'autre part, elle doit définir simplement les différents objets de ces contrats dans la mesure où elle veut les soumettre à des régimes différents³⁰², tout en posant les exceptions à l'application de son régime à telle ou telle matière de manière à la fois claire et argumentée. Enfin, elle doit préciser ce que les « services publics » ou « services d'intérêt général » ont de différent par rapport aux services eux-mêmes, en partant du principe qu'ils ont fondamentalement la même nature.

³⁰² Précisons comme nous le verrons dans la seconde partie que le régime de la commande publique n'a pas pour objet d'unifier l'ensemble du droit des marchés publics et des concessions de manière aveugle. Dans cette mesure, il consiste plus à poser des principes et à essayer de regrouper sous son champ d'application un maximum de règles précises au fur et à mesure de leur création ou de leur modification. Ainsi, il semble qu'il faille distinguer les différents objets même si la simplification maximale – vraisemblablement malvenue – serait d'adopter un régime unique quelle que soit l'objet du marché.

TITRE 2^D :
LE DÉVELOPPEMENT DES
PARTIES AUX MARCHÉS

293. Le droit administratif ne se limite plus à l'action des personnes publiques depuis de nombreuses années. La jurisprudence a tout d'abord permis aux personnes privées de prendre des actes unilatéraux dès la seconde guerre mondiale¹, puis, une quinzaine d'années plus tard, elle a qualifié de « contrats administratifs » des actes contractuels passés entre personnes privées, notamment dans le cadre de mandats². Les marchés publics eux-mêmes ont vu leur champ d'application organique s'élargir fortement, sous l'influence du droit interne d'abord, puis de manière exponentielle sous l'influence du droit communautaire. En réalité, si l'on a vu que l'extension du critère matériel a été continue sur le plan historique et que le droit communautaire n'en a été que parachèvement, on peut sans exagérer dire que la véritable révolution de la définition est organique et qu'elle vient des directives « marchés publics ».

294. Si le droit communautaire a profondément modifié la définition organique des marchés publics, le droit interne n'a pas voulu se soumettre à cette extension. Il a par conséquent organisé autour de ce même critère sa résistance – habile – à l'évolution imposée. Pour le droit français, les « marchés publics » sont ceux définis dans le code éponyme. Cette qualification juridique ne regroupe rien d'autre, elle est donc limitée organiquement à des personnes publiques³. En revanche, pour le droit communautaire, la notion – tout aussi juridique – de « marché public » est plus large ; sa définition multiforme regroupe des personnes publiques mais aussi des personnes privées. On peut se demander s'il est possible, dans un même ordre juridique⁴, d'avoir deux définitions différentes pour

¹ Les personnes privées peuvent prendre des actes administratifs unilatéraux, soumis au droit administratif, depuis les jurisprudences CE Ass. 31 juillet 1942 *Monpeurt*, rec. 239 ; *GAJA* 14^e ed. n° 55 ; *Dalloz* 1942 p. 138 concl. SEGALAT, note P.C. ; *JCP* 1942.II.2046, concl. A. SEGALAT, note P. LAROQUE ; *RDP* 1943 p. 57, concl. A. SEGALAT, note R. BONNARD, *Sirey* 1942.3.37, concl. A. SEGALAT & CE Ass. 2 avril 1943 *Bouguen*, rec. p. 86 ; *GAJA* 14^e ed. n° 56 ; *Dalloz* 1944 p. 52, concl. M. LAGRANGE, note J. DONNEDIEU DE VABRES ; *Sirey* 1944.3.1, concl. M. LAGRANGE, note A. MESTRE ; *JCP* 1944.II.2565, note C. CELIER.

² C'est le cas pour les contrats passés par mandat (*Cf. infra* Chapitre 1, Section 2^e), soit au sens de l'article 1984 du code civil (par ex. CE 24 février 1954 *Sté des ateliers de construction Schwartz-Haumont*, *AJDA* 1954.II.189, note P. SILLARD), soit au sens de TC 8 juillet 1963 *Société entreprise Peyrot c/ Société de l'autoroute Estérel-Côte d'Azur*, rec. p. 787 ; *GAJA*, 14^e ed. n° 85 ; *Dalloz* 1963 p. 534, concl. C. LASRY, note P.-L. JOSSE ; *RDP* 1963 p. 776, concl. C. LASRY ; *Sirey* 1963 p. 273, concl. C. LASRY ; *AJDA* 1963 p. 463, Chr. M. GENTOT et J. FOURRÉ ; *AJDA* 1966 p. 474, Chr. COLIN ; *Gaz. Pal.* 1964.2 p. 58 note BLAVOET ; *JCP* 1963, II n° 13375, note J.-M. AUBY ; *RDP* 1964 p. 767, note FABRE et MORIN. C'est aussi le cas des contrats d'occupation du domaine public conclus par un concessionnaire avec un tiers lui aussi personne privée, cela du fait du décret-loi du 17 juin 1938 aujourd'hui codifié à l'article L. 84 du Code du domaine de l'État.

³ Pas toutes les personnes publiques mais seulement des personnes publiques, *Cf. infra*

⁴ Si, bien évidemment, on considère que l'ordre juridique interne est celui qui nous intéresse et qu'il a intégré les dispositions des directives communautaires comme une de ses composantes. Il n'est pas ici question de revenir sur l'apport de l'arrêt CJCE 5 février 1963 *Van Gend & Loos c/ administration fiscale néerlandaise*, Aff 26/62 rec. p. 3 en ce qu'il reconnaît que « la communauté économique européenne constitue un

une qualification juridique identique. Sur le plan théorique, cette situation n'est pas satisfaisante et le droit français veille à ne pas utiliser le terme de marchés publics pour transposer le droit communautaire. Il respecte en cela parfaitement sa tradition juridique : d'un côté, il conserve sa notion de marché public et y intègre les développements et précisions communautaires afin que la transposition soit correcte. D'un autre côté, il soumet les autres personnes publiques et privées comprises dans le champ d'application des directives à des procédures de passation, mais il le fait par des textes qui ne figurent pas dans le C.M.P. et sans qualifier expressément ces contrats de « marchés publics ». (Chapitre 1^{er}).

295. Mais la question de la personne ayant l'obligation de passer ses contrats après une mise en concurrence n'est pas la seule difficulté qui se pose à propos du critère organique des marchés publics : le cocontractant de l'administration prend aujourd'hui une dimension pratique et doctrinale non négligeable. Le développement des activités publiques industrielles et commerciales conduit en effet certaines personnes publiques à *répondre* à un marché public, et c'est au regard des deux cocontractants qu'il faut aujourd'hui analyser les contrats et leurs parties (Chapitre 2^e).

CHAPITRE 1^{ER} :

LES PERSONNES DEVANT PASSER DES MARCHÉS PUBLICS

296. La fonction historique des marchés publics est la rationalisation de l'utilisation des deniers publics. Elle a conduit à la rationalisation des procédures d'achat des personnes publiques, ces dernières ayant pendant longtemps été les seules compétentes pour dépenser les revenus des taxes et impositions. C'est ainsi que le champ d'application des anciennes législations qui posait le principe de l'adjudication a été, *rationae personae*, limité aux personnes publiques¹. Seule la multiplication des rôles des personnes publiques, par le développement des services publics industriels et commerciaux, a porté une atteinte à ce champ d'application en conduisant à exclure les EPIC du champ d'application du Code des marchés publics².

L'approche communautaire par le « marché³ » a conduit les directives à avoir un autre objectif : celui de préserver la loyauté de la concurrence. Ce prisme économique qui augmentait la volonté d'appliquer une mise en concurrence non seulement à l'activité des personnes publiques mais aussi à celle de certaines personnes privées qui, elles aussi, créaient un marché — au sens économique — à l'aide de deniers publics ou sous l'influence de personnes publiques.

297. Pour ce qui est des personnes publiques, si le droit interne a vite trouvé son équilibre du fait de leur nombre limité, les développements internes récents et l'approche communautaire ont conduit à une extension relative des cas de marchés publics (Section première). Pour ce qui est des personnes privées, on a aussi assisté à un développement des personnes qui doivent passer leurs contrats après une mise en concurrence, notamment à la suite des directives communautaires. Cette extension est telle que l'on peut se demander si le terme de « marché public » est adapté en droit

¹ On verra toutefois que le flou qui a entouré la reconnaissance de la personnalité juridique de droit public aux collectivités locales a permis que des « marchés publics » aient été passés par des personnes privées au 19^e siècle.

² Cf. n° 318. Cette exclusion date officiellement de 1978.

³ Le mot est pris ici dans son sens économique, lieu de rencontre entre l'offre et la demande, mais l'homonymie avec le premier des deux termes de la notion de « marché public » n'est pas fortuite. Cf. 2^e partie, Titre deuxième, 1^{er} Chapitre sur les principes issus du droit de la concurrence et la commande publique.

communautaire et s'il ne faudrait pas revenir sur cette qualification qui n'est au fond qu'une traduction utilement confuse à des fins de transposition (Section 2^e).

SECTION 1^E :

L'EXTENSION DU NOMBRE DE PERSONNES PUBLIQUES SOUMISES AU DROIT DES MARCHÉS PUBLICS

298. La soumission des personnes publiques au droit des marchés publics semble a priori ne pas poser de problèmes doctrinaux particuliers. La situation actuelle du code n'a cependant pas toujours été aussi claire, notamment pour ce qui est de la soumission des collectivités locales et des établissements publics au droit des marchés au début du XIX^e siècle (Sous-Section 1^e). De surcroît, le droit communautaire a réussi, grâce à sa notion de pouvoir adjudicateur, à contraindre le droit français à prendre en compte, dans le champ d'application du droit des marchés, des personnes publiques qui en étaient traditionnellement exclues ou qui, parce que nouvelles, n'y étaient pas soumises (Sous-Section 2^e).

Sous-Section 1^e : L'extension d'origine interne des personnes publiques

299. Les premières législations et réglementations sur les marchés publics ne visent en réalité pas forcément directement des personnes morales de droit public, elles se cantonnent parfois à des ministères de l'État, et la situation des établissements publics est des plus confuses. À cela, il faut ajouter que les collectivités locales ne sont pas forcément soumises à un droit administratif encore naissant, ce qui renforce le sentiment d'une législation au coup par coup. Une situation si peu conforme à la nécessaire cohérence du droit ne pouvait durer et le champ d'application des marchés publics a été simplifié pour toucher l'ensemble des personnes morales de droit public. Cette extension fut salutaire même si elle n'a pas été dépourvue de difficultés pour l'État – la fiction de l'unité de la personnalité de l'État étant mis à profit pour une extension plus importante qu'il n'y paraît – comme pour ses établissements publics (§ 1^{er}) ; mais aussi pour les collectivités locales et leurs établissements publics dont la diversité n'a pas non plus été sans poser quelques difficultés (§ 2^e).

§ 1^{er} : L'État et ses établissements publics

300. La finalité des législations et réglementations de marchés publics au XVIII^e siècle, à savoir la rationalisation des dépenses publiques, a logiquement conduit à appliquer des procédures aux services les plus dispendieux. Petit à petit, bien moins rapidement que l'on ne pourrait le penser de prime abord, l'État a été soumis dans toutes les composantes de sa large et complexe personnalité juridique à ces procédures de passation (A). La soumission de ses établissements publics à ces mêmes législations, prévue dans quelques textes épars avant le XX^e siècle n'a vu sa généralisation que plus tardivement, au moment où la notion d'établissement public prenait sa forme actuelle, généralisation cependant incomplète dans la mesure où les EPIC ont tout de suite été exclu du champ d'application de l'adjudication (B).

A) L'État

301. Le droit des marchés publics – même si ces contrats ne portaient pas encore ce nom – se limitait à soumettre les contrats de certaines entités, au premier rang desquelles certains services de l'État, à une procédure d'adjudication. Il s'agissait ni plus ni moins, dans l'esprit du législateur, de règles de bonne gestion, considérées comme internes à l'administration. La généralisation de ces procédures à tous les marchés de l'État n'a pas changé cette nature, l'ensemble semblant s'appréhender en dehors de toute considération de personnalité juridique (1). Aujourd'hui, c'est au contraire la notion de « *personne publique État* », avec tout ce qu'elle a de complexe et multiforme, qui conditionne toute une partie du champ d'application du code (2).

1) Historique : Un critère organique indépendant de toute personnalité juridique

302. L'État est la première personne publique, c'est aussi le premier utilisateur des « deniers publics ». On a vu⁴ que les législations sur les marchés publics ont d'abord concerné les ministères utilisant l'essentiel du budget de l'État, à savoir les ministères de la Guerre, de la Marine et ceux gérant la construction des routes⁵. Comme le montrent les détails des textes, au moins autant qu'un critère organique, il s'agit d'un critère matériel puisque fondé sur le service géré par le ministère plus que sur sa qualité de ministère⁶.

⁴ Cf. 1^{ère} partie, titre premier, chapitre 1^{er} et chapitre 2^e.

⁵ C'est-à-dire, selon les époques, le ministère de l'intérieur ou celui des travaux publics

⁶ Sans reprendre l'ensemble des dispositions précitées, Cf à titre d'exemple probant les textes suivants : décret des 8-10 juillet 1791 *Concernant la conservation et le classement des places de guerre et postes militaires, la police des fortifications et autres objets y relatifs*, DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 3 p. 92 et spécialement le titre 6, art 3 p. 95 ; décret du 2 brumaire An 4, *Concernant l'administration des ports et arsenaux de la marine* in DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 8 p. 348 ; décret des 16-20 frimaire An 2 *qui ordonne la réparation des routes et des ponts aux frais de l'État*, DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 6 p. 326

La naissance d'un droit des marchés unifié et fondé sur un véritable critère organique date de la loi de 1833⁷ et surtout des ordonnances qui ont été prises pour son application en 1836⁸ et 1837⁹. L'ordonnance de 1836 s'applique expressément à l'État, et lui impose des obligations, situation qui nous paraît des plus classiques, mais qui est en fait au cœur d'une des plus importantes controverses doctrinales de la fin du XIX^e siècle : la personnalité morale de l'État. Cette personnalité n'est apparue qu'en plusieurs phases, et n'a été définitivement reconnue par les auteurs que bien après ces législations¹⁰.

303. Durant tout le XIX^e siècle et jusqu'au premier tiers du XX^e siècle, la doctrine se retrouvait pour une grande part autour de la théorie de la personnalité fictive¹¹. Cette théorie considérait que l'État se devait d'avoir une personnalité civile, ne serait-ce que parce qu'il était propriétaire, mais l'État ne se voyait pas reconnaître une personnalité en tant que personne publique, c'est-à-dire en tant qu'autorité détentrice de prérogatives de puissance publique¹². Le fondement de la personnalité civile était pour certains la Loi, mythe fondateur issu de la Révolution – c'est la position retenue par BATBIE¹³ ou DUCROCQ¹⁴ – ; d'autres, à la vision plus jusnaturaliste, considéraient à la suite de SAVIGNY¹⁵ que l'État est une personne « nécessaire »¹⁶.

⁷ Loi du 31 janvier 1833 *Portant règlement définitif du budget de 1829*, DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 33 p. 12 et spé. p. 14 pour l'article 12 de la loi qui nous intéresse seul ici. IX, *Bull.* LXXXIII, n° 190 « Article 12 : Une ordonnance royale réglera les formalités à suivre à l'avenir dans tous les marchés passés au nom du gouvernement [nous mettons en italique.] » Remarquons que le texte définitif de l'ordonnance (celle du 4-7 décembre 1836) s'appellera « portant règlement sur les marchés au nom de l'État », et non du Gouvernement.

⁸ Ordonnance 4-7 décembre 1836, *Ordonnance du Roi portant règlement sur les marchés passés au nom de l'État*, DUVERGIER *Lois et décrets*, Tome 36, p. 487, IX, *Bull.* CDLXX, n° 6, 606.

⁹ Ordonnance 14 novembre-12 décembre 1837, *Ordonnance du Roi portant règlement sur les entreprises pour travaux et fournitures au nom des communes et des établissements de bienfaisance*. DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 37, p. 437, IX. *Bull.* DXLVI, n° 7183

¹⁰ À l'exception de certains tels L. DUGUIT.

¹¹ Pour d'excellents développements historiques et théoriques, cf. N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit public français du XIX^e au XX^e siècle*. Thèse, Paris 1, 2001 ; publiée à la *Nouvelle bibliothèque des Thèses, Dalloz ed.* n° 25, 2003.

¹² Si certains auteurs considéraient que l'État était une « personne publique », cette approche de la personnalité morale était purement issue de la philosophie politique, elle ne trouvait pas sa traduction dans le droit administratif. On la retrouve dans les œuvres de L. M. MACAREL, *Cours d'administration et de droit administratif*, Paris, Plon, 2^e éd., 1852, 4 Tomes, spéc. Tome 1, p. 16 ; G.-L.-H. HEPP « De l'enseignement préparatoire aux carrières de l'administration publique », *RCLJ* 1846, Tome 27, pp. 291-34 ; J.-J. ROUSSEAU, *Du Contrat social*, Livre I, chap. VI, Du Pacte social (p. 51-52, Paris, Gallimard-Flammarion, 1966) ; Voir sur ce point, N. FOULQUIER, *Op. Cit.* p. 103

¹³ A. BATBIE, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, Paris, Cotillon, libraire du Conseil d'État ed., 1^{re} éd., 1867, Tome 5 n° 1 et 3. p.2 : n° 1 « Les personnes morales sont des êtres qui n'ont d'existence que par la volonté du législateur ».

¹⁴ TH. DUCROCQ, *Cours de droit administratif et de législation française des finances*, Paris, A Fontemoing ed., 6^e éd., 1881, Tome 2, p. 104, n° 905 et « De la personnalité juridique en France du Saint-Siège », *RDP* 1894, Tome 1, pp. 47-77.

¹⁵ M. F. C. von SAVIGNY, *Traité de Droit romain*, trad. Ch. GUENOUX, Paris, Firmin Didot, 1^{ère} éd., 1841, 8 vol. ou 2^e éd. trad. GUENOUX, 1855-1860. SAVIGNY est considéré comme le fondateur de la théorie de la personnalité fictive.

¹⁶ La source de la personnalité civile a son importance puisque, si l'on part de l'idée qu'elle est fondée sur la loi, c'est cette dernière qui limite les compétences de cette personnalité ; alors qu'à l'inverse, si

Cette théorie, malgré sa difficile mise en place¹⁷, dura jusqu'en 1930 sous l'influence de BERTHÉLÉMY¹⁸. Avant et après la loi de 1833, les marchés publics de l'État étaient donc organiquement passés par une entité qui n'était pas une « personne publique ». Pour l'État, la différence avec la situation actuelle n'est pourtant pas étonnante. En effet, les marchés publics ont essentiellement un rôle patrimonial, ils ont pour objet de faire rentrer dans le patrimoine de la personne publique des biens meubles ou immeubles¹⁹. Les contrats, et en premier lieu les marchés, étaient alors de ce fait conçus comme des actes de pure gestion, c'est-à-dire des actes assimilables à ceux de personnes privées, auxquels appliquer un régime de droit public n'apparaissait pas comme nécessaire²⁰. À ce titre, on peut parfaitement comprendre que les marchés aient été passés par cette « personne civile » qu'était l'État pour la majorité des juristes de l'époque. La situation a un intérêt particulier puisque, pour DUCROCQ²¹, les législations sur les marchés publics sont, parmi d'autres textes, la preuve que la loi entend donner une personnalité civile à l'État. Elles sont en effet la marque de sa compétence de pour gérer des biens comme le fait une personne physique, et l'évolution des législations sur les marchés publics

elle est fondée sur la « nature des choses » la personne morale a, en théorie, les mêmes compétences que les personnes physiques.

¹⁷ Cf. sur ce point G. J. GUGLIELMI, *La Notion d'administration publique dans la théorie française. De la Révolution à l'arrêt Cadot, 1789-1889*, Paris, LGDJ, *Bibliothèque de droit public*, Tome 157, 1990, 378 pp., notamment p. 146 et s. et N. FOULQUIER, *Op. Cit.* p. 90. Ce dernier insiste sur le fait que la théorisation de la personnalité fictive de l'État n'a eu lieu chez les auteurs français qu'aux alentours de 1870 face à l'amorce de son déclin et sous l'influence de SAVIGNY, mais qu'elle existait depuis le début du XIX^e siècle.

¹⁸ H. BERTHELEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, A. Rousseau, 12^e éd., 1930, 1168 pp., notamment p. 34. Cet auteur va d'ailleurs plus loin que les autres puisque s'il accepte la théorie de la personnalité fictive, il estime que la reconnaissance de l'autonomie des biens de l'État – et des autres entités publiques ou privées – n'a pas pour conséquence de créer un être doué d'une existence juridique autonome. Il n'accepte pas l'idée de la reconnaissance d'une « personnalité civile » complète, conséquence d'un patrimoine, il n'accepte que les conséquences patrimoniales de cette personnalité fictive. À l'opposé, A. BATBIE, *Op. Cit.* n° 3, reconnaît une personnalité juridique morale fictive complète, plus large, même si les conséquences de cette personnalité fictive sont essentiellement patrimoniales.

¹⁹ Et même l'exception des services soumis à des procédures de passation avait la plupart du temps pour objet une bonne gestion de ces biens. Cf. Titre 1^{er}, chapitre 2^e pour la constatation de l'existence de marchés de transports, donc de services, alors assimilés à des marchés de fournitures et qui servait en partie non pas au transport de personnes mais au transport de marchandises.

²⁰ Pour H. BERTHÉLÉMY, si même on acceptait l'idée de personnes morales, elles ne sauraient en tout état de cause bénéficier de pouvoirs supérieurs à ceux d'une personne physique ; Cf. H. BERTHÉLÉMY, *Op. Cit.*, p. 53 : « Si l'usage de la puissance est l'exercice d'un droit, voilà donc un droit d'un genre nouveau tel que les individus n'en peuvent avoir. Les individus, à l'égard les uns des autres, sont propriétaires, débiteurs, créanciers ; ils n'ont pas de droits de contrainte. L'État, qui a ces droits ne les tient pas de sa seule personnalité si cette personne n'est que l'assimilation fictive à une personne naturelle. Le fait qu'on le regarde comme une personne ne peut lui attribuer que les droits des personnes. » & préface à l'édition française, p. IX., O. MAYER, *Traité de droit administratif allemand*, Paris, V. Giard et E. Brière, coll. BIIDP, 1903-1906, 4 Tomes.

²¹ TH. DUCROCQ, « De la personnalité civile de l'État d'après les lois civiles et administratives de la France », *Revue générale du droit*, Tome XVIII, 1894, p. 102, article dans lequel l'auteur cite notamment la loi du 3 mai 1841 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, qui donne une compétence légale pour autoriser les grands travaux publics et surtout le décret impérial du 31 mai 1862 (c'est lui qui remplace l'ordonnance de 1836 et le règlement du 31 mai 1838 et reprend dans son article 68 l'adjudication comme principe). Cité par G. JÈZE, *Les contrats administratifs*, Paris, Giard ed., 1927, p. 79, & DUVERGIER *Lois et décrets*, Tome 62, p. 316

ne sera pas atteinte par les considérations de personnalité morale²² puisque c'est la « personne civile État » qui les passe. À cet égard d'ailleurs, il faut faire la distinction entre la « personnalité morale » qui est « privée »²³ et la juridiction à laquelle sont soumis ces contrats qui peut malgré cela, sur le fondement du critère matériel, être la juridiction administrative.

304. Le premier tiers du XX^e siècle a connu la consécration de l'État comme personne morale de droit public, sous l'influence de deux grands juristes : Maurice HAURIOU²⁴ et Léon MICHOU²⁵. S'inspirant des conceptions allemandes²⁶ mais en les adaptant à l'approche française de l'État²⁷, ces auteurs considèrent que le droit administratif ne pourra se développer que lorsqu'il s'appuiera sur des notions fondamentales, au premier rang desquelles la personnalité juridique. Pour HAURIOU comme pour MICHOU, reconnaître cette personnalité, c'est permettre la soumission de la personne publique au droit, et à un droit qui lui est spécialement adapté²⁸ ; au contraire de ce que DUGUIT²⁹ ou BERTHÉLÉMY pouvaient avancer, loin d'être liberticide, cette personnalité publique permettait un développement des contrôles juridictionnels³⁰. Ce

²² On peut penser au décret du 18 novembre 1882, *décret relatif aux adjudications et aux marchés passés au nom de l'État*, Dalloz 1883.4.56 ; *Code administratif* Dalloz 1926 p. 273 qui remplace l'ordonnance de 1836 et le décret impérial de 1862 concernant le principe de l'adjudication pour tous les marchés.

²³ Et qui justifie que les contrats soient passés « dans l'intérêt de la personne »

²⁴ Le doyen HAURIOU aura une évolution dans sa pensée au sujet de cette personnalité morale de droit public. Il suffit pour s'en convaincre de comparer les 3^e et 11^e édition de son *Précis de droit administratif et de droit public général à l'usage des étudiants en licence et en doctorat es-sciences politiques*.

²⁵ L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 1906, spé p. 497. Fortement influencé par Georg JELLINEK, MICHOU avait une vision bien plus jusnaturaliste de la personnalité de l'État qu'il considérait comme une réalité nécessaire.

²⁶ Voir sur ce point N. FOULQUIER, *Op. Cit.* p. 113 ; F. LINDITCH, *La réception de la théorie allemande de la personnalité morale de l'État dans la doctrine française*, pp. 179-217 in O. BEAUD et P. WACHSMANN, (dir.) : *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, P.U.S., 1997, 347 p. Il s'agit notamment des œuvres de GERBER, LABAND, JELLINEK, et dans une moindre mesure de PREUSS et GIERKE (ce dernier dont le doyen HAURIOU s'inspira toutefois dans les trois premières éditions de son précis)

²⁷ Voir sur ce point G. MARCOU, *L'administration publique en Allemagne et en France. Des systèmes différents, des valeurs communes*, RFAP 1996, p. 357-373. Si la personnalisation de l'État était l'objectif dans les deux pays elle avait deux fonction différentes selon les cultures et de la situation historique. En Allemagne, elle avait pour but de juridiciser le régime impérial en lui imposant sa soumission au respect des droits et libertés individuels. Ainsi, l'empereur voyait son action limitée par les droits fondamentaux posés par la loi. En France, c'est le mythe de la loi comme expression de l'intérêt général qu'il fallait faire triompher, ce qui conduisait à subordonner l'administration à la loi.

²⁸ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public général à l'usage des étudiants en licence et en doctorat es-sciences politiques*, Paris, Librairie de la société du recueil générale des lois et des arrêts, 3^e ed., 1897, Préface du 15 octobre 1896 « C'est un point sur lequel on ne saurait trop insister : enfermer toute l'activité administrative, même les actes de la puissance publique, dans la personnalité administrative, c'est par là même l'emprisonner dans les mailles du filet juridique ».

²⁹ Pour DUGUIT, l'État n'a qu'une fonction dans la société : poursuivre « un but conforme à la solidarité sociale » (*Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 1912, pp. 19-20), il ne peut donc posséder de droits subjectifs.

³⁰ Comme le développe N. FOULQUIER, *Op. Cit.*, reconnaître la personnalité des personnes publiques dans leurs activités administratives et « civiles », c'est leur accorder des droits subjectifs et par conséquent leur permettre de les défendre devant la juridiction administrative.

contrôle a d'ailleurs été le cadre du développement du droit des marchés publics, notamment grâce à l'interprétation extensive que firent les juges de la loi du 28 pluviôse An 8.

305. Aujourd'hui, la doctrine s'accorde sur la reconnaissance complète de la personnalité juridique de l'État, comme puissance publique et comme gestionnaire. Elle est unanime depuis WALINE³¹ et CARRÉ DE MALBERG³². Les jurisprudences administrative³³ et constitutionnelle³⁴ sont surtout venues consacrer ces réflexions en droit positif, justifiant la « thèse de la réalité technique »³⁵. Pourtant, le droit des marchés publics a été peu influencé par cette évolution. La raison en est que la reconnaissance de la personnalité complète a surtout été celle des droits subjectifs des personnes publiques dans l'exercice de la puissance publique. Or la reconnaissance de droits subjectifs dans la gestion de son patrimoine, c'est-à-dire essentiellement la possibilité pour la personne publique de contracter, et spécialement de passer des marchés publics, préexistait dans la théorie de la personnalité fictive lorsque la personne publique était considérée comme agissant comme une personne privée³⁶.

306. Cette distinction entre les caractères « public » et « privé » de la personnalité peut d'ailleurs expliquer le fait que le recours pour excès de pouvoir ne pouvait pas s'exercer contre des contrats. En effet, ces derniers sont l'acte habituel et

³¹ M. WALINE, *Manuel élémentaire de droit administratif*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 2^e éd., 1939, 715 p, spé. p. 200. Il faut reconnaître que M. WALINE écarte le débat sur la personnalité morale de l'État, qu'il considère comme étant une question de droit constitutionnel, pour se concentrer sur la personnalité des personnes administratives inférieures. Mais, à la quasi unanimité, les administrativistes actuels se fondent sur l'approche de M. WALINE pour reconnaître la personnalité à toutes les personnes publiques.

³² R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Librairie de la société du recueil Sirey, 1920 et 1922, spé. Tome 1 n° 10 p. 30 et s. « de l'unité de l'État comme fondement de la notion de personnalité étatique ».

³³ Comme pour répondre aux prières de MICHOUUD l'année de parution de sa *théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 1906, le Conseil d'État reconnu une personnalité publique et civile à une personne publique par l'arrêt CE 20 janvier 1906, *Paternoster*, p. 63, RDP 1906, pp. 67-74, note G. JÈZE.

³⁴ Après avoir reconnu l'existence d'« organes » de l'État, ce qui implicitement sous-entend l'existence d'une personne publique dans sa décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Nationalisations*, considérant n° 18, GDCC, n° 31 ; le Conseil utilisa explicitement le terme de « personne publique » dans sa décision CC n° 94-346 DC du 21 juillet 1994, rec. p. 96, RJC I-598, RFDC 20-1994, p. 814, note J. BON ; AJDA 1994, pp. 786-794, note G. GONDOUIN. Considérant n° 10 : « les dispositions de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 [...] ne concernent pas seulement la propriété privée des particuliers, mais aussi, à un titre égal, la propriété de l'État et des autres personnes publiques ».

³⁵ Sur la généralisation de cette justification, cf. F. LINDITCH, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 176, 1997, préface de J.-A. MAZERES.

³⁶ On peut sur ce point se référer au doyen HAURIOU, *Précis de droit administratif...*, 11^e ed. 1927, p. 293 « la personnalité administrative contient d'abord la personnalité civile de droit commun qui correspond sensiblement à la sphère des droits patrimonialisés... Mais ensuite, la personnalité administrative se dilate plus ou moins dans la sphère des droits de puissance publique non patrimoniaux. Sans doute, alors, elle ne se manifeste pas par le signe de la propriété, mais elle se manifeste par celui des responsabilités encourues à la suite de l'exercice de ces droits ; la responsabilité subjective étant aussi bien que la capacité d'acquérir, un critérium de la personnalité. » Il caractérise donc la personnalité civile par la « capacité d'acquérir » ce qui entend clairement qu'il classe les marchés publics dans cette personnalité civile et non dans l'exercice d'une pleine puissance publique.

typique de la personnalité civile. Le recours pour excès de pouvoir, recours objectif, ne doit permettre que de défendre la légalité et non des droits subjectifs comme le sont ceux issus des contrats. Si, malgré la reconnaissance d'une personnalité morale « publique », donc de droits subjectifs, le recours pour excès de pouvoir a pu continuer à s'appliquer aux actes unilatéraux, c'est que ceux-ci sont l'exercice subjectif de droits objectifs³⁷.

307. Sur le plan théorique, ces considérations sur la personnalité publique de l'État, et notamment sur sa reconnaissance tardive nous permettent de briser un mythe actuel : le droit communautaire n'a pas créé les « marchés publics de droit privé », sujet débattu en doctrine à la fin des années 1990 et jusqu'à la loi MURCEF. On a déjà dit que bon nombre des marchés publics de fournitures étaient assujettis par principe au droit privé et aux juges judiciaires, notamment à l'occasion de nos analyses sur la force contraignante des contrats³⁸. Le critère organique nous fournit une autre explication à l'existence des marchés publics de droit privé. En effet, puisque c'est en tant que personne juridique de droit privée que l'État voit ses marchés publics soumis à une réglementation de passation, il apparaît logique que ces contrats aient été assimilés à des contrats de personnes privées. La compétence administrative, c'est-à-dire la « publicisation » des marchés publics, n'est d'ailleurs pendant longtemps qu'une exception, posée d'abord par la loi du 28 pluviôse An 8 et ensuite par le décret du 11 juin 1806³⁹. Si la compétence administrative est devenue la règle, la raison en est que la pratique et les différentes interprétations jurisprudentielles de ces textes.

2) la question de l'unité de la personnalité de l'État, une extension du champ d'application des marchés publics.

³⁷ Raccrocher l'ouverture du recours pour excès de pouvoir au caractère objectif ou non du droit, alors même que la personnalité morale reconnue aux personnes publiques implique l'existence de droits subjectifs, est une idée qui a été « validée » récemment à la suite de deux évolutions. La première est l'ouverture du REP contre les contrats lorsque le recours est exercé par le Préfet sous la forme d'un déferé préfectoral. Il agit alors pour la défense de l'intérêt général en défendant « la légalité », c'est-à-dire qu'il défend le droit objectif qu'un contrat public soit légalement formé. La seconde est le fait que le Conseil d'État ait admis le recours pour excès de pouvoir contre les « éléments objectifs » du contrat que sont les clauses réglementaires dans un arrêt CE Ass. 10 juillet 1996, *Cayzeele*, rec. p. 274 ; *AJDA*, 1996 p. 732, chr. D. CHAUVAUX et TH.-X GIRARDOT ; *CJEG* 1996 p. 382, note Ph. TERNEYRE, *RFDA*, 1997 p. 89, note P. DELVOLVÉ. Voir aussi pour d'autres exemples, M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ et B. GENEVOIS, *GAJA*, 14^e ed. n° 16.12 p. 101

³⁸ Cf. Première partie, chapitre 1^{er}, section première pour les marchés de travaux publics et surtout chapitre 2^e à propos de *La soumission régulière a droit privé* des marchés de fournitures durant le XIX^e siècle.

³⁹ Décret du 11 juin 1806, *Sur l'organisation et les attributions du Conseil d'État*, DUVERGIER *Lois et Décrets*, Tome 15 p. 376, 4, Bull. 98, n° 1652 ; article 14-2 « [le Conseil d'État connaîtra] de toutes contestations ou demandes relatives soit aux marchés passés avec nos ministres, avec l'intendant de notre maison, ou en leur nom, soit aux travaux ou fournitures faits pour le service de leurs départements respectifs pour notre service personnel ou celui de nos maisons ». Ce texte a ensuite été interprété par le Conseil d'État comme impliquant une application classique des critères jurisprudentiels de répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction.

308. La personnalité de l'État une fois acquise, ou tout au moins acceptée, ce sont ses différents services ou les entités qui lui sont attachées qui déterminent plus précisément le champ d'application du Code des marchés publics⁴⁰. Or derrière cette personnalité juridique unique sont regroupés des services non seulement bien différents les uns des autres, mais dont l'autonomie pourrait parfois faire douter de leur absence de personnalité juridique propre⁴¹. Les modifications de la consistance de l'État, plus complexes qu'il n'y paraît, n'ont pourtant pas eu d'influence majeure sur le droit des marchés publics ; et l'on peut sur ce point louer les rédacteurs des textes internes et communautaires – une fois n'est pas coutume – pour cette constance dans la volonté de simplification. Tous, depuis la l'ordonnance de 1836, incluent « l'État », sans autre forme de précision, dans le champ d'application de leurs dispositions, laissant à d'autres textes, à la doctrine et à la jurisprudence le soin de préciser quand un « service » devient une personne autonome.

On retrouve donc les distinctions classiques qui permettent d'affirmer l'application du code aux autorités centrales et aux organes déconcentrés (a), mais aussi des situations plus complexes (b).

a) Les autorités centrales et les organes déconcentrés

309. La présidence de la République, les directions rattachées au Premier ministre ou les ministères ne sont que des organes de l'État et ne sauraient avoir de personnalité morale distincte. À ce titre, ils sont logiquement soumis au code des marchés publics actuel, comme ils l'étaient au code de 1964, aux législations antérieures et, nous le verrons, aux dispositions des directives européennes.

Si des débats anciens ont discuté la personnalité juridique des ministères⁴² – qui aurait été fondée sur leurs capacités à se représenter en justice et leurs gestions de patrimoines propres –, la doctrine de la fin du XIX^e et du début du XX^e siècle la refusa unanimement. Elle estimait que cette reconnaissance portait atteinte à l'existence de la personnalité de l'État qu'elle proclamait, soit en considération du fait que cette reconnaissance impliquerait une « dilution » de celle de l'État⁴³, soit, comme c'est le cas pour MICHOU, parce que le droit subjectif à l'origine de la personnalité de l'État est fondé sur les intérêts que cet État a à protéger, et que les intérêts d'un ministère ne

⁴⁰ Les « marchés conclus par l'État » de l'article 2 du Code des marchés publics constitue la première catégorie des marchés des « personnes morales de droit public » reconnus à l'article 1^{er} du même code.

⁴¹ Sur ces différents services, cf. B. DELCROS, *L'unité de la personnalité juridique de l'État (étude sur les services non personnalisés de l'État)*, préface de R. DRAGO, LGDJ, *Bibliothèque de droit public*, Tome 122, 1976.

⁴² Il s'agit d'une position défendue par P. MARQUES di BRAGA et C. PIERRE-LYON, *Traité des obligations et de la responsabilité des comptables publics – De la comptabilité de fait*, Paris, P. Dupont, 6 volumes, 1890-1892, Tome 2, n° 172 et s. p. 40.

⁴³ C'est notamment le cas de TH. DUCROCQ, *De la personnalité civile de l'État d'après les lois civiles et administratives de la France*, Paris, Thorin et Fils éd., 1894, p. 19, (Extrait de la revue générale du droit). Notons que même pour la personnalité civile de l'État, l'auteur « proteste contre le démembrement prétendu de cette grande personnalité civile » (conclusion, p. 50)

sauraient être distingués des intérêts de l'État⁴⁴. Pourtant, HAURIOU⁴⁵ a une position qui peut être intéressante pour le droit des marchés publics en ce qu'il admet que les ministères sont des « *individualités objectives* »⁴⁶, c'est-à-dire des entités qui ont à la fois « *un centre d'intérêt, un pouvoir de décision et un centre de fonction* »⁴⁷. Ainsi, sans leur reconnaître une personnalité juridique, il justifie cependant le champ d'application par ministère des premières réglementations post-révolutionnaires⁴⁸, et il ouvre la possibilité de marchés entre des entités au sein même de la personne publique État, de sorte que ses explications justifient également les marchés « maison »⁴⁹.

Pour ce qui est des autorités déconcentrées, la situation n'est pas différente. Tant les services de la préfecture que ceux des différents ministères sont soumis aux dispositions du code pour les marchés qui les concernent. Ainsi, les DDE, DDA, académies ou circonscription militaire de défense sont soumis aux mêmes procédures que leurs ministères de rattachement.

b) Difficultés d'application

310. Les « individualités objectives » du Doyen HAURIOU se sont semble-t-il étendues. Or c'est justement dans le cadre de tels services de l'État que se posent des problèmes de droit applicable, le doute sur la personnalité juridique de l'entité faisant se poser la question de l'application – ou de la non application – du droit des marchés publics dans ses dispositions spéciales à l'État.

311. Ainsi, la question des marchés les assemblées parlementaires a été à l'occasion d'une discussion doctrinale, qui, bien qu'aujourd'hui résolue, n'en a pas moins été vive et, à trois égards, topique : d'abord du point de vue de l'existence d'une « *individualité objective* », ensuite de la définition extensive – voire attractive – de l'État et enfin de l'influence communautaire. La spécificité des assemblées parlementaires, que le professeur B. DELCROS⁵⁰ souligne nettement dans sa thèse, est vraisemblablement à l'origine de la difficulté de leur appliquer le droit des marchés publics. Elles sont en effet dans une situation sans équivalent du fait de leur rôle constitutionnel et de ses conséquences sur leur qualité d'autorité administrative⁵¹.

⁴⁴ L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, Paris, LGDJ, 1906, Tome 1, n° 115, pp. 296-297

⁴⁵ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, Librairie de la Sté. du recueil Sirey, 2^e ed. 1916, p. 89 (1^{re} ed. 1910, p. 645)

⁴⁶ *Ibidem*, 2^e ed. p. 104. Il les qualifie aussi d' « *individualités politiques et administratives* » (p. 88).

⁴⁷ *Ibidem*, 2^e ed. p. 89 (1^{re} ed., p. 646).

⁴⁸ Cf. *supra*

⁴⁹ Appelés souvent par l'anglicisme *In House*. Les marchés « maison » sont la reconnaissance inverse de deux personnalités juridiques tellement liées qu'elles n'ont plus qu'un seul intérêt et qu'elles sont partiellement assimilées par le droit des marchés publics à une seule personne.

⁵⁰ B. DELCROS, *L'unité de la personnalité juridique de l'État (étude sur les services non personnalisés de l'État)*, préface de R. DRAGO, LGDJ, 1976, *Bibliothèque de droit public* Tome 122

⁵¹ B. DELCROS note notamment la spécificité de l'affectation des palais Bourbon et du Luxembourg aux assemblées, avec une grande liberté de gestion, notamment pour ce qui est des autorisations

Dès 1899, l'affaire *Joly*⁵² allait soulever, à travers une question de marché de travaux, la question de la personnalité des chambres législatives. Si le Conseil d'État avait évité la polémique en considérant que les travaux effectués l'étaient sur « *une propriété de l'État* » et avaient le caractère de travaux publics, le doyen HAURIOU insiste sur les non-dits de l'arrêt et estime après analyse que « *les symptômes d'une personnalité morale des assemblées législatives sont donc certains* »⁵³. Or cette polémique, qui a ressurgi sporadiquement tout au long du XX^e siècle⁵⁴ jusqu'à la loi Sapin⁵⁵, a été résolue par le Conseil d'État dans un arrêt d'assemblée *Président de l'Assemblée nationale* du 5 mars 1999⁵⁶. Cet arrêt, sans doute en partie sous l'influence de la Cour de Justice⁵⁷, a estimé que les assemblées étaient soumises au Code des marchés publics, leurs marchés étant passés « *au nom de l'État* ». Les assemblées n'ont par conséquent pas de personnalité morale propre.

312. La personnalité de l'État pose donc d'autres questions doctrinales, notamment ce que l'on peut appeler son « *caractère attractif* ». En effet, l'absence de personnalité juridique propre – c'est-à-dire reconnue ni par les textes, ni par la jurisprudence – a pour conséquence l'incorporation de l'entité dans la personnalité

d'exploitation du jardin du Luxembourg (p. 42 et s.). L'auteur en vient dans sa seconde partie à développer tout un chapitre intitulé « *la personnalisation des assemblées parlementaires* », dans lequel il note l'indépendance de l'organisation des assemblées vis-à-vis de la hiérarchie administrative, l'indépendance des personnels et l'autonomie financière dont ces organes bénéficient. Pour lui, on en arrive à des assemblées qui bénéficient d'une personnalité de fait. (pp. 147-181)

⁵² CE 3 février 1899, *Joly*, *Sirey* 1899.III.121, note M. HAURIOU,

⁵³ Note sous l'arrêt, II. Il estime cependant que juridiquement la « *mort* » de l'assemblée tous les 4 ans aurait pour conséquence une personnalité juridique éphémère ce qui ne lui semble pas acceptable. Politiquement, il conclue aussi qu'« *il vaudrait mieux, assurément, que la personnalité morale des assemblée ne se révélât pas [...]* ».

⁵⁴ Le professeur L. RICHER, *Droit des marchés publics*, fasc. II.200.1/2 cite une note du Conseil d'État du 3 mai 1947 considérant que l'on peut contester le caractère de marché de l'État des marchés de travaux des assemblées, puis l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 qui, en considérant que l'État est responsable des dommages des assemblées parlementaires, implique nécessairement l'absence de personnalité juridique des assemblées.

⁵⁵ Un débat a eu lieu au sujet de la soumission des assemblées au Code des marchés publics à l'occasion de la loi Sapin, *Cf. J.O. deb. AN*, 16 octobre 1992, p. 3891.

⁵⁶ CE Ass. 5 mars 1999 *Président de l'Assemblée nationale*, *GAJA* 14^e ed. n° 109 ; *CJEG* 1999 p. 181, concl. C. BERGEAL ; *RFDA* 1999 p. 333 concl. C. BERGEAL ; *AJDA* 1999 p.409, chron. P. FOMBEUR et F. RAYNAUD ; *JCP G* 1999.II.10090 note H. DESCLOURES ; *Dalloz* 1999 p. 627 note P. BRUNET, *DA* décembre 1999, chr. A. HAQUET ; *Rev. Adm.* 1999 p. 164 note MOLANDIN ; *RDP* 1999 p. 1785, note E. THIERS ; *RFDC* 1999 p. 615 note J. TRÉMEAU.

⁵⁷ L'arrêt CJCE 17 septembre 1998 *Commission contre Royaume de Belgique*, Aff. C-323/96 ; *Recueil des arrêts de la Cour*, I.5063, arrêt p. 5072 et concl. de l'Avocat général M. S. ALBERT P. 5065 ; *BJCP* n° 2, 1999 p. 209 avait qualifié le parlement flamand (l'un des deux parlements fédérés de la Belgique), le *Vlaamse Raad*, de « *pouvoir adjudicateur* » afin de soumettre ses marchés à la directive travaux. Cet arrêt peut pourtant paraître étonnant en ce qu'il qualifie de pouvoir adjudicateur non pas de personne morale mais d'organe étatique. Ce point, qui n'a pas été discuté, ni par la Belgique cette dernière arguant de l'indépendance du parlement dû à sa nature d'organe législatif, ni par la commission qui demande la qualification comme pouvoir adjudicateur, ni par l'Avocat général est une des spécificités de la définition communautaire, *Cf. infra*.

juridique étatique. C'est ce qui est advenu aux Autorités administratives indépendantes dont les marchés sont assimilés à ceux de l'État⁵⁸.

La personnalité juridique de l'État, qu'elle soit de droit privé ou de droit public, est donc extensive, ce qui a conduit à un développement des cas dans lesquels la réglementation de « marchés publics » normalement applicable à « l'État » a été appliquée. L'autre extension du champ d'application *rationae personae* des marchés publics vient de l'application de ces textes aux établissements publics nationaux, même si les établissements ayant un caractère industriel et commercial n'y ont été que récemment et partiellement soumis.

B) Les établissements publics étatiques

313. L'article 2 du Code des marchés publics n'a pas innové quant au critère organique par rapport au code antérieur : il reste applicable aux établissements publics étatiques « *autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial* ». La soumission des établissements publics au droit des marchés publics est difficile à dater dans la mesure où la *notion* d'établissement public, utilisée souvent durant tout le XIX^e siècle, n'a pris sa forme juridique actuelle qu'après la deuxième guerre mondiale, et encore celle-ci n'est-elle pas sans être source de débats infinis et d'appréciation au cas pas cas.

L'émergence des établissements publics comme catégorie juridique a été aussi lente que la systématisation de leur soumission à l'adjudication. De plus, pour les établissements publics nationaux, cette soumission de principe aux procédures de passation n'a été imposée qu'aux établissements publics administratifs, les établissements publics industriels et commerciaux en ayant été exemptés pour des raisons d'opportunité commerciale (1). Cependant, on peut remarquer un développement de la catégorie des EPA nationaux ce qui étend par contre-coup l'application du Code des marchés publics (2).

1) Une soumission des établissements publics nationaux de plus en plus généralisée

314. La lente mise en place de la catégorie des établissements publics et l'extrême diversité de ceux-ci rendait difficile la généralisation de l'application des réglementations de marchés publics à ces entités jusqu'au premier tiers du XX^e siècle (a). Lorsque la situation fut éclaircie, le droit des marchés publics ne se vit pourtant pas appliqué de façon systématique puisque les établissements publics industriels et commerciaux nationaux ont été exclus du champ d'application du code (b).

⁵⁸ F. GAZIER et Y. CANNAC, *Les autorités administratives indépendantes*, EDCE 1983-1984, pp. 13-79, spé. p. 22 ; M. POCHARD *et alii*, « Réflexions sur les autorités administratives indépendantes », EDCE 2001, pp. 253-385, spé. p. 293

a) Une lente émergence

315. La notion d'établissements publics a fait l'objet de nombreuses études, d'abord par la doctrine de la fin du XIX^e siècle⁵⁹, principalement pour en poser les grandes lignes et les reconnaître comme une catégorie à part entière, distincte des établissements d'utilité publique ; ensuite par d'autres auteurs à partir du milieu du XX^e siècle⁶⁰, principalement pour préciser les catégories d'établissements publics, et notamment la différence entre les établissements publics à caractère industriel et commercial des établissements publics administratifs⁶¹.

316. Les premières tentatives de systématisation de la notion d'établissement public vont rapidement dépasser l'utilisation du terme comme synonyme « d'organisme public »⁶² pour poser peu ou prou trois critères : la gestion d'un service public, la vocation spéciale de l'établissement et l'existence d'une personnalité morale. On peut d'ailleurs remarquer que l'existence de la personnalité morale des établissements posait alors moins de problèmes doctrinaux que celle des collectivités territoriales⁶³, idée relayée aujourd'hui par le fait que c'est à l'occasion d'une étude sur les établissements publics que le Conseil d'État a donné sa définition des personnes morales⁶⁴.

⁵⁹ On peut voir des développements dans L. AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, Paris, Dunod ed., 3^e ed. 1885, Tome 1^{er}, p. 349 ; TH. DUCROCQ, *Cours de droit administratifs*, Paris, A. Fontemoing ed., 7^e ed. 1905, Tome VI p. 81 ; M. HAURIOU *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, librairie du recueil Sirey, 10^e ed. 1921 p. 303 & 12^e ed. 1933 pp. 280-298, spé. pp. 280-284 ; L. MICHOU, *théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Paris, LGDJ, 1906 Tome 1^{er} n° 122, p. 324 et s.

⁶⁰ Outre la plupart des manuels – qui développent aussi les critères des établissements publics – on peut penser à des thèses comme R. DRAGO, *Les crises de la notion d'établissement public*, Thèse Paris, Pedone ed. 1950 ; R. CONNOIS, *La notion d'établissement public en droit administratif français*, Paris, LGDJ, *Bibliothèque de droit public*, 1959, Tome 18 ; J.-P. THÉRON, *Recherche sur la notion d'établissement public*, Paris, LGDJ *Bibliothèque de droit public*, 1976, Tome 123.

⁶¹ À la suite de l'arrêt du Tribunal des conflits du 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest Africain (dit du Bac d'Eloka)*, rec. p. 91 ; *GAJA*, 14^e ed. n° 38 p. 229 ; *Dalloz*, 1921.3.1, concl. MATTER ; *Sirey*, 1924.3.34 concl. MATTER.

⁶² L. MICHOU, *Théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Paris, LGDJ, 1906, Tome 1^{er} p. 324 n° 122 et TH. DUCROCQ, *Cours de droit administratif*, *Op. Cit.* et *Revue Générale* 1894 p. 99 se font tous deux l'écho de ce sens très général qu'avait semble-t-il la notion d'établissement public à leur époque, à savoir tous les services publics personnalisés y compris le département et la commune. Eux-mêmes se concentreront sur les critères de la personne publique spéciale que nous connaissons aujourd'hui.

⁶³ L. MICHOU *Op. Cit.* n° 122 fait d'ailleurs remarquer que cette personnalité est aussi bien « publique » que « privée » tout en constatant que « *La plupart des établissements publics n'ont reçu, à proprement parlé, aucune délégation de puissance publique, et le rôle principal de leurs administrateurs consiste à gérer le patrimoine dont ils ont la garde. [...] mais si l'on va au fond des choses, l'on constate que ce patrimoine de l'établissement n'est, comme le patrimoine de l'Etat ou des communes, qu'un moyen mis à la disposition d'une groupe humain en vue d'un besoin collectif dont la satisfaction est mise au rang des services publics. C'est donc l'idée de service public qui est ici dominante. Aussi la gestion de ces établissements n'est pas une pure gestion de droit privé : leurs travaux sont des travaux publics, leurs deniers des deniers publics...* »

⁶⁴ Selon *Les établissements publics nationaux. Etudes du Conseil d'État*, La Documentation française, 1985, p. 67, derrière chaque personne morale de droit public il y a « un groupement humain capable d'exprimer une volonté autonome et des défendre des aspirations ou des intérêts propres ». On retrouve ici une approche de la personnalité morale s'apparentant à celle du professeur WALINE.

Cette personnalité morale, MICHOUUD le laisse entendre, a pour principale fonction de gérer un patrimoine, ce qui comprend bien entendu la capacité de passer des marchés. Durant le XIX^e siècle et jusqu'au deuxième tiers du XX^e, la question est alors celle de savoir si ces établissements devaient, ou non, respecter des procédures de passation, au premier rang desquelles l'adjudication.

317. En réalité, la réponse était nuancée. Aucun principe n'imposait aux établissements publics nationaux le respect d'une procédure de passation. Entendons par là qu'aucun texte général ne les soumettait à cette procédure. Pour autant, certains textes particuliers soumettaient tel ou tel établissement public national aux mêmes procédures de passation que l'État⁶⁵. On trouve cette assimilation, avant même que la catégorie des établissements publics ne soit fixée, dans le décret des 30 avril-16 mai 1792⁶⁶ qui étend aux fournitures de l'Hôtel des Invalides⁶⁷ les dispositions du décret 20 septembre-14 octobre 1791 *relatif aux commissaires des guerres*⁶⁸. Plus tard, on retrouvera aussi ce mécanisme, par exemple pour l'*Office national de la propriété industrielle* à qui l'on impose les « *formes et conditions prescrites pour les marchés de l'État* »⁶⁹, mais là encore il n'est pas absolu. On peut d'ailleurs comprendre les auteurs de ce texte : pourquoi rester dans le choix manichéen de l'application des procédures étatiques ou de leur non-application, alors que l'on peut aussi bien réglementer au cas par cas de façon nuancée ? De ce fait, certains textes donnaient le choix entre adjudication et gré à gré à tel établissement, voire laissaient aux organes dirigeants le soin de mettre en place des procédures adaptées à leurs secteurs⁷⁰. Cette formule nuancée, qui permettait de la part de la collectivité un contrôle de l'établissement sans trop de contraintes, a notamment semblé tout à fait adaptée aux établissements à vocation industrielle et commerciale. La situation postérieure distinguant entre les EPIC et les EPA vient d'ailleurs en grande partie de là.

⁶⁵ On verra que la situation est la même pour les établissements publics locaux. *Cf. supra*

⁶⁶ En réalité, c'est de ce texte sur les marchés publics que l'on peut tirer a contrario la qualité d'établissement public de l'hôtel des Invalides en 1792. Il nous indique en effet que ce dernier ne fait pas partie des « services » financés et gérés par le département de la guerre, ce qui nous laisse penser qu'il avait une autonomie financière et vraisemblablement la personnalité morale en plus sa spécialité dans le service public de soins aux malades.

⁶⁷ Décret des 30 avril - 16 mai 1792, titre 2 art. 34

⁶⁸ Décret 20 septembre-14 octobre 1791, *Relatif aux commissaires des guerres*, DUVERGIER *lois et décrets* Tome 3 p. 319 Titre 2, Article 6 : « *Toutes entreprises de fourniture militaire, excepté celles des vivres et des fourrages, doivent être laissées au rabais par adjudication publique, après affiches et publications solennelles ; il en sera de même de toutes entreprises dont le prix est payable par le département de la guerre* ». *Op. Cit.* à propos des travaux. À ce décret il faut ajouter celui des 22-27 nivôse An 2 qui soumet les marchés pour le service des armées à des formalités de signature en plus des procédures de passation.

⁶⁹ Décret du 20 septembre 1920, art. 10.

⁷⁰ C'est le cas pour l'*Office national des céréales* dont le directeur doit poser les cas d'adjudication ou de gré à gré aux termes des décrets des 15 juin 1941 et 1^{er} avril 1946, cité in A. de LAUBADÈRE *Traité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 1^e ed 1956, p. 325.

b) Une fausse généralisation des marchés aux établissements publics : la soumission de tous les EPA mais l'exclusion des EPIC

318. La période entre 1953 et 1964 a été très riche en réformes du droit des marchés publics, le code de 1964 étant en fait issu d'une volonté compréhensible de clarifier et simplifier les évolutions récemment consacrées dans des décrets épars. Parmi les textes de cette époque, un décret du 11 mai 1953 va réformer les modalités financières des marchés. Il s'agit d'un texte technique qui visait à la fois à garantir au cocontractant de meilleures conditions de paiement et à l'administration un meilleur contrôle sur celles-ci⁷¹. Ce texte fait clairement, pour la première fois, la différence qui guide encore notre droit des marchés, entre les établissements publics nationaux administratifs – qu'il vise – et les établissements publics nationaux « soumis aux lois et usages du commerce »⁷² qu'il exclut de son champ d'application. L'utilisation de cette distinction pour l'application des règles de passation ne sera pourtant institutionnalisée que 25 ans plus tard. Le décret du 31 mars 1978⁷³ modifie en effet l'article 39 du Code des marchés publics en remplaçant les mots « Les marchés de l'État » par « les marchés de l'État et de ses établissements publics autres que ceux ayant le caractère industriel et commercial ».

319. La situation était paradoxale puisque l'essentiel des établissements publics soumis à des procédures de passation propres étaient des EPIC, alors que ce sont les EPA qui se sont vu soumettre de façon généralisée au Code des marchés publics. En réalité, si tel a été le cas, c'est parce que les procédures spécifiques à chaque EPIC avaient toutes recherché un compromis entre contrôle administratif et gestion commerciale. Les EPIC ont ainsi été soumis par la loi ou par des CCAG propres à des procédures d'appel d'offres⁷⁴ avant même que cette procédure soit généralisée par le décret du 13 mars 1956⁷⁵. La diversité des procédures de passation des EPIC est d'ailleurs la preuve de cette volonté de compromis⁷⁶, mais aussi de l'adaptation des procédures à chaque « entreprise » qu'est

⁷¹ Décret n° 53-405 du 11 mai 1953 relatif au règlement des marchés de l'État et des établissements publics nationaux non soumis aux lois et usages du commerce. *Dalloz*, 1953, législation p. 176. Ce décret réforme les avances, les acomptes, les intérêts moratoires, les délais de mandatement et de constatation, les garanties du titulaire et met en place les CCRA, mais son article 1^{er} fixe son champ d'application, ce qui nous intéresse ici.

⁷² Notons que la différence entre les EPIC et les EPA n'est pas celle retenue alors que nous sommes 22 ans après l'arrêt du *Bac d'Eloka*. Cette différence entre le droit administratif général et le droit des marchés va dans le sens d'une transposition contestable – au moins au plan historique – des directives communautaires avec la loi MURCEF. *Cf. Infra*.

⁷³ Décret 78-494 du 31 mars 1978 Modifiant le droit des marchés publics, art. 8 ; *J.O.* du 4 avril p. 1483 ; rectificatif au *J.O.* 11 avril p. 1627 ; *Dalloz* 1978, partie législation p. 239

⁷⁴ P. DELVOLVÉ « Les marchés des entreprises publiques », *RDP* 1970 p. 1287, spé p. 1337 note que « l'appel d'offre constitue le droit commun » des marchés des entreprises publiques, même si les accords de gré à gré sont fréquents.

⁷⁵ Décret n°56-256 du 13 mars 1956 Réformant le régime des marchés de l'État en remplaçant le décret du 18 novembre 1882 et les parties du décret du 6 avril 1942. Voir les analyses de A. de LAUBADÈRE « La nouvelle réglementation des marchés de l'État », *RDP* 1958 n° 1 p. 5 ; et *AJDA* 1956 III p. 21 ; A. COUTAUD « La réforme de la réglementation des marchés publics » *RA* 1957 p. 126

⁷⁶ La Commission de vérification des comptes des entreprises publiques notait cette « diversité des procédures auxquelles il est fait appel dans le secteur public industriel et commercial » dans ses 8^e et 10^e rapports

un EPIC. La logique de la réforme a donc été de ne pas changer un droit souple et adapté pour un droit par trop rigide et donc moins adapté à l'activité économique.

Cette soumission disparate des établissements publics aux procédures de passation ne doit pourtant pas cacher la possibilité pour les EPIC de voir leurs marchés qualifiés de contrats administratifs, soit du fait de la qualification de travaux publics de leurs travaux, soit du fait des critères classiques des contrats administratifs. Cette situation entretenait bien entendu la confusion puisque le contentieux contractuel pouvait utiliser la qualification de « marchés de travaux publics » pour l'exécution des contrats des EPIC, même si pour leur passation ils n'étaient pas soumis au Code des marchés publics.

Ce constat d'une soumission *a minima* des établissements publics n'est pourtant pas suffisant, il ne faut pas oublier une extension interne du nombre des EPA nationaux qui a eu pour conséquence un accroissement des cas d'application du Code des marchés publics.

2) Une définition des établissements publics administratifs nationaux en extension, source d'une extension de l'application du Code des marchés publics ?

320. La détermination du champ d'application du Code des marchés publics dépend certes de la qualification d'établissement public et, plus précisément, de celle d'EPIC ou d'EPA, mais aussi du caractère national ou non de l'établissement⁷⁷. Nonobstant les cas – nombreux – dans lesquels le législateur spécifie que l'établissement est national dans son texte institutif, cette question du rattachement de l'établissement public à l'État est relativement complexe à appréhender⁷⁸. La jurisprudence utilise en la matière une technique proche de celle du faisceau d'indices⁷⁹ qui comprend l'analyse du pouvoir de contrôle de l'établissement, de la rétribution des agents sur le budget de la collectivité, de leur mode de nomination dans un grade et de l'autorité chargée de la nomination des dirigeants⁸⁰.

Pour ce qui nous concerne, il faut surtout remarquer que ces critères de rattachement d'un établissement public à l'État ou à une collectivité locale sont à apprécier au cas par cas, et que l'on ne peut poser un principe général de rattachement sur critère

(respectivement p. 107 et 66), cités in P. DELVOLVÉ *Les marchés des entreprises publiques*, RDP 1970 p. 1287, spé p. 1336

⁷⁷ Surtout si celui-ci est un établissement public industriel et commercial.

⁷⁸ E. FATÔME, « À propos du rattachement des établissements public », *Les collectivités locales. Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau, Economica ed.*, 491 pp., spé. pp. 139-154 ; J.-C. DOUENCE, « Le rattachement des établissements publics à une collectivité territoriale », *AJDA*, 1971, p. 6.

⁷⁹ La multiplication de l'utilisation de cette méthode peu satisfaisante de qualification juridique autour de la notion d'établissements publics – pour la différence entre les EPIC et les EPA mais aussi pour déterminer la collectivité de rattachement – est la meilleure marque de l'extrême diversité de cette catégorie.

⁸⁰ CE 15 juillet 1958, *Dame Meyer et autres*, rec. p. 446. Le Conseil d'État estime que, bien que le secrétaire de l'école de médecine et de pharmacie d'Angers soit nommé par le ministre, la rétribution de celui-ci sur le budget de la commune et sa nomination dans un grade par le conseil municipal fait de l'école en question un établissement public communal. On retrouve les questions de compétence pour la gestion du personnel dans un arrêt CE 28 octobre 1938, *Dame Veuve Alaise*, rec. p. 801.

unique. La soumission au code est donc plus instable qu'il n'y paraît, même lorsque l'activité – administrative ou industrielle et commerciale – de l'établissement a pu être déterminée. Cette situation n'a d'ailleurs jamais été abordée par le droit communautaire, ce dernier respectant dans ce domaine le principe de subsidiarité. La situation pourrait pourtant changer, comme c'est le cas pour la notion d'activité industrielle et commerciale qui n'a pas dans les directives communautaires la même place que celle qu'elle a en droit interne des marchés publics⁸¹.

Le droit interne s'est figé sur la différence entre les EPA et les EPIC et l'on pourrait penser que l'extension du champ d'application des procédures de passation ne s'est faite depuis une trentaine d'années que sous l'influence du droit communautaire. Si ce « relais » entre les deux sources du droit s'est souvent vérifié, le droit interne a aussi évolué par lui-même à l'égard des établissements publics nationaux.

Certains établissements publics dont on doutait du rattachement national ou local ont en effet été qualifiés d'établissements publics nationaux après de longues tergiversations judiciaires et doctrinales. Lorsqu'en plus ces établissements étaient administratifs, cette nouvelle qualification les a fait *ipso facto* rentrer dans le champ d'application du Code des marchés publics. On peut ainsi remarquer que lorsque l'application des critères pose problème, la tendance actuelle est au rattachement de l'établissement public à l'État.

a) Les chambres professionnelles

321. Les chambres professionnelles sont un bon exemple de ce phénomène. Ces dernières – chambres de commerce et d'industrie, chambres d'agriculture et chambres des métiers – ont pendant longtemps été considérées comme « établissements publics sans rattachement », notamment en considération de la spécialité géographique de ces établissements qui semblait contredire la mission nationale qu'elles poursuivaient et l'absence de tutelle locale⁸². Après une évolution en plusieurs temps, notamment un passage pour le moins contestable par l'application du livre III du Code des marchés publics de 1964⁸³ et une loi tout aussi discutable⁸⁴, l'arrêt du Conseil d'État *CCI de la*

⁸¹ Cf. *infra* sur la notion communautaire et sa transposition par la loi MURCEF. Pour la notion de rattachement, l'évolution pourrait aller dans le sens de la seule prise en compte du critère de la tutelle ou, plus encore, du financement, comme il se sépare du critère du faisceau d'indices et de la différence entre EPIC et EPA pour ne retenir que l'objet principal du contrat. Un espoir sur l'utilisation du faisceau d'indices en droit communautaire réside pourtant dans la communication sur les concessions en droit communautaire du 12 avril 2000.

⁸² Cette qualification « d'établissements publics sans rattachement » était due à la combinaison de deux prises de position du Conseil d'État, la première estimant que les chambres de commerce n'étaient pas des établissements publics nationaux (CE 21 février 1936 *Sieur Retail*, rec. p. 231 ; *Sirey* 1936.III.121, note R. ALIBERT, se fondant sur la loi du 9 avril 1898), la seconde estimant qu'elles n'avaient pas non plus la qualité d'établissements publics communaux (CE, Avis, 18 juillet 1950). La Commission centrale des marchés en avait tiré la conclusion qu'étant sans rattachement, le Code des marchés publics ne leur était pas applicable (Avis publié dans la revue *Marchés publics*, Mai 1978 n° 154.)

⁸³ Le premier arrêt appliquant le Code des marchés publics à une chambre de commerce et d'industrie – CE 4 juin 1976 *Desforets* rec p. 301 – annule l'éviction d'une entreprise du fait du non-respect, par la

Vienne du 13 janvier 1995⁸⁵ va définitivement appliquer les dispositions étatiques du code des marchés aux chambres professionnelles. Cette solution du droit positif aurait d'ailleurs pu être trouvée bien plus rapidement, si l'on avait lu nos grands auteurs du XIX^e siècle dont les plus éminents représentants – L. MICHOUUD et M. HAURIOU – estimaient déjà que les chambres professionnelles étaient des établissements publics administratifs nationaux⁸⁶. Cette extension de la qualification d'établissement public administratif étatique constitue dans le même temps une extension du Code des marchés publics.

b) Les associations syndicales de propriétaires

322. Cette évolution ne se retrouve pas pour les associations syndicales de propriétaires qui ont la qualité d'établissement public lorsqu'elles sont forcées ou autorisées⁸⁷. Il y a encore peu, on les considérait comme des établissements publics sans

commission d'appel d'offre de la CCI de Clermont-Ferrand-Issoire, des articles 298 à 300 du C.M.P., c'est-à-dire qu'il semble vouloir étendre le titre III à tous les établissements publics n'ayant pas de rattachement territorial alors que ces dispositions ne sont normalement applicables qu'aux collectivités territoriales et leurs établissements publics. Cette tentative n'a heureusement pas été suivie par un arrêt concernant une chambre départementale d'agriculture pour lequel une des questions qui se pose est l'application de l'article 94ter du C.M.P., c'est-à-dire une disposition applicable à l'État, cf. CE 9 décembre 1987, *Chambre d'agriculture des Deux-Sèvres*, rec. 403 ; *CJEG* 1988 p. 103, note F. MODERNE ; *Dalloz* 1988, SC, p. 252 obs. Ph. TERNEYRE.

⁸⁴ Dans son article 84-I, la loi *DDOEF* du 8 août 1994 qualifie les chambres professionnelles « d'établissements publics économiques », alors même qu'une ordonnance de référé fondée sur l'ancien article L. 22 du code TA-CAA du TA de Pau en date du 7 mars 1994 *Schmeltz*, (*Marchés publics* 1994, n° 282 p. 24) venait de reconnaître qu'il fallait leur appliquer le Titre 1^{er} du code en tant qu'établissement public administratif de l'État. On ne peut que regretter cette qualification législative qui conduit à devoir distinguer entre des établissements publics administratifs économiques et des établissements publics industriels et commerciaux. Certes le Tribunal des conflits semble accepter l'existence de ces EPA économiques dans un arrêt du 18 décembre 1995 *Préfet de la Région Ile-de-France*, rec. Tables. p. 827 mais la différence avec les EPIC nous semble source de difficultés. En effet, elle tend à porter atteinte au critère classique du faisceau d'indices pour la distinction entre EPIC et EPA pour ne se concentrer que sur la nature du service rendu. On retrouvera *infra* ces problèmes en droit communautaire. Cf. pour une étude visant à une généralisation de qualification en 1994 G. DURAND, *L'établissement public économique, une nouvelle catégorie d'établissement public ?*, *JCP* 1995.I.3877

⁸⁵ CE 13 janvier 1995 *CCI de la Vienne*, *Quot. Jur.* 20 juillet 1995 n° 58 p. 5 ; *LPA* 20 juillet 1995, n° 58 p. 5, note D. MORENO. Cf. C. DENAGISCARDE, *À propos des marchés publics des chambres de commerce et d'industrie*, *Marchés publics*, janvier 1995 p. 58

⁸⁶ M. HAURIOU, *précis de droit administratif et de droit public à l'usage des étudiants en licence (2^{ème} et 3^{ème} années) et en doctorat ès sciences politiques*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 12^e ed. 1933, p. 186 & 10^e ed. 1921, p. 308 classe « les établissements relatifs à l'agriculture et au commerce (chambre d'agriculture D 25 mars 1852 et loi 25 oct. 1919), l'institut national agronomique (L 25 février 1901) et les chambres de commerce (Loi 28 ventôse An 9 notamment) et les ports maritimes » dans les établissements publics étatiques. *Idem* fondé sur le raisonnement de M. HAURIOU pour L. MICHOUUD, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, 1^{ère} ed. 1906. Tous les deux notent tout de même la spécificité de la « circonscription » (le mot est de M. HAURIOU) spéciale des chambres de commerce, et estiment justement que c'est la raison pour laquelle. « On doit les considérer comme se rattachant à l'Etat » (cette opinion de M. HAURIOU est reprise par L. MICHOUUD p. 329 note 1.)

⁸⁷ Ces associations issues à l'origine de la loi du 21 juin 1865 peuvent être forcées, autorisées ou libres. Les syndicats sont pourtant un moyen d'administration plus ancien : D. SERRIGNY, in *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative*, Paris, Aug. Durand libraire

rattachement⁸⁸, la jurisprudence estimant depuis 1944⁸⁹ qu'elles n'étaient pas des établissements publics nationaux et leurs compétences, tirées de la seule loi et limitées par une tutelle préfectorale, excluaient une qualification d'établissements publics locaux. Un arrêt *Favier* de 1995⁹⁰, fort contestable, est à l'origine du droit positif : la soumission de ces associations à l'ancien titre 3 du Code des marchés publics, c'est-à-dire aux dispositions réservées aux collectivités locales et leurs établissements publics. Pourtant, les arguments en faveur de l'assimilation de leurs marchés à ceux des établissements publics administratifs nationaux⁹¹ ne sont pas sans portée. Le premier est que l'existence des associations syndicales et leurs travaux ont un intérêt national, même s'ils ne se réalisent que ponctuellement et localement. Le second est une certaine cohérence dans les qualifications qui voudrait que, proche dans l'esprit des chambres professionnelles, ces associations leur soient assimilées. Si le revirement de jurisprudence n'est pas à l'ordre du jour, on peut espérer que l'arrêt *Favier* aura le même futur que l'arrêt *Desforets*, même si la loi *Montagne* de 1985 donne un argument textuel à ceux qui voudraient voir la situation actuelle perdurer⁹². L'ordonnance n° 2004-632 du 1^{er} juillet 2004 *relative aux associations syndicales de propriétaires* prévoit dans son article 62 un décret en Conseil d'État pour préciser notamment « 7° Les conditions de passation et d'exécution des marchés d'une association syndicale autorisée ». On peut espérer que ce dernier ira dans le sens que nous disons⁹³, mais il semble qu'un avis non publié du Conseil d'État ait considéré que les associations syndicales n'étaient ni des établissements publics nationaux, ni des établissements publics locaux. Peut-être seront-elles encore une personne publique *sui generis*.

ed., 2^e ed. 1865, n° 675 p. 165 précise pour les associations syndicales d'irrigation qu'elles effectuent des travaux publics « si elles agissent en vertu d'une délégation de l'administration » CE 22 août 1858 *Seyte*.

⁸⁸ Cf. la position de la Commission centrale des marchés *in Marchés publics* Janvier-Février 1991, n° 255 p. 8

⁸⁹ Cette qualification est issue de CE 1 mars 1944 *Association dite Syndicat des lotis exploités de Porchefontaine, Sirey* 1944.III.45 qui estime implicitement que l'associations syndicale n'est pas un établissement public national en donnant compétence au Conseil de préfecture pour régler le litige au fond.

⁹⁰ CE 13 septembre 1995 *Favier*, *CJEG* 1996 p. 17, note L. RICHER.

⁹¹ Au-delà de l'application du droit des marchés, la qualification de ces syndicats comme des EPA nationaux semblerait justifiée.

⁹² Le *Droit des marchés publics* du *Moniteur*, au fascicule II.200.2/3 propose comme justification à l'arrêt *Favier* l'ancien article 310 du code des marchés publics, modifié en 1986 pour prendre en compte la loi *Montagne* 85-30 du 9 janvier 1985. Cette disposition précisait que dans les zones de montagne les « associations syndicales autorisées de propriétaires fonciers » pouvaient passer des marchés négociés dans les conditions de l'article 104 de l'ancien Code des marchés publics. On peut faire deux critiques de cette justification : d'une part, cette disposition est une exception « en zone de montagne » et une véritable interprétation *a contrario* pourrait en tirer la conséquence que hors ce critère géographique, les associations syndicales ne sont pas soumises au code. D'autre part et surtout, cet article 310 n'a pas été intégré dans le nouveau Code des marchés publics, le critère textuel tombe donc au moins formellement et laisse la porte ouverte à une soumission aux dispositions étatiques.

⁹³ Ordonnance n° 2004-632 du 1^{er} juillet 2004 *relative aux associations syndicales de propriétaires*, *J.O.* n° 152 du 2 juillet 2004 p. 12046, texte n° 13

c) Les conseils de fabrique

323. On pourrait ici ajouter l'exemple des Conseils de fabrique, réminiscence du droit d'avant la séparation de l'Église et de l'État⁹⁴ qui perdure dans le droit d'Alsace-Moselle, mais la situation n'est pas encore clairement établie. En effet, malgré un arrêt récent⁹⁵ décidant que le Code des marchés publics était applicable en l'espèce, on ne sait pas, ni si cette application est obligatoire, ni si elle est fondée sur une qualification d'établissement public national des fabriques. Ce deuxième point étant le plus difficile en l'espèce puisque c'est la spécificité locale du droit d'Alsace-Moselle qui est à la source du problème.

Malgré une situation qui n'est clairement établie que pour les chambres professionnelles, il semble donc qu'en l'absence de rattachement exprès, et en cas de doute dans l'application des critères de rattachement, il existe en droit français une présomption pour qu'un établissement public soit rattaché à l'État.

§ 2 : Les collectivités locales et leurs établissements publics

324. Les collectivités locales, personnes morales de droit public, sont elles aussi visées par le Code des marchés publics. Le code de 1964 leur accordait un titre III qui leur était particulier, ceux de 2001 et 2004 ayant préféré rapprocher autant que possible les dispositions étatiques et locales, ils leur appliquent au maximum des dispositions communes et traite au cas par cas les différences. Pour l'essentiel, ces différences conduisent à apporter des contraintes supplémentaires aux collectivités locales pour la passation de leurs marchés. On peut voir dans ce renforcement la volonté de contrôle indirect de l'État sur l'utilisation de l'argent public local, volonté peut-être marquée d'une certaine résistance historique à la décentralisation.

⁹⁴ Pour une étude complète du régime de ces fabriques, cf. G. DUFOUR, *Traité général de droit administratif appliqué ou exposé de la doctrine et de la jurisprudence*, Paris, Cotillon, éditeur, libraire du Conseil d'État, 2^e ed. 1856, Tome 5, n° 560 à 620. Le n° 618 nous enseigne que les contrats d'acquisition constituaient « des contrats de droit commun dont l'appréciation et l'application n'appartiennent qu'aux tribunaux ordinaires » (Cf. Décret 24 mars 1849 *Fabrique de Sainte-Soulle*) et le n° 627 précise que l'exécution des marchés est soumise aux tribunaux civils. Voir aussi L. BÉQUET, « De la personnalité civile des diocèses, fabriques et consistoires », *RPDF* 1879, Tome 45, pp. 445-495 et 1880, Tome 46, pp. 193-220, spéc. p. 446.

⁹⁵ CE 14 juin 1999, *Conseil de fabrique de la cathédrale de Strasbourg*, req n° 181023, rec. p. 199, *AJDA* 1999 p. 938. Voir aussi CAA Nancy *Consorts Koenig*, 2 mai 1996 rec. T p. 731, 875 et 1150. La position de certains auteurs conduisant à dire que cet arrêt soumet les fabriques au Code des marchés publics est contraire à la position des instances de tutelle des cultes (voir *J.O. Ass Nat Débat*, 23 octobre 1995 p. 4458, *DA comm.* n° 671 ; et n° 29152 du 21 juin 1999 p. 3854) qui font une interprétation stricte du C.M.P. et estimant que les « fabriques d'églises catholiques et les consistoires protestants d'Alsace-Moselle qui sont des établissements *sui generis* non rattachés à une collectivité publique, ne sont donc pas tenus au respect de ce code... ». Pour J.-M. WOERLING « *il n'était pas nécessaire de qualifier de marché public le contrat passé entre le facteur d'orgue et le conseil de fabrique* » (J.-M. WOERLING « Au sujet d'un arrêt récent du Conseil d'État. Les établissements publics culturels et les marchés publics » *RLD*, 29 (2000), p. 7-9 ; L. BARTMAN « Les établissements publics du culte d'Alsace-Moselle sont-ils soumis au Code des marchés publics ? » *RLD* 29 (2000), p. 5-6

La soumission aux règles de passation a évolué dans le même sens que celui qui a prévalu pour l'État, à savoir une soumission de plus en plus généralisée. Pour autant, l'évolution a été plus lente mais aussi plus diversifiée puisque, si l'on peut raisonnablement assimiler aujourd'hui les règles applicables aux différentes collectivités locales, cela n'a pas toujours été le cas (A). Les émanations des collectivités locales que sont les établissements publics locaux ont été soumis, eux aussi, de plus en plus au droit des marchés publics, notamment en fonction de l'évolution historique de la soumission des communes, départements et régions dont ils dépendent. Une différence nette apparaît pourtant par rapport aux établissements publics nationaux : la soumission de tous les établissements publics locaux, que leur objet soit administratif ou industriel et commercial (B).

A) Les collectivités locales : lentement centrales dans les marchés publics

325. Les collectivités locales, autres personnes publiques territoriales après l'État, font aujourd'hui partie du « noyau dur » des personnes soumises aux législations de marchés publics. L'évidence actuelle de leur soumission ne doit pourtant pas faire oublier que l'idée même de leur personnalité juridique, « civile » comme administrative, ne date que du début du siècle dernier. Certes, leur soumission à des procédures de passation est partiellement à distinguer de la reconnaissance de la personnalité juridique administrative ou même de la compétence administrative ou judiciaire en cas de litige, mais la confusion des notions durant tout le XIX^e siècle nous oblige à constater qu'organiquement la notion de marché public est là encore apparue lentement (1). Aujourd'hui, si les collectivités territoriales font partie du « noyau dur » des personnes soumises au droit des marchés publics, c'est aussi que leur statut s'est constitutionnellement affirmé et que leurs compétences se sont développées avec la décentralisation (2).

1) La lente mise en place d'un droit des marchés publics locaux

326. La soumission des collectivités locales au droit des marchés publics durant tout le XIX^e siècle est plus complexe que ce que l'article 2 I 1^o du Code des marchés publics⁹⁶ ne le laisse penser aujourd'hui. Elle dépend en effet de plusieurs facteurs. Le premier est l'existence de lois spéciales soumettant tel ou tel contrat de construction ou de fourniture à des procédures de passation – le plus souvent l'adjudication – ou d'exécution. Le second facteur est la soumission de ces mêmes contrats à la compétence de la justice administrative – Conseil d'État, Conseil de préfecture ou ministre – et partant au droit public.

⁹⁶ Cet article et identique dans les codes de 2001 et 2004, il dispose que le Code des marchés publics s'applique : « Aux marchés conclus par l'Etat, ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales et leurs établissements publics ; »

a) Des textes rapprochant peu à peu marchés des collectivités et de l'État

327. Dès le début du XIX^e siècle, les textes de loi rapprochent les marchés de travaux des communes et des départements à ceux de l'État, notamment pour l'application des procédures de passation.

328. Pour ce qui concerne les communes, on leur a attribué dès 1789 la compétence en matière de marchés de travaux communaux⁹⁷ et dès l'an XI (1803), leurs travaux ont été soumis aux règles de passation des marchés de l'État⁹⁸, ce qui sera repris ensuite en 1808⁹⁹ pour les bâtiments communaux et en 1811 pour les routes¹⁰⁰. Le grand texte de la matière est l'ordonnance de 1837¹⁰¹ qui va non seulement réaffirmer la soumission à l'adjudication des travaux des communes, mais qui va aussi et surtout étendre l'application de l'adjudication à leurs marchés de fournitures.

329. Pour ce qui concerne les départements, la situation est légèrement différente. Elle l'est en ce que les textes qui posent expressément la compétence administrative pour tous les marchés sont plus tardifs. Mais en pratique, cette différence s'estompe car ces textes tardifs n'ont fait que valider des pratiques antérieures. Dès leurs créations, les départements ont eux aussi eu une compétence en matière de *travaux*¹⁰², et dès l'An XII leurs *travaux* ont en partie dû être passés dans les mêmes conditions que ceux

⁹⁷ Décret du 14 décembre 1789 *relatif à la constitution des municipalités, suivi de l'instruction*, DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 1 p. 63. « art. 50 p. 66 : Les fonctions propres au pouvoir municipal, sous la surveillance et l'inspection des assemblées administratives, sont : [...] de diriger et faire exécuter les travaux publics qui sont à la charge de la communauté [...] » Voir aussi le décret du 21 mai-27 juin 1790, *Décret relatif à l'organisation de la municipalité de Paris* qui donne aussi cette compétence à la municipalité de Paris

⁹⁸ Loi des 3-13 floréal An 11 (23 avril, 3 mai 1803) : « Art 308 : Tous les travaux qu'une commune aura à faire en vertu de la présente loi seront, si fait n'a déjà été, évalués par devis, et ensuite faits, reçus et payés comme les travaux publics nationaux, sous l'inspection gratuite d'un inspecteur du département, et sous la surveillance du préfet du département. » (Texte absent du DUVERGIER)

⁹⁹ Décret du 17 juillet 1808 *sur les constructions et réparations des bâtimens* [l'orthographe est celle du texte] communaux, *Recueil officiel de l'intérieur*, Tome 2, p. 95 ; DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 16 p. 294, Cité par G. JÈZE *Les contrats administratifs*, Paris, Giard ed., 1927 p. 79, « art. 1^{er} : le décret du 10 brumaire An 14 est déclaré applicable aux villes, bourgs et villages. Le conseil municipal délibérera sur tous les travaux à exécuter, sans déroger aux réglemens [l'orthographe est celle du texte] sur les budgets qui doivent être réglés au Conseil d'Etat » Ce texte étend de manière plus générale le principe de l'adjudication, avant la loi de 1833

¹⁰⁰ Décret du 16 décembre 1811 *contenant règlement sur la construction, la réparation et l'entretien des routes*, IV, Bull. 418 n° 7644, DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 18 p. 80 : met en place trois niveaux de routes impériales et des routes départementales et impose des adjudications différentes pour les fournitures des matériaux et la construction des routes, sauf si le cocontractant est un Maître de Poste. Il met aussi en place des adjudications différentes pour les plantations d'arbres le long des routes.

¹⁰¹ Ordonnance des 14 novembre-12 décembre 1837 *Portant règlement sur les entreprises pour travaux et fournitures au nom des communes et des établissements de bienfaisance*. Cette ordonnance – prise sur le fondement de la loi du 31 janvier 1833 – étend le principe de l'adjudication publique pour ces personnes. La règle fut reprise ensuite dans plusieurs textes : loi du 5 avril 1884, art. 89 et 90, 6° ; art. 115 modifié par les lois du 17 juin 1918 et du 15 janvier 1924. Citées par JÈZE, *Les contrats administratifs*, 1927 Giard ed. p. 80.

¹⁰² Décret du 22 décembre 1789-janvier 1790 *Relatif à la constitution des assemblées primaires et des assemblées administratives*, DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 1 p. 73 : « Section III, article 2 « Les administrations de départements [l'orthographe est celle du texte] seront encore chargées, sous l'autorité de l'inspection du roi, [...] de toute les parties de cette administration, notamment celles qui sont relatives à [...] 7°) à la direction et confection des travaux pour la confection des routes, canaux et autres ouvrages publics [...] » Il s'agit du décret créant les départements, districts et cantons.

de l'État¹⁰³, avec parfois des spécificités sectorielles¹⁰⁴. Les ordonnances de 1836 et 1837 qui constituent la grande réforme du XIX^e siècle ne traitent pas des départements et, malgré la réforme des départements en 1871 qui leur conserve un rôle en matière de marchés de *travaux*¹⁰⁵, il faut attendre 1938¹⁰⁶ pour que les procédures applicables de l'État leurs soient officiellement applicables¹⁰⁷. Notons donc que les marchés de *fournitures* des départements ont été soumis à l'adjudication plus d'un siècle après ceux de l'État et des communes, alors que leurs *travaux* y ont été soumis en même temps. La raison à cet état de fait est difficile à trouver, mais on peut raisonnablement en reporter la responsabilité sur la doctrine du XIX^e siècle et les débats qui existaient à propos de la compétence en matière de marchés de fournitures des départements.

b) La compétence juridictionnelle et les liens entre critères organiques et matériels

330. La question de la compétence administrative ou judiciaire est en effet celle qui gouverne tous les commentaires doctrinaux du XIX^e et d'une grande partie du XX^e siècle. Elle est même bien plus que cela puisque le critère organique des textes que nous venons de détailler ne se suffit pas à lui-même. Comme nous l'avons déjà remarqué¹⁰⁸, les réglementations des marchés publics n'ont pas à l'époque le caractère contraignant

¹⁰³ Loi du 24 pluviôse An 12 (14 février 1804) *Loi qui autorise des aliénations, acquisitions, concessions à rentes et autres, échanges, emprunts et impositions extraordinaires*. III Bull., 356, n° 3684 ; DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 14 p. 306, art 144 : « Tous les travaux qu'une commune ou un département aura à faire en vertu de la présente loi seront, si fait n'a déjà été, évalués par devis, adjugés au rabais, et ensuite faits, reçus et payés comme les travaux publics nationaux, sous l'inspection gratuite d'un ingénieur du département et sous la surveillance des préfets ». Le DUVERGIER ne transcrivant que les articles 142 à 144, il est difficile de voir quels travaux publics sont en cause. Toutefois, MALAPERT estime que ce texte assimile les marchés de travaux des départements à ceux de l'État.

¹⁰⁴ Pour les arbres, voir le décret du 16 décembre 1811 *contenant règlement sur la construction, la réparation et l'entretien des routes*, 4, Bull. 418 n° 7644, DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 18 p. 80, *Op. Cit.* qui ajoute que « art. 103 : les travaux de l'élagage des arbres appartenant à l'Etat ou aux communes seront exécutés au rabais et par adjudication publique ». Pour les routes, voir l'ordonnance 8-21 août 1821 *Contenant des dispositions relatives à l'exécution des travaux d'entretien des routes départementales*, DUVERGIER *Lois et décrets*, Tome 23 p. 346, 7 Bull. 471, n° 11116 Ce décret simplifie les travaux d'entretien des routes départementales et est à mettre en parallèle avec l'ordonnance des 29 mai – 9 juin 1830 *qui dispense de l'approbation supérieure l'exécution, dans certains cas, des travaux concernant les routes départementales*.

¹⁰⁵ Loi du 10 août 1871 *Relative aux conseils généraux*, art. 48 « Le conseil général délibère 3° sur la part contributive à imposer au département dans les travaux exécutés par l'État qui intéressent le département ».

¹⁰⁶ Décret-loi du 12 novembre 1938 (pris sur la base d'une loi du 5 octobre 1938) qui étend la réglementation des marchés de l'Etat à ceux des collectivités locales (première fois officiellement pour ce qui est des départements, position confirmée par A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE & P. DELVOLVÉ *Traité des contrats*, Paris, LGDJ, 2^e ed. 1983, Tome 1, p. 246).

¹⁰⁷ La soumission des marchés de travaux (et seulement eux) des départements à l'ordonnance du 4 décembre 1836 (dispositions propres à l'État) est confirmée par l'arrêt du 1^{er} septembre 1841 *Le département de Seine et Oise*, rec. p. 479. Notons que le décret du 18 novembre 1882 *relatif aux adjudications et aux marchés passés au nom de l'État*, (Dalloz 1883.4.56 ; Code administratif Dalloz 1926 p. 273 qui remplace les ordonnances de 1836 et 1837 et le décret impérial de 1862 concernant le principe de l'adjudication pour tous les marchés) a lui aussi été déclaré applicable aux départements par un arrêt du 9 février 1912 *Société coopérative d'ouvriers plombiers, couvreurs zingueurs de Limoges*, rec. pp. 192 et 1602.

¹⁰⁸ Cf. *Supra* titre 1^{er} sur le critère organique.

d'aujourd'hui : tout d'abord, elles apparaissent comme des « *mesures d'ordre intérieur* »¹⁰⁹, c'est-à-dire comme des règles de passation qui ne sont posées que dans l'intérêt de l'administration. Cette dernière a de ce fait la possibilité de ne pas les appliquer d'autant qu'aucune sanction civile, pénale ou portant sur la validité du contrat n'existe. Par ailleurs, la soumission au droit public apparaissait encore comme une exception et les personnes publiques étaient bien plus régulièrement qu'aujourd'hui soumises au droit privé, notamment lorsqu'elles agissaient dans un intérêt patrimonial.

Ainsi, le critère organique n'était pas en lui-même une condition du caractère public du contrat¹¹⁰, il fallait en rechercher ailleurs la source, notamment dans le critère matériel. Le contrat de l'administration ne devenait un marché – de travaux publics ou de fournitures – que s'il correspondait à la partie « personne chargée des activités d'intérêt général » de la personnalité juridique des collectivités. L'analyse de cette « deuxième condition organique » est fonction de la différence matérielle entre marchés de travaux publics et marchés de fournitures.

α) *Les marchés de travaux*

331. La qualification de travaux publics avait pour conséquence la compétence des Conseils de préfecture en application de la loi du 28 pluviôse An 8. La question qui se pose est celle de savoir si les collectivités locales pouvaient ou ne pouvaient pas faire des travaux publics¹¹¹ car, dans l'affirmative, leurs contrats pouvaient être des marchés de travaux publics alors que, dans le cas contraire, il s'agissait toujours de contrats de droit privé.

332. Pour ce qui est des départements, la solution a été parallèle à celle prévalant pour l'État auquel ils ont été assimilés sur ce point. Ainsi, s'ils pouvaient effectuer des travaux publics, tous les travaux qu'ils commandaient n'étaient pas des travaux publics, notamment ceux qui avaient une fonction « purement » patrimoniale. Cette approche par la notion de patrimoine ne rend pourtant pas compte de la proximité qui existait entre les « marchés de travaux publics » et les marchés de construction privés des départements. En effet, que ce soit sur les plans du mode de décision, de la comptabilité ou de l'origine des deniers, les travaux publics et « privés » étaient assimilables. Cette proximité était le principal argument de certains auteurs comme DUFOUR¹¹² pour lutter contre une distinction entre les types de travaux, mais le droit

¹⁰⁹ Termes issus de l'arrêt CE 14 mai 1886 *Augustinetty*, rec. p. 415. Cette approche est valable jusqu'en 1926, cf. 1^{ère} partie, titre 1, chapitre 2^e, Section 1^{re}, § 3^e.

¹¹⁰ Les baux que passaient les personnes « communes » pour l'exploitation de leurs terres étaient par exemple des baux issus du code civil et nul ne contestait l'application du droit privé dans la mesure où la personnalité juridique de la commune était une personnalité « civile ».

¹¹¹ Le débat porte en fait sur l'interprétation de la notion « d'administration » présente à l'article 4 de la loi du 28 pluviôse An 8. Ne s'agit-il que de l'administration étatique ou faut-il la prendre au sens large ? D. SERRIGNY se fait l'écho de ce débat en 1865 dans son *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative, dans leurs rapports avec le droit civil*, Paris, Aug Durand ed., 2^e édition, 1865, n° 673

¹¹² G. DUFOUR, *Traité général de droit administratif appliqué ou exposé de la doctrine et de la jurisprudence*, Paris, Cotillon, éditeur, libraire du Conseil d'État, 2^e ed. 1856, Tome 7, n° 265

positif et d'autres membres de la doctrine comme SERRIGNY¹¹³ ou CHRISTOPHLE¹¹⁴ s'y rangeaient.

333. Pour ce qui est des communes, la situation était plus délicate encore. Les réticences des auteurs à appliquer le droit public aux 37000 communes de manière généralisée et l'assimilation de ces dernières non seulement à des personnes privées, mais plus encore à des «incapables majeurs»¹¹⁵ sont vraisemblablement à l'origine des nombreuses tergiversations jurisprudentielles¹¹⁶. SERRIGNY¹¹⁷ fait une liste exhaustive des 27 arrêts ayant trait à ce sujet et constate que 14 ont assimilé les travaux communaux à des travaux publics tandis que les 13 autres ont rejeté cette qualification et ont conclu à une compétence judiciaire. Seule conclusion de l'analyse, le conseil n'a clairement affirmé la possibilité de travaux publics communaux qu'à partir de 1831. L'auteur estime donc que la meilleure solution serait l'assimilation du régime des travaux communaux à ceux de l'État et des départements, à savoir la distinction entre biens patrimoniaux ou non¹¹⁸.

β) Les marchés de fournitures

334. Les marchés de fournitures, déjà plus difficilement soumis aux procédures de passation par les textes, sont aussi plus difficilement des marchés « administratifs ». La raison en est à chercher dans le décret du 11 juin 1806¹¹⁹ qui donnait la compétence pour les marchés de fournitures de l'État au Conseil d'État. Jusqu'en 1920, ce décret était interprété *a contrario*. Les marchés des personnes publiques autres que l'État étaient donc considérés par la loi comme « non soumis au Conseil d'État », donc comme des contrats de droit privé. Cette présomption légale posait de nombreux problèmes de principe pour la doctrine qui y voyait une source d'incohérences et de difficultés inutiles.

¹¹³ D. SERRIGNY, *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative, dans leurs rapports avec le droit civil*, Paris, Aug Durand ed. 2^e éd. 1865, n° 673

¹¹⁴ A. CHRISTOPHLE, *Traité théorique et pratique des travaux publics*, Paris, Marescq. Ainé ed., Tome 1, 1862, n° 3 p. 3.

¹¹⁵ Voir sur ce point B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, préface de J.-J. BIENVENU, Paris, ed. Panthéon-Assas, 2003, n° 664 et s. pour l'Ancien Régime et n° 677 et s. pour la période jusqu'au premier tiers du XX^e siècle. Cf. aussi A. PEPY, note sous Cons. Préf. de Grenoble, 24 juin 1927, *Sté. Civile des souscripteurs d'actions de la Sté. Viennoise de distribution d'énergie c/ Ville de Vienne* ; *Dalloz*, 1928.3.25. Cette qualification est notamment due à la place et la prégnance de la tutelle de l'État sur les communes.

¹¹⁶ Cf. sur ce point les développements dans la thèse de G. BIGOT *l'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration, vicissitude d'une ambition 1800-1872*, Paris, LGDJ, *Bibliothèque de sciences administratives*, Tome 15, p. 28.

¹¹⁷ *Op. Cit.* n° 676 à 679

¹¹⁸ SERRIGNY est même plus précis encore et, comme une partie de la doctrine du milieu du XIX^e siècle, il estime que le meilleur moyen de voir si des travaux sont faits dans l'intérêt général ou dans l'intérêt patrimonial de la commune est de se référer aux dispositions sur l'expropriation. Ainsi, si les travaux « sont de nature à entraîner l'expropriation aux termes des articles 3 et 12 de la loi du 3 mai 1841 » ils seront qualifiés de travaux publics. Cf. *Op. Cit.* n° 678.

¹¹⁹ Décret du 11 juin 1806 *sur l'organisation et les attributions du Conseil d'État*, DUVERGIER *Lois et Décrets*, Tome 15 p. 376, 4, Bull. 98, n° 1652 ; article 14-2 « [Le Conseil d'État connaîtra] de toutes contestations ou demandes relatives soit aux marchés passés avec nos ministres, avec l'intendant de notre maison, ou en leur nom, soit aux travaux ou fournitures faits pour le service de leurs départements respectifs pour notre service personnel ou celui de nos maisons ».

335. Pour les départements, la question du juge compétent pour apprécier la légalité de leurs marchés est considérée par SERRIGNY comme « l'une des questions les plus délicates qu'offre la science du droit »¹²⁰. Cette difficulté a vraisemblablement conduit à ne soumettre les marchés de fournitures des départements à l'adjudication qu'à partir de 1938¹²¹, c'est-à-dire bien plus tard que les autres personnes publiques. SERRIGNY prône une simplification de l'état du droit par la soumission de ces marchés non plus au juge judiciaire mais aux conseils de préfecture. Cette proposition avait le mérite d'unifier le contentieux pour les marchés de travaux publics et de fournitures, elle fut donc aussi celle de CORMENIN¹²² et TROLLEY¹²³. En revanche, DUFOUR¹²⁴ et CABANTOUS et LIÉGEOIS¹²⁵ ne voyaient pas l'intérêt de cette évolution, même s'ils traitent eux-aussi longuement de cette difficulté doctrinale. Le Conseil d'État suivit les premiers et reconnut la compétence juridictionnelle de Conseils de préfecture dans un arrêt du 3 mai 1839 *Selles et compagnie c/ le préfet de police*¹²⁶. Le grand arrêt CE 6 février 1903 *Terrier*¹²⁷ est pourtant revenu sur celle-ci et a, à la suite des conclusions du commissaire du gouvernement Jean ROMIEU, donné compétence au Conseil d'État pour le contentieux contractuel de « gestion publique » des collectivités locales.

336. Pour les communes la situation devint tout à fait paradoxale après 1837 puisque l'ordonnance prise cette année là leur imposait une soumission à l'adjudication alors que l'interprétation du décret de 1806 soumettait leurs contrats au juge judiciaire. SERRIGNY¹²⁸ notait l'incongruité de la situation et allait même plus loin en disant que les fournitures de l'État étaient mieux protégées que leurs travaux publics puisque leur contentieux allait devant le Ministre et pas « seulement » devant les Conseils de préfecture. Il en concluait que la protection spécialement faible¹²⁹ – par le juge civil – des fournitures

¹²⁰ D. SERRIGNY, *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative, dans leurs rapports avec le droit civil*, Paris, Aug Durand ed. 2^e édition, 1865, n° 806. L'emphase n'est pourtant pas ce qui caractérise l'écriture de l'auteur.

¹²¹ En effet, puisque de toute façon ils étaient des contrats privés, le législateur n'estimait pas nécessaire qu'ils fussent soumis à des procédures de passation, d'autant, rappelons-le, que même pour les autres elles n'étaient pas obligatoires.

¹²² M. de CORMENIN, *Droit administratif*, Paris, Pagnerre et Gustave Thorel ed., 5^e ed. 1840, Tome 2, p. 302 et s. spé. p. 306 avec citation de jurisprudence.

¹²³ M. TROLLEY, *Traité de la hiérarchie administrative ou de l'organisation des compétences des diverses autorités administratives*, Paris, G. Thorel ed. Tome 5, 1848, n° 2623.

¹²⁴ G. DUFOUR, *Traité général de droit administratif appliqué ou exposé de la doctrine et de la jurisprudence*, Paris, Cotillon, éditeur, libraire du Conseil d'État, Tome 5, 2^e ed. 1856, n° 645.

¹²⁵ L. CABANTOUS et J. LIÉGEOIS, *Répétitions écrites sur le droit administratif*, Paris, librairie A. Marescq Aîné, A Chevalier-Marescq, successeur, 1882, 6^e ed. n° 647 à 651 pp. 615-617.

¹²⁶ CE 3 mai 1839 *Selles et compagnie c/ le préfet de police*, rec. p. 260. Cet arrêt concerne un marché de draps que la maison Selles entend annuler partiellement. Si au fond sa requête est rejetée, ce qui importe est que le jugement du *Conseil de préfecture* allant dans le même sens n'a pas été annulé, ce qui signifie implicitement que sa compétence est reconnue. Cette interprétation est validée par le fait que les visas comportent la référence à la loi du 28 pluviôse An 8.

¹²⁷ CE 6 février 1903 *Terrier*, rec p. 94, concl. J. ROMIEU ; *Dalloz* 1904, III p. 65, concl. J. ROMIEU ; *Sirey* 1903, III p. 25 concl. J. ROMIEU, note M. HAURIU

¹²⁸ *Op. Cit.* n° 806

¹²⁹ Nous nous faisons l'écho de la doctrine de l'époque sur ce point. Il faut comprendre « avec une faible prise en compte de l'intérêt général ».

communales était encore plus anormale, puisqu'elles étaient au contraire mieux protégées que les travaux dans le droit applicable à l'État. La solution se réglera lorsque l'interprétation du décret de 1806 changera et que l'on appliquera aux marchés de fournitures des communes les critères classiques des contrats administratifs pour connaître le juge compétent à la suite de l'arrêt *Terrier*.

2) Les collectivités locales aujourd'hui au cœur du droit des marchés publics

337. Le principe de la soumission des communes et des départements aux procédures de marchés publics posé, la question qui pouvait surgir était celle de la réaction de ce droit des marchés face à l'extension du nombre et du rôle des collectivités locales. Ce fut d'abord le cas pour les colonies¹³⁰, mais aussi, ensuite, pour les régions lorsqu'elles passèrent du statut d'établissement public à celui de collectivités locales¹³¹. Or le Code des marchés a été étendu aux régions comme il l'a été aux entités rattachées à l'État¹³².

a) Collectivités locales et collectivités territoriales

338. Après le décret du 12 novembre 1938¹³³, le décret du 25 juillet 1960¹³⁴ est à l'origine de l'essentiel des dispositions qui ont constitué le livre III du code de 1964 applicable aux collectivités locales et à leurs établissements publics. Ce code voit ses articles 39 et 250 détailler les *collectivités publiques*¹³⁵ qu'il soumet à ses dispositions, et notamment les « collectivités locales et leurs établissements publics » qu'il vise dans plusieurs articles¹³⁶. Les Codes de 2001 et 2004 vont pour leur part unifier au maximum les

¹³⁰ Le ministère des colonies a existé de 1894 à 1959. Nous ne rentrerons pas dans le détail du droit des marchés publics de ces collectivités dans le cadre de cette étude.

¹³¹ Les régions ont été créées par la loi du 2 mars 1982, mais leur mise en place a eu lieu lors de la première réunion des conseils régionaux élus au suffrage universel (L. 6 janvier 1986). La soumission des régions au droit des marchés publics vient de décret n° 86-450 du 13 mars 1986 qui a modifié l'ex-article 250 du Code des marchés publics de 1964.

¹³² Cf. *supra* § 1^{er}

¹³³ Cf. *Supra*, ce décret a été pris sur le fondement de la loi du 5 octobre 1938. le rapprochement des marchés des communes et départements à ceux de l'État contiennent malgré toute quelques nuances d'adaptation comme le montre le décret du 23 octobre 1935 *concernant les marchés passés par les communes et établissements de bienfaisance* et l'ordonnance n° 45-2707 du 2 novembre 1945 *Relative à la réglementation des marchés des communes, des syndicats de communes et des établissements communaux de bienfaisance ou d'assistance*, J.O. du 5 novembre p. 7288, codifiées ensuite dans le code de l'administration communale appelé aussi code municipal, art 307 à 311 et 315 à 317, (qui est un décret du 22 mai 1957, au J.O. 12 juin 1957 p. 5490 et rectificatif au J.O. du 12 juin p. 5836) code qui deviendra ensuite le code des communes, puis le CGCT

¹³⁴ Décret n° 60-724 du 25 juillet 1960 *relatif aux marchés passés au nom des départements, des communes, des syndicats de communes, des établissements publics départementaux et communaux*, J.O. 27 juillet p. 6923 *Dalloz* 1960, législation p. 260. Ce décret est pris sur le fondement de la loi du 7 août 1957, cf. *infra*.

¹³⁵ Le terme de « collectivités publiques » est issu de l'article 1^{er} du Code des marchés publics de 1964.

¹³⁶ L'expression « collectivité locale » est employée à de nombreuses reprises dans le Code des marchés publics de 1964, et plus précisément aux articles 10, 12, 35, 38, 38-6, 221, 250, 265, 322, 360-1, 378 et 392.

dispositions relatives à l'État et aux collectivités, mais ils vont aussi qualifier différemment les personnes publiques autres que l'État. Ainsi, dans leurs articles 1^{er}, ils vont viser les « *personnes morales de droit public* mentionnées à l'article 2 », et dans leurs articles 2 I 1^o « *collectivités territoriales* et leurs établissements publics ». Ce dernier terme sera rappelé à l'article 2 II du code de 2004. La volonté de modifier les termes, de passer de « *collectivités locales* » à « *collectivités territoriales* » a trouvé son aboutissement dans le fait que l'article 8 IV du Code des marchés publics de 2001 qui contenait encore le terme de « *collectivités locales* » a été modifié pour devenir « *collectivités territoriales* » dans le point V de l'article 8 du code de 2004.

339. Ce glissement sémantique en deux temps a-t-il une importance ? En ce qui concerne l'abandon du terme de *collectivités publiques* pour le terme de *personnes morales de droit public*, on peut raisonnablement affirmer qu'il n'y a pas d'évolution. Le professeur G. CORNU¹³⁷ précise que les collectivités publiques sont des personnes morales de droit public, mais que ce terme exclut les personnes ne jouissant pas d'une compétence générale de gestion, donc les établissements publics. Cette définition n'a pourtant jamais été celle applicable en droit des marchés publics puisque des établissements publics¹³⁸ ont toujours été soumis à ce droit. Le changement n'en est donc pas un. Pour ce qui concerne le passage de *collectivités locales* à *collectivités territoriales*, la réponse est identique. Si l'on fait parfois une différence entre les deux notions, en les distinguant par le fait que la seconde comprendrait l'État qui est lui aussi compétent sur un territoire alors que la première ne s'appliquerait qu'aux collectivités « inférieures », cette distinction est juridiquement inopérante¹³⁹. Sur le plan textuel, rappelons que l'article 72 de la constitution ne cite pas l'État comme collectivité territoriale¹⁴⁰. Outre le fait que la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 ne soit pas revenue sur cette qualification, le *Code général des collectivités territoriales* confirme cette position puisqu'il ne traite pas non plus de l'État. Enfin, le Conseil constitutionnel a plusieurs fois utilisé lui aussi la qualification constitutionnelle,

¹³⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant*, V^o Collectivité.

¹³⁸ L'exception des EPIC de l'État n'est qu'une exception à l'idée que les établissements publics sont normalement soumis au droit des marchés publics. On a vu que cela était encore plus vrai pour la commande publique puisque les EPIC de l'État peuvent de toute façon être soumis aux dispositions communautaires.

¹³⁹ Notons que M. DOAT, *Recherches sur la notion de collectivité locale en droit administratif français*, Paris, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit public, 2003, Tome 230, utilise le terme de « *collectivité locales* ». L. FAVOREU a proposé une distinction originale entre les deux catégories de *collectivités locales* et *collectivités territoriales*. La seconde regrouperait les départements, communes, TOM et les collectivités spéciales (mais par les régions puisque sa distinction date de 1976), et la première catégorie regroupe les départements et communes, ainsi que leurs établissements publics. Cette position est fondée sur la décision 75-84 L du 19 novembre 1975, mais il faut reconnaître que son intérêt est essentiellement doctrinal. Cf. L. FAVOREU, RDP 1976, p. 234 ; ainsi que sont article « La notion constitutionnelle de collectivité territoriale », *Les collectivités locales. Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau*, Paris, Economica ed., 2003, 491 pp., spé. pp. 155-164.

¹⁴⁰ Constitution du 4 octobre 1958, art. 72 al. 1 : « *Les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les régions, les collectivités à statut particulier et les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74. Toute autre collectivité territoriale est créée par la loi, le cas échéant en lieu et place d'une ou plusieurs collectivités mentionnées au présent alinéa* ». Le texte précédent la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 était : « *Les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les territoires d'outre-mer. Toute autre collectivité territoriale est créée par la loi.* »

notamment pour la Nouvelle-Calédonie et pour la Corse, en considérant implicitement qu'elle s'appliquait seulement aux collectivités secondaires¹⁴¹.

La similitude des notions posée, l'enseignement principal de cette approche des collectivités locales est une volonté nette du pouvoir réglementaire de soumettre le plus largement possible les personnes publiques au code des marchés publics. Cette approche large permet aujourd'hui de dire que les « collectivités territoriales » sont, au même titre que l'État, au cœur des réglementations des marchés. La principale preuve de cette vision générale et englobante est la facilité avec laquelle les régions ont été soumises au Code dès 1986, date de leur réelle mise en place. La raison à cela est que leur qualification de collectivité territoriale par la loi a conduit à leur appliquer le régime de toute cette catégorie, régime dont fait fondamentalement partie le droit des marchés publics.

b) L'Outre-mer

340. Il reste que cette soumission de principe des collectivités territoriales connaît une limite avec les collectivités territoriales situées Outre-mer¹⁴². Le Code des marchés publics ne leur est en effet pas applicable, le principe étant que les assemblées délibérantes de chacun des territoires fixe des règles spéciales. Concrètement, en Nouvelle-Calédonie, le Congrès a conservé les délibérations antérieures qui mettent en place un compendium du Code des marchés publics¹⁴³. Pour ce qui est de la Polynésie Française, il existe un *Code des marchés publics de toutes natures passés au nom du territoire de la Polynésie française et de ses établissements publics*, issu d'une délibération du 1^{er} mars 1984 et plusieurs fois modifiée¹⁴⁴. Ce Code de 141 articles a une rédaction qui n'est pas une copie partielle des

¹⁴¹ Décision n° 79-104 DC du 23 mai 1979 *Loi relative au territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances*, rec. p. 27, P. AVRIL et J. GICQUEL, *Pouvoirs*, 1979 n° 11 p. 186 ; L. FAVOREU, *RDP* 1979 p. 1695 ; L. HAMON, *Gaz. Pal.* 1981, n° 53-55 p. 12 et n° 82-138 DC du 25 février 1982 *Loi portant statut particulier de la Région de Corse*, rec. p. 41, *GDCC* n° 32, *RJC* I-119 Considérant 3 : « [...] que les dispositions de l'article 72, qui, dans un alinéa concernant tant les collectivités de la métropole que celles d'Outre-mer, donnent compétence à la loi pour créer d'autres collectivités territoriales, ne sauraient voir leur application réduite aux seules collectivités d'Outre-mer. » Notons toutefois que le décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962, *Portant règlement général sur la comptabilité publique*, distingue dans son article 1^{er} « l'État » et les « collectivités territoriales secondaires », qualifiant ainsi implicitement l'État de collectivité territoriale « primaire ».

¹⁴² La révision constitutionnelle issue de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 modifiant les Titres XII et XIII de la Constitution conduira vraisemblablement à une plus grande diversité du droit applicable dans les différentes collectivités territoriales d'Outre-Mer.

¹⁴³ Délibération n° 136 du 1^{er} mars 1967 plusieurs fois modifiées. À cela il faut ajouter des CCAG types que l'on peut retrouver dans une délibération n° 64 du 10 mai 1989. On peut noter l'existence de contentieux fondés sur ce que le Conseil d'État appelle le « Code des marchés publics de la Nouvelle-Calédonie », cf. CE 20 novembre 2000, *Commune de Païta*, rec. 574, req. n° 205143 qui sanctionne un marché qui a été reconduit tacitement en application de ses propres dispositions mais en contradiction avec le Code des marchés de la Nouvelle-Calédonie et de ses procédures de « publicité et de mise en concurrence ».

¹⁴⁴ La délibération n° 84-20 du 1^{er} mars 1984 *portant approbation du code des marchés publics de toute nature passés au nom du territoire de la Polynésie française et de ses établissements publics*, *JOPF* du 20 juin 1984, n° 24 NS, p. 818 avec rectificatif au *JOPF* du 10 août 1986, n° 23 p. 972. Cette délibération a été modifiée 12

codes métropolitains et propose un droit original, même si la filiation avec le droit des marchés publics national est évidente.

341. Cette spécificité dans l'application du code des marchés se retrouve aussi pour le reste des contrats de la commande publique. Ainsi, les contrats de délégation de service public des COM ne sont-ils soumis que partiellement aux articles L. 1411-1 et suivants du CGCT. Pour ce qui est de la Nouvelle-Calédonie, l'article 92 de la loi organique du 19 mars 1999¹⁴⁵ précise les dispositions du CGCT qui lui sont applicables, ainsi que les procédures adaptées, notamment en ce qui concerne la commission « d'adjudication » issue du Congrès de Nouvelle-Calédonie¹⁴⁶.

342. Cependant, la limite en question ne s'applique qu'aux collectivités d'Outre-Mer, aux collectivités à statut particulier et à la Nouvelle-Calédonie et non à d'autres collectivités ayant un régime spécifique comme les villes de Paris¹⁴⁷ Lyon et Marseille ou les DOM qui sont soumis au Code des marchés publics de manière généralisée. L'exception des collectivités d'Outre-Mer, des collectivités à statut particulier et de la Nouvelle-Calédonie pour les marchés publics n'est en fait qu'une des nombreuses spécificités de leurs statuts¹⁴⁸, non une exception retirant au critère organique des « collectivités territoriales » son caractère général.

c) La délégation de la compétence législative au pouvoir réglementaire

343. La volonté d'étendre le droit des marchés publics à toutes les collectivités est aussi visible dans le fait que, pour l'ensemble d'entre-elles, la compétence pour édicter les règles de marchés publics revient au pouvoir réglementaire. Or cette situation est loin d'être évidente. En effet, on peut tirer de l'article 34 de la Constitution de 1958 que la compétence naturelle en matière de marchés publics locaux est celle du législateur. Il dispose en effet que « *La loi détermine les principes fondamentaux [...] de la libre administration des collectivités locales, de leurs compétences et de leurs ressources* » et l'on sait à quel point cette disposition a été interprétée largement, le résultat étant que l'on considère que la loi

fois depuis, dont pratiquement une fois par an depuis 1995, dont la dernière fois par la délibération n° 2003-39 APF du 3 avril 2003, *JOPF* du 17 avril 2003, n° 16, p. 930.

¹⁴⁵ Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie*, article 92 al. 3, modifiée par la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 *portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier* dite MURCEF, art. 3.

¹⁴⁶ Notons qu'il n'existe semble-t-il aucune disposition spéciale concernant les délégations de service public applicables à la Polynésie Française.

¹⁴⁷ Rappelons que le décret 21 mai-27 juin 1790 *relatif à l'organisation de la municipalité de Paris* étendait déjà l'adjudication imposée par le décret du 14 décembre 1789 à toutes les communes à la municipalité de Paris

¹⁴⁸ Rappelons que l'article 74 de la Constitution affirme la spécificité des collectivités d'outre-mer : « *Les collectivités d'outre-mer régies par le présent article ont un statut qui tient compte des intérêts propres de chacune d'elles au sein de la République* ». Notons que l'ancien article 74 disposait que « *les territoires d'outre-mer de la République ont une organisation particulière tenant compte de leurs intérêts propres dans l'ensemble des intérêts de la République* », et que la loi organique est le moyen juridique de ces adaptations.

détermine bien plus que les « principes fondamentaux » en la matière¹⁴⁹. La compétence législative a pourtant été contestée à la suite de différents textes et interprétations à rebondissements.

Dans un premier temps, le décret-loi du 12 novembre 1938¹⁵⁰ et la loi du 7 août 1957¹⁵¹ habilitaient le Gouvernement à réglementer largement les marchés publics locaux. Après 1958, les articles 34 et 37 de la constitution ayant été interprétés comme ne revenant pas sur les habilitations antérieures¹⁵², le nouvel article 34 restait limité par les textes de 1938 et 1957, la compétence restait réglementaire. Or deux décrets de 1960 et 1966 avaient abrogé ces dispositions¹⁵³. Dans un arrêt du 29 avril 1981 *Ordre des architectes*¹⁵⁴, le Conseil d'État a déclaré nul ces deux décrets en considération du fait que l'article 34 de la Constitution de 1958 n'avait pas permis au pouvoir réglementaire de revenir sur les habilitations législatives. Il en ressortait que les textes de 1938 et 1957 étaient toujours applicables. Le Conseil d'État a réaffirmé cette solution en 2003¹⁵⁵ à l'occasion d'un recours contre le Code des marchés publics de 2001. La compétence réglementaire étant encore aujourd'hui la règle pour les marchés publics locaux, c'est de manière parfaitement légale que les Codes des marchés publics de 2001 et 2004 ont été pris par décret¹⁵⁶. On remarquera que l'extension de cette compétence réglementaire aux marchés des régions – qui n'existaient pas comme collectivité locale en 1957 – vient des termes généraux de cette loi qui vise les « *collectivités et établissements publics* ». Encore une fois, il semble que ce soit de la nature même des collectivités locales d'être soumises au droit des marchés publics.

¹⁴⁹ Sur ce point, cf. la note de B. GENEVOIS sous l'arrêt CE 29 avril 1981, *Ordre des architectes*, *AJDA* 1981 p. 429, spé. p. 431

¹⁵⁰ Décret-loi du 12 novembre 1938 *portant extension de la réglementation en vigueur pour les marchés de l'État aux marchés des collectivités locales et des établissements publics*, DUVERGIER, *Lois et Décrets*, Tome 38/2 Nouvelle série (=138/2), J.O. du 12-13 novembre 1938, p. 12880, art. 1^{er} : « *les dispositions des textes législatifs et réglementaires, relatives à la passation et l'exécution des marchés de l'État peuvent être étendues, par règlements d'administration publique, contresignés par les ministres intéressés et le ministre des Finances et, sous réserve des ajustements nécessaires, aux départements, aux communes et aux établissements publics relevant de l'État, des départements et des communes* »

¹⁵¹ Loi n° 57-908 du 7 août 1957 tendant à favoriser la construction de logements et les équipements collectifs, art. 21 : « *la réglementation des marchés de travaux de l'État, des collectivités et établissements publics relève en permanence du pouvoir réglementaire et fait l'objet de décrets en Conseil d'État* ».

¹⁵² Cf. CE Ass. 27 mai 1960 *Sieur Lagaille*, rec. p. 369, implicite ; *AJDA* 1960 p. 105 chr. M. COMBARNOUS et J.-M. GALABERT, CE 30 avril 1969 *Société française d'alimentation saine*, rec. p. 232

¹⁵³ Article 94 du décret n° 60-724 du 25 juillet 1960 qui abroge l'article 21 de la loi du 7 août 1957 (sauf le 5^e alinéa) et article 2 du décret n° 66-887 du 28 novembre 1966 qui abroge l'article 1^{er} du décret-loi du 12 novembre 1938

¹⁵⁴ CE 29 avril 1981 *Ordre des architectes*, p. 197, *AJDA* 1981 p. 428 note B. GENEVOIS *Dalloz* 1981.IR. p.526 obs. P. DELVOLVÉ

¹⁵⁵ CE Ass. 5 mars 2003, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris*, *AJDA*, 2003 n° 14 p. 718-722, chr. F. DONNAT et D. CASAS ; *Contrats et marchés publics*, avril 2003, P. 4 concl. D. PIVETEAU et p. 24, n° 69 note Ph. DELELIS. Cet arrêt reprend l'argumentation de l'arrêt *Ordre des architectes*, mais en se concentrant sur le décret-loi de 1938.

¹⁵⁶ Le premier par le décret 2001-210 du 7 mars 2001, *Portant code des marchés publics*, J.O. n° 571 du 8 mars 2001 p. 3700 et 37001-37026 ; le second par le décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004, *Portant code des marchés publics*, J.O. n° 6 du 8 janvier 2004 p. 37003.

B) Les établissements publics locaux, une assimilation parfaite aux collectivités locales

344. La soumission des établissements publics au droit des marchés a suivi la même évolution textuelle que celle de leurs collectivités de rattachement (1). Aujourd'hui, tous les établissements publics locaux y sont soumis (2).

1) Une évolution textuelle parallèle

345. La notion d'établissement public local ne se trouve pas dans les premiers textes post-révolutionnaires sur les marchés publics. En revanche, on rencontre régulièrement celles d'établissements de charité, d'hospices ou d'hôpitaux. Ces derniers étaient en effet les premiers établissements locaux, le socialisme municipal des années 1930 n'ayant pas encore inauguré la multiplication des services, et la décentralisation n'ayant pas encore étendu le champ d'action des collectivités territoriales.

Ainsi, un premier décret du 10 brumaire An 14 traite des marchés de travaux des hospices et autres établissements de charité¹⁵⁷, deux ans avant qu'en 1808 des dispositions assimilables soient appliquées aux communes¹⁵⁸. Peu après, en 1809, comme les travaux communaux, ceux des hospices seront passés « dans les mêmes conditions que les travaux de l'État »¹⁵⁹. La situation ne changea pas avec la fameuse ordonnance des 14 novembre et 12 décembre 1837, si l'on excepte le fait que les établissements furent alors qualifiés « de bienfaisance »¹⁶⁰. Les travaux de ces « établissements publics locaux »

¹⁵⁷ Décret du 10 brumaire An 14 (1^{er} novembre 1805) *relatif aux constructions, reconstruction et réparations de bâtiments appartenants aux hospices et autres établissements de charité*, DUVERGIER, *Lois et Décrets*, Tome 15 p. 274. On trouve déjà dans ce texte l'essentiel de ce qui fera la législation des marchés publics jusqu'au milieu du XX^e siècle. Il impose une autorisation du ministre de l'intérieur pour les constructions et reconstructions de plus de 1000 F, et celle de sa Majesté au dessus de 10 000 F dans les administrations charitables des pauvres et hospices. « Art. 3 : Les constructions et reconstructions autorisées dans la forme prescrite par les articles précédents ne pourront être adjugés qu'en présence du préfet, du sous-préfet ou du maire, après deux publications par affiche, et par voie d'adjudication au rabais [adjudication restreinte]. »

¹⁵⁸ Par le décret du 17 juillet 1808 *sur les constructions et réparations des bâtimens communaux* [l'orthographe est celle du texte] ; *Recueil officiel de l'intérieur*, Tome 2, p. 95 ; DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 16 p. 294, Cité par G. JÈZE *Les contrats administratifs*, Paris, Giard ed., 1927 p. 79.

¹⁵⁹ Loi spéciale du 23 décembre 1809 *qui autorise des aliénations, acquisitions, concessions à rentes et échanges en faveur des pauvres et hospices de différentes communes* ; IV, *Bull.* 258, n° 5111 ; *Mon* du 24 décembre. Article 49 : « Tous les travaux qu'un hospice aura à faire en vertu de la présente loi seront, si fait n'a déjà été, évalués par devis, adjugés au rabais et ensuite faits, reçus et payés comme les travaux publics nationaux, sous l'inspection gratuite d'un ingénieur du département et sous la surveillance du préfet. » Cité par A. CHRISTOPHLE, *Traité théorique et pratique des travaux publics*, Paris, A. Marescq ed., Tome 1, 1862, p. 11. Voir aussi loi du 13 août 1851. Cette loi est aussi citée par D. SERRIGNY afin de justifier que les travaux des hospices soient qualifiés de travaux publics, in *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative, dans leurs rapports avec le droit civil*, Paris, Aug. Durand ed., 2^e ed. 1865 Tome 2, p. 180 n° 283.

¹⁶⁰ Ordonnance des 14 novembre-12 décembre 1837 *Portant règlement sur les entreprises pour travaux et fournitures au nom des communes et des établissements de bienfaisance*. Il s'agit de la même ordonnance que celle qui reprend l'application de l'adjudication à toutes les communes, sur le fondement de la loi de 1833. La règle fut reprise ensuite dans plusieurs textes : loi du 5 avril 1884, art. 89 et 90, 6° ; art. 115 modifié

furent alors qualifiés de travaux publics de façon parallèle aux travaux des communes, SERRIGNY développe même l'idée que le fondement de cette qualification était la possibilité indirecte d'exproprier¹⁶¹. Les textes postérieurs ont été plus techniques, réglementant la composition des commissions¹⁶², réévaluant les seuils en dessous desquels il était possible de passer des marchés sur facture¹⁶³ ou reprenant pour l'essentiel les dispositions antérieures¹⁶⁴. Si, avant la seconde guerre mondiale, les seuls marchés visés par les textes semblaient être les marchés des établissements de bienfaisance – ou assimilés –, la jurisprudence a étendu le principe de l'adjudication aux autres établissements publics avant que les textes ne l'aient fait¹⁶⁵.

346. L'évolution textuelle vers une prise en compte de tous les établissements publics locaux trouve son origine dans une ordonnance du 2 novembre 1945¹⁶⁶ qui ajoute aux « établissements communaux de bienfaisance ou d'assistance » les « syndicats de communes¹⁶⁷ ». Le décret du 1960 acheva cette généralisation en incluant expressément

par les lois du 17 juin 1918 et du 15 janvier 1924. Citées par G. JÈZE, *Les contrats administratifs*, Paris, Giard ed., 1927, p. 80

¹⁶¹ Il consacre tout un développement à cette qualification de travaux publics des hospices, en se fondant sur la loi du 3 mai 1841 *sur l'expropriation pour cause d'utilité publique*, leur permet d'exproprier par l'intermédiaire de leur commune de tutelle. *Op. Cit.* n° 683 p. 180

¹⁶² Loi des 7-13 août 1851, *sur les hospices et hôpitaux* art 8, 9, 10, 12 DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 51 (1851) p. 332 ; Bull. CDXXXI, n° 3139 ; cité par A. CHRISTOPHLE, *traité théorique et pratique des travaux publics*, 1862, A. Marescq ed. Tome 1 p. 12. Ce texte prévoit qu'un règlement d'administration publique rendu dans les six mois de la promulgation de la loi déterminera la composition des commissions administratives des hospices et hôpitaux (art 6). Cette commission a pour compétence de régler par ses délibérations (art 8) « le mode et les conditions des marchés pour fourniture et entretien dont la durée n'excède pas une année, les travaux de toute nature dont la dépense ne dépasse pas trois mille francs. » (art 9) : « la commission délibère également sur [...] les projets de travaux pour construction, grosses réparations et démolition dont la valeur excède trois mille francs ; les conditions ou cahiers des charges des adjudications de travaux et marchés pour fourniture ou entretien dont la durée excède une année... »

¹⁶³ Voir par exemple deux décrets du 15 mars 1957 qui réajustent les seuils en matière de marchés des « communes, établissements communaux de bienfaisance, hôpitaux et hospices. »

¹⁶⁴ Décret du 23 octobre 1935 *concernant les règles des marchés passés par les communes et établissements de bienfaisance*, DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 35/II p. 672, *J.O.* du 24 octobre 1935, qui ne fait que modifier l'article 115 de la loi du 5 avril 1884 qu'avait déjà modifié le décret du 5 novembre 1926. L'essentiel consiste à des changements de seuils pour le caractère écrit des marchés, et leur caractère de gré à gré. Il est intéressant de noter que ce décret règle aussi l'approbation par le préfet des « les traités portant concession à titre exclusif ou pour une durée de plus de 30 ans des grands services municipaux »... la notion de commande publique n'est pas si loin.

¹⁶⁵ Voir par exemple l'arrêt du Conseil d'État du 27 novembre 1942 *Sté Bongrand et Dupin* rec. p. 335 qui répute applicables aux marchés de travaux des offices publics d'habitations à bon marché les dispositions de l'ordonnance du 14 novembre 1837, c'est-à-dire l'adjudication. Notons que ces mêmes marchés des offices publics d'H.L.M. seront ensuite soumis textuellement à adjudication par un décret du 10 mai 1955, art. 211 et 212.

¹⁶⁶ Ordonnance n° 45-2707 du 2 novembre 1945, *Relative à la réglementation des marchés des communes, des syndicats de communes et des établissements communaux de bienfaisance ou d'assistance*, *J.O.* du 5 novembre p. 7288, codifiées ensuite dans le code de l'administration communale appelé aussi code municipal, art 307 à 311 et 315 à 317, (qui est un décret du 22 mai 1957, au *J.O.* 12 juin 1957 p. 5490 et rectificatif au *J.O.* du 12 juin p. 5836) code qui deviendra ensuite le code des communes, puis le CGCT. Ce décret sera suivi d'autres, eux aussi intégré au code de l'administration communale, notamment un décret du 28 février 1957 pour les départements, ainsi que deux du 15 mars 1957 et un du 22 mai 1957 pour les communes, établissements communaux de bienfaisance, hôpitaux et hospices.

¹⁶⁷ Les syndicats de communes, qui sont les premiers établissements publics locaux de coopération existent depuis la loi du 5 avril 1884 qui en pose les bases dans ses articles 169 à 180. Ensuite la loi du

dans le droit des marchés publics non seulement tous les établissements publics communaux mais aussi tous ceux départementaux¹⁶⁸. Ce sont ces dispositions qui furent codifiées dans le Code des marchés publics de 1964, qui lui-même fut modifié pour être encore plus général puisqu'on appliqua naturellement ce droit aux établissements publics régionaux après 1986¹⁶⁹. L'assimilation des marchés des hospices à ceux des collectivités locales au début du XIX^e siècle est par conséquent à l'origine de l'assimilation des marchés des collectivités locales avec celui des leurs établissements publics à la fin du XX^e siècle, ces deux catégories de personnes publiques ayant entre temps été largement étendues.

2) Une extension à tous les établissements publics locaux

347. La pratique de ces textes va aussi dans le sens d'une application étendue des procédures de marché public à l'ensemble des établissements publics locaux. Ainsi, les établissements publics de coopération intercommunale sont-ils contraints de passer leurs marchés dans les conditions du Code des marchés publics. Il faut bien avouer que le développement de leurs rôles par la loi dite *Chevènement*¹⁷⁰ les rapproche de plus en plus de leurs collectivités de rattachement et que, de ce fait, le rapprochement de leurs régimes apparaît comme logique. On ne saurait pourtant oublier que la compétence des établissements publics, et des EPCI en particulier, est limitée par le principe de spécialité¹⁷¹. D'une part, cela peut conduire à des annulations au cas où le marché serait passé dans un domaine dans lequel l'établissement public n'est pas compétent. Ainsi, si une communauté de d'agglomération ne se voit pas confier la gestion de la distribution d'eau – cette compétence n'étant pas obligatoirement transmise¹⁷² –, les marchés visant à la satisfaction de ce besoin seront directement passés par les communes¹⁷³. D'autre part, une réponse ministérielle¹⁷⁴ a permis la création d'établissements publics locaux assimilables à des centrales d'achat : elle autorise en effet aux communes de confier à un EPCI leurs

22 mars 1900 et celle du 13 novembre 1917 viendront légèrement les modifier. Sur ce point, cf. M. HAURIOU *Précis de droit administratif et de droit public à l'usage des étudiants de licence (2ème et 3ème année) et en doctorat ès-sciences politiques*, Paris, 12^e ed., 1930, pp. 295-297 & 10^e ed. 1921 p. 317.

¹⁶⁸ Décret n° 60-724 du 25 juillet 1960 *relatif aux marchés passés au nom des départements, des communes, des syndicats de communes, des établissements publics départementaux et communaux*, J.O. 27 juillet p. 6923 *Dalloz* 1960, législation p. 260

¹⁶⁹ Il s'agit ici des établissements publics issus des régions-collectivités territoriales et non des régions-établissements publics qui préexistaient.

¹⁷⁰ Loi 99-586 du 12 juillet 1999 *relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale*, dite loi Chevènement, codifiée pour l'essentiel à la 5^e partie du Code général des collectivités territoriales.

¹⁷¹ C'est ce que rappellent les jurisprudences CE 18 mars 1963, *Sieur Lauterfing*, rec. p. 179 ; RDP 1963 p. 1051 ; CE 16 juillet 1941 *Syndicat de défense des contribuables de Goussainville* rec. p. 132, ce dernier arrêt rappelant le principe de la compétence des communes, limité par « l'utilité communale ».

¹⁷² Voir l'article L. 5216-5 CGCT

¹⁷³ L'arrêt CE 1 avril 1994 *Commune de Reau*, rec. Tables, p. 843-844 nous présente le cas inverse puisqu'il annule la passation d'un marché par une commune alors que la compétence – de la gestion de l'eau en l'espèce – revenait au syndicat d'agglomération nouvelle.

¹⁷⁴ Rep. Min. n° 10116 *JOAN (Q)* 1^{er} juin 1998 p. 3011 : *Dr. Adm.* 1998, n° 239 ; *BJCP* n° 1/98 p. 113, *MP-LRAP* n° 3/98 p. 6.

« missions d'achat », c'est-à-dire d'en faire le vecteur obligatoire des marchés publics. Cette possibilité pourrait dans l'avenir prendre des dimensions nouvelles grâce au Code des marchés publics de 2004 qui permet le développement de ce phénomène¹⁷⁵.

348. L'extension des marchés publics des établissements publics locaux est même allée plus loin que celle des établissements de l'État puisque tous sont soumis au Code des marchés publics, y compris les EPIC. La raison de cette différence est difficile à trouver, elle est vraisemblablement historique. On a dit que l'exclusion des EPIC de l'État du champ d'application du Code des marchés publics était justifié par les nombreuses législations spécifiques à chaque EPIC national, ainsi que par la volonté de préserver une forme d'efficacité commerciale de ceux-ci. Il est possible de retourner ces arguments pour les EPIC locaux. En effet, d'une part les législations spéciales n'existaient pour ainsi dire pas, et d'autre part l'emprise des finances locales sur le « socialisme municipal » commandait qu'on ne leur donnât pas d'autonomie.

Sous-Section 2^e : Les personnes publiques françaises prises en compte par le droit communautaire

349. Le critère organique est au cœur des difficultés de conciliation entre les définitions internes et communautaires des « marchés publics ». Le droit français est marqué par une certaine stabilité, voire « résistance », puisqu'il n'a pas modifié le champ d'application du Code des marchés publics depuis sa création, même lors des refontes de celui-ci. Pourtant, on ne peut pas dire que la situation interne soit inchangée puisque le droit communautaire a malgré cela étendu l'application du droit – et non plus du code – des marchés publics à certaines personnes publiques qui n'y étaient pas soumises. C'est par exemple le cas pour les GIP ou les établissements publics industriels et commerciaux nationaux dont la situation est réglée par d'autres textes.

La définition communautaire de *marchés publics* a en effet étendu le champ d'application organique du droit des marchés publics à travers les notions de « *pouvoirs adjudicateurs* » et, dans une moindre mesure, d'« *entités adjudicatrices* » (§ 1^{er}). Face à cette contrainte le poussant à évoluer, le droit français a opposé une résistance farouche en ne modifiant aucunement le champ d'application de son Code des marchés publics, mais il a effectué dans des textes spécifique une transposition scrupuleuse des directives (§ 2^e).

§ 1^{er} : Les notions de pouvoir adjudicateur et d'entité adjudicatrice

350. Organiquement, les directives communautaires sur les marchés publics s'appliquent aux « *pouvoirs adjudicateurs* » et « *entités adjudicatrices* ». Nul besoin de rappeler ce que la doctrine unanime appelle le pragmatisme, le réalisme ou le caractère fonctionnel des notions de droit communautaire, qualificatifs qui s'appliquent spécialement à ces notions

¹⁷⁵ Cf. *infra*. Le C) Les groupements de commande, dernier paragraphe de ce chapitre.

de pouvoirs adjudicateurs et d'entités adjudicatrices. Si la directive sur les marchés publics de travaux de 1971 ne visait comme pouvoirs adjudicateurs que l'État, les collectivités territoriales et leurs établissements publics administratifs¹⁷⁶, les directives postérieures, et jusqu'aux plus récentes, ont une approche bien plus large qui vise à recouvrir toutes les manifestations de la puissance publique, voire plus prosaïquement de l'argent public¹⁷⁷.

Les directives communautaires « secteurs classiques », les 92/50, 93/36, 93/37 et 97/52¹⁷⁸ mais aussi la directive 2004/18 qui les unifie¹⁷⁹ présentent toutes le même champ d'application organique : les « pouvoirs adjudicateurs »¹⁸⁰. La définition unique de cette notion se compose de deux éléments¹⁸¹ : le premier correspond aux entités que nous qualifierons de « *pouvoirs adjudicateurs par nature* » (A), le second définissant les « *organismes de droit public* », c'est-à-dire ceux des pouvoirs adjudicateurs qui ne le sont pas par nature, mais en considération de critères additionnels (B). À cela il faut ajouter le cas des « associations » de collectivités publiques ou d'organismes de droit public qui sont, elles aussi, qualifiées de pouvoirs adjudicateurs (C) ainsi que les autres personnes visées par les directives « secteurs spéciaux » et qui s'ajoutent aux pouvoirs adjudicateurs pour la qualification d'entités adjudicatrices (D)¹⁸².

¹⁷⁶ Ce qui excluait les EPIC des collectivités locales, pourtant inclus dans le Code des marchés publics français.

¹⁷⁷ Nous utilisons l'expression « argent public » et non celle de « deniers publics » à la suite des réflexions à ce sujet de Vinh NGUYEN QUOC, « L'argent public et le droit des contrats », *Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, *Economica*, 1996, pp. 292-313, spé. p. 296.

¹⁷⁸ Les directives du Conseil 92/50/CEE du 18 juin 1992 *portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services* (JOCE L. 209 du 24 juillet 1992 p. 1), 93/36/CEE du 14 juin 1993 *portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures* (JOCE L. 199 du 9 août 1993 p. 1), et 93/37/CEE du 14 juin 1993 *portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux* (JOCE L. 199 du 9 août 1993 p. 54) ont été ensuite modifiés par la directive 97/52/CE du Parlement européen et du Conseil (JOCE L. 328 du 28 novembre 1997 p. 1).

¹⁷⁹ Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004, *relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services*, JOUE L. 134 du 30 avril 2004

¹⁸⁰ Les entités adjudicatrices, critère organique des directives 93/38 et 2004/17 « secteurs spéciaux », regroupent les mêmes personnes que les pouvoirs adjudicateurs, ainsi que d'autres personnes vues au point D). Cf. *Infra*. Nous considérerons pour la suite de ce paragraphe que parler des seconds inclura les premières.

¹⁸¹ Article 1^{er} point 9 de la directive 2004/18 (anciens articles 1^{er} point b) des autres directives) : « *sont considérés comme « pouvoirs adjudicateurs », l'État, les collectivités territoriales, les organismes de droit public et les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou de ces organismes de droit public. On entend par « organisme de droit public » tout organisme : - créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial et - doté de la personnalité juridique et - dont soit l'activité est financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public, soit la gestion est soumise à un contrôle par ces derniers, soit l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public.* » Les directives prévoient ensuite des listes non exhaustives et révisables des pouvoirs adjudicateurs en annexe (annexe II de la 2004/18 notamment).

¹⁸² Il faut encore ajouter le cas issu de dispositions particulières de la directive 2004/18 dans lequel, sans être *stricto sensu* qualifiés de pouvoirs adjudicateurs, les marchés des concessionnaires dont la valeur dépasse les 6 242 000 € (article 63-1^o de la directive 2004/18, qui reprend en ajoutant le seuil les dispositions de l'article 3-4^o de la directive 93/37) et les marchés des personnes subventionnées à plus de cinquante pour cent par des pouvoirs adjudicateurs (dans les conditions de l'article 8 de la directive

A) les personnes publiques, pouvoirs adjudicateurs par nature

351. Pour les personnes publiques que nous avons qualifiées de « pouvoirs adjudicateurs par nature », les directives distinguent l'État et les collectivités territoriales. Si formellement on ne peut que noter la parfaite similitude avec les personnes visées par le Code des marchés publics, au fond, on peut se poser la question de l'analogie entre les notions internes et communautaires.

En ce qui concerne l'État, les doctrines communautaires et universitaires se retrouvent pour juger de l'approche à la fois large et fonctionnelle qu'il convient de retenir. Les trois *guides sur les règles applicables aux procédures de passation des marchés publics* qui précisaient les trois anciennes directives¹⁸³ apportaient à ce sujet des éclairages intéressants si on les combine tous les trois. La position de la commission est fondée sur l'arrêt *Beentjes*¹⁸⁴ de la Cour de justice qui a apporté une vision extensive de la notion d'État dans le cadre de la directive Travaux 71/305/CEE. Cet arrêt a en effet considéré que devait être assimilé à l'État, et par conséquent qualifié de pouvoir adjudicateur, une commission locale de remembrement aux Pays-Bas.

Cette jurisprudence a été interprétée par deux des trois *guides*, ainsi que par une grande partie de la doctrine française comme devant comprendre dans la notion d'État d'autres entités. L'État doit, en droit communautaire et aux termes de l'arrêt, « recevoir une interprétation fonctionnelle[...] un organisme [...] doit être considéré comme relevant de l'État [...] même s'il n'en fait pas formellement partie ». Cette interprétation fonctionnelle oblige à analyser toutes les entités en considération du « moyen d'action » qu'il représente pour l'État ; si l'entité en cause est effectivement un moyen d'action, elle est assimilée à l'État pour l'application du droit communautaire. Afin de savoir si une entité a cette qualité, l'arrêt *Beentjes* nous indique les indices à prendre en compte, à savoir le fondement légal de l'existence et du régime de l'entité, la nomination des membres de l'entité par les pouvoirs publics, la garantie des obligations découlant de ses actes et le financement des marchés publics qu'il est chargé d'adjudger¹⁸⁵.

352. Si l'on retrouve dans cette approche des similitudes flagrantes avec la position interne, par exemple l'assimilation à l'État des organes de l'État exerçant les

2004/18, article qui reprend partiellement en le précisant l'article 2-1^o se la directive 93/37) sont soumis à des procédures de passation.

¹⁸³ Les *guides sur les règles applicables aux procédures de passation des marchés publics* sont des documents communautaires d'analyse et d'explication de chacune des directives 92/50, 93/36 et 93/37, au même titre que les instructions d'application prises par le Ministère de l'économie et des finances pour les Codes des marchés publics. Ces guides n'ont officiellement « pas de valeur juridique et ne reflètent pas nécessairement la position officielle de la commission ». Ils ont cependant une valeur doctrinale indéniable, la phrase ci-dessus reproduite et mise en exergue des *Guides* ne visant qu'à éviter que la commission ne soit liée juridiquement.

¹⁸⁴ CJCE Aff. 31/87, *Gebroeders Beentjes B.V. c/ Pays-Bas*, rec. 1988, p. 4635.

¹⁸⁵ Cf. considérant 12 de l'arrêt.

pouvoirs exécutifs, législatifs et judiciaire¹⁸⁶, on ne peut que constater qu'elle apparaît aussi comme bien plus large dans certains hypothèses – c'est notamment le cas d'arrêts qui assimilent les états fédérés ou les collectivités locales¹⁸⁷ à la notion d'État.

Il nous semble qu'à deux égards, cette vision par trop élargie est non seulement inadaptée, mais qu'elle est, de surcroît, fautive en droit des marchés publics. Inadaptée et fautive, elle l'est en considération des directives « marchés publics » mêmes. Si l'on assimile les collectivités locales à l'État, pourquoi l'article 1b) les inclut-il expressément dans les pouvoirs adjudicateurs ? Cette précision apparaîtrait comme surabondante. Plus encore, les indices que pose l'arrêt *Beentjes* pour qualifier « d'État » l'organisme de remembrement apparaissent eux aussi comme partiellement redondants avec la notion d'« organisme de droit public »¹⁸⁸ qui est aussi utilisée pour qualifier une entité de « pouvoir adjudicateur ».

353. Comment alors retrouver une cohérence, non seulement à l'intérieur de la notion d'État en droit communautaire, mais aussi entre les notions internes et européennes ? La solution se trouve vraisemblablement dans une réinterprétation de l'arrêt *Beentjes*¹⁸⁹. Les tenants d'une interprétation large de cet arrêt, ceux qui l'analysent comme une extension de la notion d'État à un grand nombre d'autres entités, oublient l'une des caractéristiques essentielles de l'organisme de remembrement en cause dans l'espèce : son *absence de personnalité morale*. Or c'est bien cette caractéristique qui est au cœur du problème. Si on l'oublie, on en vient à qualifier d'« État » des entités qui ont *déjà* une personnalité morale. Or c'est exactement ce qu'a fait la Cour de justice lorsqu'elle a étonnamment qualifié d'« État » des collectivités locales dans l'arrêt précité. Les critères de l'arrêt *Beentjes* avaient pour objectif de rechercher si l'on pouvait rattacher à la personnalité morale de l'État cette entité qui n'en avait pas. Ils ne cherchaient pas à redéfinir l'État lui-même. L'absence de conséquence juridique de cette confusion – puisque collectivité locale ou État, l'entité est de toute façon pouvoir adjudicateur – n'empêche pas que l'on s'élève contre l'incohérence théorique de la situation.

Si l'on accepte de n'étendre la notion d'État, dans les conditions de l'arrêt *Beentjes*, qu'aux seules entités sans personnalité juridique, la cohérence globale de la notion de pouvoir adjudicateur est retrouvée. Ainsi, les assemblées parlementaires comme les Autorités administratives et indépendantes resteront assimilées à l'État pour la passation

¹⁸⁶ On fait ici référence aux arrêts CJCE 17 septembre 1998 *Commission c/ Royaume de Belgique* aff. C-323/96, rec. 1998 p. I-5063 pour les organes qui exercent les trois pouvoirs et les organes des entités fédérées d'un État fédéral.

¹⁸⁷ Pour les États fédérés CJCE 17 septembre 1998 *Commission c/ Royaume de Belgique* aff. C-323/96, rec. 1998 p. I-5063 précité et, pour les collectivités locales, CJCE du 18 juin 1985 *Steinhauser c/ Ville de Biarritz* Aff. 197/84 rec. p. 1819 (arrêt sur la nécessité pour une commune de respecter les dispositions sur la non-discrimination du Traité de Rome).

¹⁸⁸ Cf. *infra*. Toutefois, si cette remarque est valable pour l'analyse des directives par les *Guides*, elle ne saurait s'appliquer à l'arrêt *Beentjes* qui a été pris le 20 septembre 1988 sur le fondement de la directive 71/305 du Conseil et non sur celui de la directive 93/37, c'est-à-dire à une époque où la notion d'organisme de droit public n'existait pas.

¹⁸⁹ La solution peut être implicitement trouvée dans le *guide [...] des marchés* spécial à la directive « fournitures », même si elle n'est pas étendue dans ce texte aux autres marchés et si la doctrine ne l'a pas reprise.

de leurs marchés publics. À l'inverse, les collectivités locales ou les établissements publics qui remplissaient les conditions de l'arrêt *Beentjes*, tout en étant respectivement des pouvoirs adjudicateurs par nature et des organismes de droit public du fait de leurs propres personnalités morales, conserveront leurs qualifications initiales, sans avoir à recourir inutilement à la personnalité de « l'État »¹⁹⁰.

354. Aux vues de ces différences, on peut conclure que le droit communautaire développe en réalité *deux notions d'État distinctes*. La première a pour vocation de considérer l'État dans sa globalité, y compris ses démembrements – issus de la déconcentration, de la décentralisation ou du fédéralisme – ; la seconde est réservée aux marchés publics, et plus exactement à la notion de pouvoir adjudicateur¹⁹¹. Il s'agit alors de considérer l'État comme la personne morale de droit public qu'il est aussi en droit interne¹⁹², distincte de ses démembrements, mais incluant des entités sans personnalité juridique qui ne peuvent être rattachées aux collectivités décentralisées ou fédérées.

On a donc, dans ces limites, la même notion juridique d'État en droit interne et en droit communautaire pour la qualification de pouvoir adjudicateur, la seule différence qui pourrait apparaître entre les deux serait l'inclusion dans la notion d'État d'une entité sans personnalité morale créée par une seule collectivité locale (par exemple une association non reconnue créée par une commune), mais cette question n'est jamais encore parvenue au contentieux¹⁹³.

¹⁹⁰ Cette position est d'ailleurs validée par la jurisprudence communautaire. En effet, l'arrêt CJCE du 18 juin 1985 *Steinhauser c/ Ville de Biarritz*, Aff. 197/84 rec. p. 1819 qui assimile les collectivités locales à l'État précise bien que cette assimilation vaut « pour l'application du Traité », ce qui laisse entendre que ce n'est pas forcément le cas pour l'application du droit dérivé. Il semble par conséquent possible de dire que l'arrêt *Beentjes* n'assimile pas les collectivités locales à l'État dans le cadre des marchés publics. Il ne vaut que pour les entités *sans personnalité juridique*.

¹⁹¹ En effet, même en droit des marchés publics, la CJCE a parfois recours à la notion large d'État, notamment lorsqu'il s'agit de faire respecter la liberté du marché intérieur. Ainsi, dans un arrêt CJCE 28 mars 1996, *Commission c/ RFA*, Aff. C-318/94 rec. 1996 p. I-1949 dans lequel la Cour refuse l'utilisation par l'Allemagne de la procédure d'urgence (et donc l'absence de publicité communautaire) parce que le retard qui pouvait le fonder était dû à une commission interne qui s'était prononcée au dernier moment lors d'un premier appel d'offres abandonné. Le retard n'était donc pas dû à un « événement imprévisible » comme le voulait la directive. La CJCE considère dans ce cas que le pouvoir adjudicateur et la commission font partie de la même entité « État » au sens large. Cf. les conclusions ELMER point 26.

¹⁹² Remarquons d'ailleurs que la première directive fourniture de 1976 fait référence justement à la notion de personne morale de droit public. Directive du Conseil 77/62/CEE, du 21 décembre 1976, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures (JOCE 1977, L. 13, p. 1), article 1, point b) « sont considérés comme pouvoirs adjudicateurs l'État, les collectivités territoriales et les personnes morales de droit public ou, dans les États membres qui ne connaissent pas cette notion, les entités équivalentes, énumérées à l'annexe 1 »

¹⁹³ La question serait alors de savoir si le droit communautaire assimilerait cette entité à la personnalité morale de la collectivité locale qui l'a créée ou à celle de l'État. Les arrêts existants ne portant pas sur la qualification de pouvoir adjudicateur ne sont pas probants. C'est le cas par exemple de l'arrêt CJCE 22/09/1988 *Commission des communautés européennes c/ Irlande*, Aff. 45-87, rec. 1988 p. 4929 qui rattache à l'État un marché public passé pour le réseau de distribution d'eau par le district de Dundalk mais qui est un arrêt en « manquement » - et qui utilise donc une notion large d'État - et non un arrêt sur la qualification de pouvoir adjudicateur. Sur l'analyse de l'absence de personnalité morale des « associations » de collectivités publiques, cf. *infra* C.

B) Les personnes publiques « organismes de droit public »

355. La notion d'organisme de droit public est certainement une des plus représentatives de l'approche fonctionnelle de la notion de pouvoir adjudicateur. Elle ne regroupe pas seulement des personnes morales de droit public¹⁹⁴, mais également un grand nombre des établissements publics, administratifs et même industriels et commerciaux.

Trois critères sont posés par les directives pour reconnaître un organisme de droit public, la complexité restant de mise puisque le troisième ouvre lui-même une triple possibilité¹⁹⁵. Notons que la Cour de justice a insisté sur le caractère cumulatif de ces conditions¹⁹⁶. Le premier critère est matériel puisqu'il impose que l'organisme soit « *créé pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial* » ; le deuxième est quasi-organique puisque l'organisme doit avoir la personnalité morale ; le dernier étant à la fois matériel et fonctionnel dans la mesure où il regroupe trois cas « d'influence » publique sur les entités en cause, influence susceptible de les faire rentrer dans la « sphère » publique.

1) Le critère de la création « pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général autre qu'industriel et commercial »

356. Le moins que l'on puisse dire est qu'encore une fois le droit communautaire essaye de se rapprocher des qualifications juridiques internes. Comment en effet ne pas penser d'une part à la question du service public à voir l'utilisation du vocable « *intérêt général* », et d'autre part à celle de la différence entre les SPIC et les SPA ou les EPIC et les EPA en voyant apposés les termes industriel et commercial.

357. L'utilisation du vocabulaire français pour « traduire » des notions de droit communautaire – au contenu pourtant différent – est un instrument d'assimilation du droit communautaire dans les droits internes qui n'a pas fait l'objet d'études particulières. Pourtant, elle montre en notre matière une particulière efficacité. Une partie de la complexité des « marchés publics » vient par exemple de l'utilisation de cette qualification aussi bien en droit interne qu'en droit communautaire, alors qu'il ne s'agit pas des mêmes notions juridiques. Cela contraint de droit interne à modifier sa notion, sauf, du fait de l'obligation de transposition, à réduire la lisibilité de son droit. La situation est comparable pour les « *besoins d'intérêt général autres qu'industriel et commercial* ». En effet, l'annexe de la

¹⁹⁴ Pour une analyse des organismes de droit publics - personnes privées, cf. *infra* Section 2

¹⁹⁵ Sur cette question, cf. J.-Y. CHÉROT, « Les organismes de droit public dans les directives "marchés publics". La notion de "besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial". », *BJCP*, n° 4 pp 322-327.

¹⁹⁶ CJCE 15 janvier 1998 *Mannesmann Anlagenbau Austria e.a. / Strobal Rotationsdruck GesmbH*, aff. C-44/96, rec. 1 p. 73 concl. Ph. LÉGER, *CJEG* 1998 p. 239 note Ch. BRÉCHON-MOULÈNES et L. RICHER, point 21 « *Il ressort de cette disposition [l'article 1-b) de la directive 93/37] que les trois conditions qu'elle énonce ont un caractère cumulatif* ». Voir depuis : CJCE 10 octobre 1998, *BFI Holding*, point 29, aff. C-360/96, rec. I-6821 ; CJCE 1^{er} février 2001, *Commission c/ France*, aff. C-237/99, rec. I-939, point 40 ; CJCE 10 mai 2001, *Agora Excelsior*, aff. C-223/99 et C-260/99, rec. I-3605, point 26.

directive Travaux de 1971 présentait une liste des « organismes de droit public » afin de préciser ce que recouvrait, en France, cette qualification. Cette liste, qui excluait de prime abord l'ensemble des EPIC, réservait l'application du droit d'origine communautaire aux EPA, mais elle n'était ni exhaustive ni liante¹⁹⁷. Par ailleurs, la directive prévoyait, comme c'est l'usage, une procédure simple pour sa mise à jour, procédure dans laquelle les instances nationales comme communautaires avaient leur rôle, mais que la commission pouvait modifier unilatéralement.

358. Cette liste initiale évolua peu au fil des années, même si elle fut modifiée deux fois, la première par une décision de 1990¹⁹⁸, la seconde dans l'annexe 1 de la directive 97/52 du 13 octobre 1997¹⁹⁹. Elle est aujourd'hui à l'annexe III de la directive 2004/17 et a été sensiblement réduite, au point que c'est en réalité son caractère non exhaustif qui prime aujourd'hui²⁰⁰. Depuis l'origine, la Cour de justice s'est exprimée de nombreuses fois²⁰¹ sur la consistance de la notion d'organisme de droit public à l'occasion de recours préjudiciels, et seul le caractère « ni exhaustif ni liant » de cette liste a permis qu'elle reste encore en vigueur tant les précisions apportées par ces arrêts sont importantes. Elles portent en fait sur chacun des éléments de la définition : l'existence d'un besoin d'intérêt général autre qu'industriel et commercial (a), la nécessité d'un organisme créé pour satisfaire ce besoin (b) et cela de manière spécifique (c).

a) Le besoin d'intérêt général autre qu'industriel et commercial

359. Trois points sont à préciser pour ce qui concerne la définition des besoins d'intérêt général à caractère autre qu'industriel et commercial²⁰².

¹⁹⁷ C'est ce que disent les conclusions CO LENZ du 12 octobre 1995, point 21, sous CJCE 25 avril 1996 aff. C-87/94 *Commission c/ Belgique*, à propos des « Bus Wallon ». rec. I-2043, mais aussi de nombreux arrêts dont CJCE 10 mai 2001, *Agorà et Excelsior*, aff. C-223/99 et C-260/99, rec. I-3605, pt. 36. Par ailleurs, l'absence de caractère exhaustif apparaît aussi dans le fait qu'aucun établissement public local, même administratif, n'est cité dans cette liste. L'article 1^{er} point 9 de la directive 2004/18 précise expressément que la liste n'est pas exhaustive.

¹⁹⁸ Décision de la commission du 30 juillet 1990. Cette décision a arrêté une nouvelle liste pour chacun des États membres, dont la France.

¹⁹⁹ Directive 97/52 du parlement européen et du conseil, du 13 octobre 1997, *modifiant les directives 92/50/CEE, 93/36/CEE et 93/37/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, des marchés publics de fournitures et des marchés publics de travaux respectivement*.

²⁰⁰ Elle ne comprend par exemple ni les OPAC ni les SA d'HLM alors que l'arrêt C-237/99 du 1^{er} février 2001 les considère expressément comme des pouvoirs adjudicateurs.

²⁰¹ Notamment dans deux principaux arrêts : CJCE 15 janvier 1998 *Mannesmann Anlagenbau Austria e.a. / Strobal Rotationsdruck GesmbH*, aff. C-44/96, rec. 1 p. 73 concl. Ph. LÉGER, *CJEG* 1998 p. 239 note Ch. BRÉCHON-MOULÈNES et L. RICHER ; et quelques mois plus tard dans un arrêt CJCE 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem c/ BFI Holding*, aff. C-360/96, rec. p. I-6821 ; *BJCP* n° 2 p. 155-170, concl. A. LA PERGOLA, note Ch. MAUGÜÉ

²⁰² Ce sont les trois points de la définition telle qu'elle résulte de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004, *relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services*, JOUE L134 du 30 avril 2004, article 1er, paragraphe 9, points a), b) et c)

α) « Besoin » et « service public » industriel et commercial

360. Le premier est la question de savoir si l'on peut assimiler les « besoins autres qu'industriels et commerciaux » du droit communautaire aux « services publics administratifs » du droit interne. Cela revient à se demander si les « besoins autres qu'industriels et commerciaux » sont définis de la même manière que les « services publics industriels et commerciaux ». De prime abord, la question est malvenue. En effet, dans la définition des SPIC, le premier critère est justement la nature du service rendu, du besoin satisfait, mais ce n'est qu'un seul des trois éléments de la définition avec le mode de financement et les modalités d'organisation et de fonctionnement du service²⁰³. La partie ne pouvant s'assimiler au tout, les premiers commentateurs²⁰⁴ avaient naturellement estimé que les deux notions n'étaient pas synonymes. Partant, un service pouvait remplir un besoin « autre qu'industriel et commercial » tout en étant qualifié par la jurisprudence interne de « service public industriel et commercial », par exemple parce que son financement et son organisation rappelaient ceux d'une activité commerciale²⁰⁵. Il s'ensuivait que la prise en compte par l'annexe de la directive des seuls EPA était une erreur de droit qu'il fallait réparer. Cette première analyse rendait impossible l'assimilation entre l'approche française et l'approche communautaire. La jurisprudence de la Cour a quelque peu ébranlé l'approche communautaire dans les arrêts *Mannesmann* et *Arnhem*.

Dans les deux premiers arrêts, les questions posées par les juridictions internes de renvoi portaient notamment sur la façon de définir un « besoin autre qu'industriel et commercial ». Les faits de l'arrêt *Mannesmann* avaient tout d'abord permis de savoir qu'une activité « étroitement liée à l'État », en l'espèce la production de documents officiels par une « imprimerie nationale », faisait partie de ce type de besoins. L'arrêt *Arnhem* est allé plus loin en qualifiant ainsi le ramassage des ordures ménagères. Si, dans le premier cas, on peut difficilement douter que ce service aurait reçu la qualification de SPA, dans le second, la réponse est plus nuancée. Le droit français aurait attentivement regardé les conditions d'exploitation du service et aurait qualifié le service de SPIC ou de SPA en fonction de ces éléments.

²⁰³ Cf. GAJA, 14^e ed. ss TC 22 janvier 1921 *Sté commerciale de l'Ouest Africain*, n° 38 p. 229, spé. n° 3 p. 231 ; concl. P. LAURENT sur CE Ass. 16 novembre 1956 *Union syndicale des industries aéronautiques*, Dalloz 1956 p. 759 ; P. DELVOLVÉ *Droit public de l'économie*, 1998 n° 488 et s. p. 595 et s. ; A de LAUBADÈRE, J.-C. VENEZIA et Y. GAUDEMET *Traité de droit administratif*, 15^e ed. 1999, Tome 1 n° 1171 p. 916 à 918

²⁰⁴ P. VALADOU « La notion de « pouvoir adjudicateur » en matière de marché de travaux », *JCP E (Cahier du droit de l'entreprise)* I. n° 14 p. 33.

²⁰⁵ TC 14 janvier 1980 *Mme Le Crom c/ Commune de Saint-Philibert (Morbihan)*, rec. Tables p. 643 pour la gestion de terrains de camping municipaux qualifiée de SPA en l'absence de modalité de création et de gestion démontrant la volonté de la commune de lui attribuer le caractère de SPIC ; CE 7 mai 1982 *Verdier* rec. Tables p. 565 *idem* en considération des « conditions de son fonctionnement » à propos du service de la distribution d'eau.

361. Mais ces deux arrêts, bien qu'aboutissant à des solutions distinctes de celle du juge interne, n'en utilisent pas moins des méthodes qui ne sont pas sans rappeler le « faisceau d'indices »²⁰⁶ utilisé par le Conseil d'État. Pour autant, la Cour se garde bien alors de poser en principe l'existence d'une série de critères d'identification des « *besoins d'intérêt général autres qu'industriel et commercial* ». Ce n'est qu'à l'analyse que l'on peut remarquer qu'elle regarde tout d'abord si le service était rendu « à titre exclusif », c'est-à-dire s'il s'agit d'un monopole. Puis qu'elle envisageait ensuite les modalités de financement. Ainsi, dans l'arrêt *Mannesmann* le prix est-il fixé et contrôlé par l'administration et dans l'arrêt *Arnhem* l'organisme n'a-t-il pas un but lucratif. La cour regardait enfin les devoirs, les « obligations de service public », qui pèsent sur l'entité, comme c'était le cas de l'obligation d'imprimer les documents officiels, l'obligation de secret ou la soumission à des normes strictes de sécurité qui pesaient sur *Österreichische Staatsdruckerei* dans l'arrêt *Mannesmann*.

362. Dans un second temps, la Cour a officiellement ouvert son appréciation des « besoins » à des éléments externes, faisant sienne la méthode du faisceau d'indices. La Cour estime qu'il faut prendre en compte les deux principaux critères que sont les *circonstances de la création* de l'organisme et les *conditions dans lesquelles il exerce son activité*, sachant que le second critère comprend l'existence ou l'absence de concurrence sur le marché, l'absence d'un but lucratif à titre principal, l'absence de prise en charge des risques liés à cette activité et enfin l'éventuel financement public de l'activité²⁰⁷. On remarquera que cet arrêt reprend pour partie les critères des arrêts *Arnhem* et *Mannesmann* mais qu'il les complète et les organise.

363. Ainsi, dans l'analyse du « besoin » – qui doit être autre qu'industriel et commercial –, le juge communautaire prend en compte les modalités de satisfaction de celui-ci ; de la même manière que le droit français regarde la nature du « besoin » – industriel et commercial ou administratif – dans l'analyse du « service » public. Malgré ce rapprochement net, *l'inadéquation* entre les deux notions persiste pourtant en ce que les critères supplémentaires ne sont pas identiques : l'existence ou l'absence de concurrence sur le marché est un critère communautaire qui n'existe pas en droit interne²⁰⁸, et à

²⁰⁶ Ce rapprochement a aussi été remarqué aux vues d'arrêts récents pas M. KARPENSCHIF, « Définition du pouvoir adjudicateur par la Cour de justice des Communautés européennes », *AJDA*, 2004 pp. 526-533 qui emploie aussi le terme de « faisceau d'indices » pour les critères communautaires (voir. Spé. p. 528, 2^e colonne).

²⁰⁷ Ces critères sont posés par le point 81 de l'arrêt CJCE 16 octobre 2003, *Espagne c/ Commission*, aff. C-283/00 : « que l'existence ou l'absence d'un besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial doit être appréciée en prenant en compte l'ensemble des éléments juridiques et factuels pertinents, tels que les circonstances ayant présidé à la création de l'organisme concerné et les conditions dans lesquelles il exerce son activité, en ce compris, notamment, l'absence de concurrence sur le marché, l'absence d'un but lucratif à titre principal, l'absence de prise en charge des risques liés à cette activité ainsi que le financement public éventuel de l'activité en cause ». Les deux derniers « indices » du faisceau avaient déjà été mis en avant par l'arrêt CJCE 22 mai 2003, *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy, Arkkitehtitoimisto Pentti Toivanen Oy et Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa contre Varkauden Taitotalo Oy.*, aff. C-18/01, *Droit administratif*, août-septembre 2003 comm. n° 167, p. 23 obs. A. MÉNÉMÉNIS

²⁰⁸ Par ailleurs, même en droit communautaire, il ne constitue qu'un critère parmi d'autres qu'il convient de mettre en balance. Ainsi, dans l'arrêt CJCE 22 mai 2003, *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy...* cité note précédente, malgré une forte concurrence sur le marché de l'immobilier d'entreprise,

l'inverse, par exemple, l'organisation du service est un critère interne qui n'existe pas en droit communautaire. Seul le financement du service est un critère commun aux deux sources du droit, mais il n'est pas évident qu'il faille l'interpréter de la même manière, le droit communautaire prenant par ailleurs en compte plus clairement que ne le fait le droit interne le risque économique.

β) Besoin industriel et commercial et activité d'une entreprise commerciale

364. Le deuxième point à préciser est la non-assimilation du besoin industriel et commercial avec l'activité d'une entreprise commerciale. L'arrêt *Arnhem* est sans ambiguïté à ce sujet²⁰⁹. La raison du refus de cette simplification est double : d'une part, le juge aurait bien du mal à trouver une activité qui ne puisse pas être exercée par une entreprise privée, ce critère aurait donc pour effet de réduire comme une peau de chagrin la catégorie des entités satisfaisant des besoins « autres qu'industriels et commerciaux », donc celle des organismes de droit public. D'autre part, on vient de le voir, l'appréciation du caractère « industriel et commercial » prend en compte bien d'autres critères que celui de la simple activité, il est aussi fonction de la façon dont elle est exercée.

γ) Un caractère propre aux « besoins »

365. Le troisième et dernier point à préciser est issu des deux arrêts *Mannesmann*²¹⁰ et *Arnhem*²¹¹. Ces derniers confirment que le caractère industriel et commercial est celui du besoin d'intérêt général et qu'il ne constitue pas – comme certains l'avançaient – le critère pour distinguer un besoin d'intérêt général d'un besoin « privé ». Il ne saurait même en réalité s'assimiler à la notion « d'intérêt général » que l'on rencontre en droit interne, la Cour ayant pris soin de préciser qu'il convient de donner à la notion de besoin d'intérêt général, « une interprétation autonome et uniforme dans toute la Communauté »²¹². Le besoin lui-même précisé, restait à donner des éclaircissements sur le fait que l'organisme soit « créé pour » la satisfaction de ce besoin.

l'entité satisfait bien un « besoin d'intérêt général autre qu'industriel et commercial » dans la mesure où l'objectif principal qui lui est assigné est de « promouvoir prioritairement l'intérêt général des habitants de la collectivité territoriale concernée » (spé. pt. 54) et qu'elle est détenue et gérée par la collectivité finlandaise.

²⁰⁹ Deuxièmement du dispositif et points 38 à 53 des motifs pour l'arrêt CJCE 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem c/ BFI Holding*, aff. C-360/96, rec. p. I-6821 ; *BJCP*, n° 2 p. 155-170, concl. A. LA PERGOLA, note C. MAUGÜÉ,

²¹⁰ Points 22 à 24

²¹¹ Points 31 à 36

²¹² Cf. CJCE 27 février 2003, *Adolf Truley GmbH contre Bestattung Wien GmbH*, Aff. C-373/00, rec. I-1931, *AJDA*, 2003, p. 1228, note J.-D. DREYFUS ; *Droit administratif*, juin 2003, comm. n° 124 par A. MÉNÉMÉNIS, point 36.

b) L'organisme doit être créé pour satisfaire le besoin

366. Le deuxième élément de la définition précisé par les arrêts est le « *créé pour* ». Le critère pris en compte n'est en effet pas seulement le besoin en lui-même mais le fait que l'entité ait été *créée* pour ce besoin autre qu'industriel et commercial. C'est donc la volonté du législateur ou de l'autorité réglementaire qu'il faut prendre en compte. Dans l'arrêt *Mannesmann*, l'imprimerie avait été *créée* pour remplir sa mission de publication de documents officiels, dans l'arrêt *Arnhem*, la société ARA avait été *créée* par plusieurs communes pour remplir la fonction de collecte et traitement des ordures ménagères sur leurs territoires.

Ce critère ouvre pourtant la réflexion sur la modification des missions des entités en cause. Deux cas sont à envisager : le premier est celui dans lequel l'entité *créée* pour satisfaire à des besoins « *autres qu'industriels et commerciaux* » obtient des activités commerciales, le second, à l'inverse, porte sur l'octroi de mission « *autres qu'industrielles et commerciales* » à une entité au départ industrielle et commerciale.

367. La première hypothèse est celle de l'arrêt *Universale Bau*²¹³ de la Cour de justice. À la suite d'une question préjudicielle d'une juridiction autrichienne, la Cour devait estimer si un organisme dont les tâches n'avaient initialement pas de caractère industriel et commercial, mais qui en vient à prendre en charge des besoins de caractère industriel et commercial, devait être considéré comme un pouvoir adjudicateur au sens des directives. Sa réponse fut positive, ce qui tend à penser que le terme « *créé* » de l'article 1^{er}, 9)-a de la directive 2004/18 est utilisé au sens strict.

368. La seconde hypothèse est celle de l'existence d'une entité à laquelle on aurait donné des missions « *autres qu'industrielles et commerciales* » *postérieurement* à sa création, alors qu'elle était essentiellement commerciale *auparavant*. Ainsi pourrait-il en être d'une société industrielle ayant son propre mécanisme de traitement des ordures. Cette société faisant faillite, le service de retraitement pourrait être repris et transformé en société d'économie mixte par deux communes et leurs partenaires. Deux solutions s'ouvriraient alors, soit considérer que cette société a de *nouveau été* « *créée* » par les personnes publiques, ce qui lui donnerait la possibilité d'être un organisme de droit public ; soit considérer qu'elle *n'a pas été créée* dans ce but et la lui refuser. Il faut bien avouer que la seconde solution semble mal adaptée à l'approche fonctionnelle et extensive du droit communautaire²¹⁴, même la solution de l'arrêt *Universale Bau* laisse penser à une interprétation stricte du texte.

²¹³ CJCE 12 décembre 2002, *Universale Bau AG, Bietergemeinschaft : 1) Hinteregger & Söhne Bauges.m.b.H Saltzburg*, 2) *Öststettin Hoch- und -Tiefbau GmbH c/ Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH* ; aff. C-470/99 ; points 91 et 92, rec 2002, p. I-11617 ; BJCP 2002, p. 196, concl. S. ALBER et obs. PH. TERNEYRE ; DA 2003, comm. 34, note A. MÉNÉMÉNIS ; ACCP n° 20/2003, p. 63, comm. E. FATÔME et L. RICHER ; AJDA 2003, p. 623, note T. GLIOZZO (mais uniquement sur la pondération des critères, pas sur ce point) ; *Contrats et marchés publics* 2003, comm. 49 et 51, note G. ECKERT ; *Europe* 2003, comm. 59 et 60, note D. RITLENG.

²¹⁴ Dans une note en bas de page de ses conclusions sous *Arnhem*, l'avocat général A. LA PERGOLA précise que « *l'expression [...] doit être interprétée de manière dynamique. Les finalités indiquées à l'origine dans l'acte constitutif de l'organisme doivent en effet être rapportées à la situation actuelle et aux objectifs que l'organisme poursuit concrètement, tels que ceux indiqués dans l'objet social [...]* »

c) l'adverbe « spécifiquement »

369. Le troisième élément précisé est justement ce « spécifiquement ». Vocabulaire inhabituel, on a pu penser qu'il signifiait peu ou prou « organisme créé *a titre principal* pour satisfaire un besoin autre qu'industriel et commercial » ou qu'il n'avait pour fonction que de renforcer l'importance du critère de la volonté du créateur de l'organisme. Or tel n'a pas été l'interprétation des arrêts *Mannesmann* et *Arnhem* qui précisent tous deux que la part de « service autre qu'industriel et commercial » dans l'activité de l'entité n'a pas d'influence sur sa qualité d'organisme de droit public. Ainsi, dans l'arrêt *Mannesmann*, l'activité « documents officiels » de l'imprimerie ne représentait-elle que dix pour cent de son activité totale. L'ensemble fut pourtant qualifié d'organisme de droit public. Cette qualification en fonction d'une activité minoritaire pourrait paraître étonnante au regard du recours fréquent du droit communautaire à l'analyse économique du droit. Mais cette analyse est utilisée par la Cour lorsqu'elle permet un développement de l'application du droit communautaire. Jamais lorsqu'elle permet de contourner son application et porter atteinte à une approche téléologique de ses règles.

Afin de limiter l'importance de l'application des directives et de leurs procédures de passation, on aurait pu penser à diviser fonctionnellement l'entité. Pour cela, on aurait pu distinguer entre les activités « autres qu'industrielles et commerciales », soumises aux directives, et les activités « industrielles et commerciales », soumises au jeu de la concurrence non organisée. Cependant, l'arrêt *Mannesmann* précise que le principe de la sécurité juridique qui « exige qu'une règle communautaire soit claire et son application prévisible pour tous ceux qui sont concernés »²¹⁵ exclut que l'application de la directive varie « en fonction de la part relative [...] de l'activité exercée en vue de satisfaire des besoins ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial »²¹⁶.

Le critère d'une création de l'entité en vue de satisfaire spécifiquement un besoin ayant une nature autre qu'industrielle et commerciale ayant été précisé par la Cour de justice, le deuxième point qu'il fallait déterminer était la qualité de personne morale de l'entité.

2) le critère de la personnalité morale

370. Le critère de la personnalité morale paraît relativement simple à appréhender, il nécessite pourtant deux précisions.

371. La première précision porte sur la similitude entre l'approche communautaire et l'approche interne qui préexistait aux traités de Rome, c'est-à-dire la

²¹⁵ La reconnaissance de ce principe en droit communautaire paraît contradictoire avec l'existence du recours de l'article 234 (ex 177) du Traité qui vise justement à éclairer le juge national sur un doute quant au sens d'une disposition communautaire, ce qui tend à prouver qu'elles ne sont pas toutes claires et prévisibles *ab initio*.

²¹⁶ Arrêt CJCE 15 janvier 1998 *Mannesmann Anlagenbau Austria e.a. / Strobal Rotationsdruck GesmbH*, aff. C-44/96, rec. 1 p. 73 concl. Ph. LÉGER, *CJEG*, 1998, p. 239, note Ch. BRÉCHON-MOULÈNES et L. RICHER, points n° 32 à 34.

référence à des personnes morales et non à des entités déterminées de façon nouvelle. Il découle de cette référence à la « personnalité juridique » que le droit communautaire entend s'appliquer de façon très générale, au-delà des différences internes entre les personnes juridiques, et notamment pour ce qui concerne le droit français de la différence entre personne de droit privé et personne de droit public.

372. La seconde précision est liée à la première. C'est en effet au droit interne et non au droit communautaire de déterminer quels peuvent être les sujets de ces droits²¹⁷. Cette remarque qui peut sembler importante pour la cohérence des droits nationaux trouve pourtant une limite dans les analyses que nous avons faites à propos des entités sans personnalité morale²¹⁸. En effet, aussi bien en droit français qu'en droit communautaire, ces dernières sont rattachées à la personnalité juridique de l'État²¹⁹. L'exigence ainsi imposée perd une grande partie de son intérêt puisqu'une entité dépourvue de personnalité morale va pouvoir être soumise aux procédures de passation, tout simplement par un rattachement à une personne publique qui, elle, aura la personnalité morale. Au fond, les entités sans personnalité morale propre se voient souvent accorder celle de la personne publique qui les a créées ou qui les finance²²⁰. Il semble donc que ce critère n'en soit au fond pas un, la recherche de la personnalité morale de l'entité ayant pour objet de savoir quelles procédures vont être appliquées, et non si une procédure est applicable.

3) le critère de « la sphère publique »

373. Outre la référence à la satisfaction d'un besoin autre qu'industriel et commercial et à l'existence d'une personnalité juridique, le droit communautaire utilise un autre critère multiforme que nous appellerons de la « sphère publique²²¹ ». Le caractère pragmatique du droit communautaire se retrouve spécialement dans ce critère, chacune de ses trois branches vise en effet à reconnaître dans une « personne morale ayant

²¹⁷ Ainsi, par exemple, la reconnaissance de *régies locales personnalisées* pouvant avoir des missions de service public *administratif* (depuis la loi 93-122 du 29 janvier 1993 art 74, devenue sur ce point l'article L. 2221-2 du CGCT) ouvre la possibilité d'avoir une personne morale remplissant les autres conditions de l'organisme de droit public et notamment (ce dont on pouvait douter auparavant) la création dans le but de gérer une activité ayant un caractère autre qu'industriel et commercial. Notons que le décret n° 2001-184 du 23 février 2001 crée des dispositions spécifiques pour ces régies dotées de la personnalité morale et gérant une activité administrative.

²¹⁸ Cf. *infra* à propos des personnes publiques qui sont des pouvoirs adjudicateurs par nature, en A).

²¹⁹ Ou à la collectivité territoriale quand l'entité a été créée par une commune, un département ou une région, mais comme nous l'avons dit la jurisprudence communautaire n'existe pas sur ce point.

²²⁰ Il en est par exemple ainsi des régies communales qui, même lorsqu'elles sont dotées de l'autonomie financière « bénéficient » de la personnalité morale de la commune et passent les marchés publics dans les conditions imposées à leur commune de rattachement.

²²¹ Le terme est aussi utilisé à titre incident dans le *Droit des marchés publics*, ed. du *Moniteur* fasc. II.510.2/3 pour nommer cet ensemble de trois critères. L'arrêt CJCE 1^{er} février 2001 *Commission des communautés européennes c/ République française* Aff. C-237/99, rec. 2001 p. I-939 les regroupent en parlant d'entités « *dépendant étroitement de l'État, des collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public* ». (point 39)

un caractère autre qu'industriel et commercial » une entité liée fonctionnellement à une personne publique.

α) Le critère du financement majoritaire

374. La première branche est la condition que « l'activité [soit] financée majoritairement par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public. » Ce critère n'est pas sans rappeler la première fonction des réglementations sur les marchés publics, à savoir la défense des deniers publics. Il s'agit en effet de rationaliser les achats des entités susceptibles de dépenser l'argent public, soit qu'elles bénéficient d'aides, soit qu'elles constituent des démembrements des personnes « publiques » dont la création avait pour objectif de faciliter – ou cacher – l'utilisation de cet argent. Le critère économique vient ici réintégrer l'argent public dans la sphère publique. Trois points ont dû être précisés pour l'appréciation du terme de « financement ».

Le premier concerne la différence qu'il faut faire entre le financement et les aides. Ainsi, quand ces dernières prennent une forme pécuniaire – subventions, prêts, participation au capital – elles sont assimilables à un financement. En revanche, les aides indirectes – comme des locations ou des ventes dans des conditions favorables, ou encore des cautionnements ou garanties d'emprunt – ne sont pas des financements.

Le deuxième est que la possibilité pour une entité de prélever des taxes fiscales ou parafiscales devrait normalement s'assimiler à un financement « par l'État ». C'est du moins ce que laisse entendre la Cour de Justice dans un arrêt qui concernait l'application du Traité²²² et que *mutatis mutandis* on pourrait voir appliqué en matière d'organisme de droit public.

Le troisième point à préciser concerne le fait que le financement public doit être majoritaire. Dans un arrêt de 2000 à propos de l'Université de Cambridge²²³, la Cour de justice a précisé non seulement que les contrats de prestation de service entre l'entité et des pouvoirs adjudicateurs ne s'assimilent pas à un financement, mais en plus que l'évaluation du caractère « majoritaire » du financement devait se faire « sur une base annuelle et l'exercice budgétaire au cours duquel la passation d'un marché déterminé est lancée [fût-il] prévisionnel ».

β) Le critère du contrôle de la gestion de l'entité

375. La seconde branche de la définition suppose le recours au critère de la soumission au contrôle de l'État, des collectivités territoriales ou des organismes de droit public de la gestion de l'entité. Les précisions communautaires à ce sujet sont issues d'un

²²² Il s'agit de l'arrêt CJCE 25 juin 1970 *France c/ Commission*, Aff. 47/69, rec. p. 487, concl. K. ROEMER à propos des articles 92, 93 et 95 du Traité

²²³ CJCE 3 octobre 2000 *The Queen et HM Treasury, ex parte University of Cambridge*, Aff. C-360/98, rec. 2000 p. I-8035, Concl. Siegbert ALBER.

arrêt relatif à la situation des OPAC et des SA d'HLM français. Dans un arrêt de 2001²²⁴, la CJCE a en effet considéré que la surveillance, par les autorités administratives, de l'application des clauses types incluses dans les statuts des SA de HLM ainsi que les pouvoirs de dissolution, de nomination de liquidateur ou de suspension des dirigeants s'assimilaient à une soumission de ces entités à d'autres pouvoirs adjudicateurs. Partant, elles étaient elles aussi des organismes de droit public.

γ) Le critère du contrôle de l'entité

376. Enfin, la troisième branche consiste en l'utilisation du critère du contrôle de l'entité par l'État, les collectivités territoriales ou d'autres organismes de droit public du fait que « *l'organe d'administration, de direction ou de surveillance est composé de membres dont plus de la moitié est désignée* » par eux. Sur ce point, la directive est précise, elle se fonde sur un critère objectif, quantitatif, évitant, ce faisant, les débats concernant la prise de contrôle financière de l'entité. Cet écueil avait par exemple été celui de la loi du 7 juillet 1983 sur les Sociétés d'économie mixte locales dont le critère était, soit de détenir la majorité du capital, soit de détenir la majorité des voix de l'organe délibérant. Pourtant, si l'on analyse cette « branche » au regard de celle exposée ci-dessus, on retrouve bien la « double définition » des SEML. Néanmoins, on constate alors que le droit communautaire est plus souple puisque le critère du « *contrôle* » des directives « *marchés publics* » est plus large que celui de la « *majorité des voix de l'organe délibérant* » de la loi sur les SEML. Cette différence évite les difficultés rencontrées dans la pratique de la loi sur les SEML²²⁵, mais elle ne cache pas que l'essentiel des « organismes de droit public » qui seront qualifiés comme tel parce la moitié des membres sont désignés par un pouvoir adjudicateur rempliront aussi le critère du contrôle.

C) L'association de pouvoirs adjudicateurs

377. La qualification d'une entité comme « *pouvoir adjudicateur* » en référence au fait qu'elle est « *une association de pouvoirs adjudicateur* » montre une nouvelle fois, si cela était nécessaire, que le droit communautaire ne veut pas laisser limiter son influence par des constructions institutionnelles internes. Lorsqu'une entité ne rentre pas dans les autres branches de la définition, il faut en effet examiner si elle ne constitue pas en réalité une « association » de collectivités publiques ou d'autres organismes de droit public²²⁶.

²²⁴ CJCE 1^{er} février 2001 *Commission des communautés européennes c/ République française* Aff. C-237/99, rec. 2001 p. I-939

²²⁵ Difficultés dont on retrouve un exemple probant dans l'arrêt CE 7 juin 1995 *M. Lagourgue et autres.* M. DENIS-LINTON, *CJEG* octobre 1995, n° 514 p. 371-375 ; C. DEVÈS, *Revue française de la décentralisation*, n° 2, 1^{er} novembre 1995 p. 216-218

²²⁶ Le terme d'association est ici à prendre dans son sens le plus large et non comme celui de la loi du 1^{er} juillet 1901 *relative au contrat d'association*

Cette notion a été précisée par les conclusions de l'avocat général A. LA PERGOLA sur l'arrêt *Arnhem*²²⁷ à l'occasion d'un moyen présenté par la France pour qualifier l'entreprise en cause d'association de collectivités publiques et la soumettre ce-faisant aux procédures de passation. La position défendue dans ces conclusions est à la fois logique dans son fondement et, nous semble-t-il, illogique dans ses conséquences. Leur auteur précise qu'à son sens, une entité qui remplit les conditions de l'organisme de droit public ne peut pas être dans le même temps une association de collectivités. Il faut, selon ses termes (point 40) « *exclure tout chevauchement entre les deux catégories susmentionnées. Le législateur communautaire a, en effet, aussi voulu soumettre à une réglementation sur les marchés ces phénomènes associatifs publics qui donnent naissance à des entités qui, même si elles ne sont pas dotées d'une personnalité juridique propre, font pleinement partie des formes de coopération ou d'organisation des pouvoirs publics visés par la directive. [...] Il convient en outre d'ajouter que ces entités, pour rentrer dans la catégorie susmentionnée, doivent à notre avis ne pas avoir de but lucratif.* » La conclusion logique de ceci, que tire l'avocat général au point 41 de ses conclusions, est que « *la catégorie des associations a donc une fonction résiduelle* » mais il va aussi plus loin et précise « *[qu']elle concerne en définitive toutes les formes de coopération publique qui, comme nous le disions plus haut, donnent naissance à des entités non dotées de la personnalité juridique²²⁸, mais qui ne sont toutefois pas des collectivités locales ou territoriales, et ne relèvent par ailleurs pas non plus de la notion d'organisme de droit public.* »

378. La première conséquence que tire l'avocat général de son analyse est particulièrement convaincante : nul n'est besoin qu'un pouvoir adjudicateur soit qualifié à la fois, par exemple, d'organisme de droit public et d'association de collectivités publiques. Cette situation que l'on pourrait rencontrer en France avec les établissements publics de coopération intercommunale serait source de confusions inutiles alors qu'une des qualifications suffit de toute façon à remplir le critère organique des directives.

379. En revanche, la deuxième partie de son analyse nous paraît ne pas prendre en compte l'ensemble des paramètres nécessaires. Pour l'avocat général, la conséquence du caractère résiduel des « associations de pouvoir adjudicateur » est la nécessité que les entités en cause n'aient pas la personnalité morale. Cette solution part de la constatation que l'ensemble des pouvoirs adjudicateurs par nature et organismes de droit public ont la personnalité morale et que donc, *a contrario*, la catégorie résiduelle ne saurait avoir de personnalité morale. Ce que nous remettons en cause ici est la complétude de son analyse *a contrario*.

Si la catégorie est résiduelle, il faut que « *l'association d'organismes de droit public* » remplisse non seulement le critère qu'elle impose, c'est-à-dire la nécessité que l'entité soit une association de collectivités publiques ou d'autres organismes de droit public, mais aussi qu'elle ne rentre pas dans les cas précédemment développés. Ainsi, l'entité en cause ne doit être ni l'État ni une autre collectivité territoriale qui sont des pouvoirs adjudicateurs « *par nature* » ; mais elle ne doit pas non plus être un organisme de droit

²²⁷ Conclusions Antonio LA PERGOLA, avocat général sur CJCE 10 novembre 1998 *Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden c/ BFI Holding BV*, C-360/96 ; BJCP n° 2 pp. 155-164, spé. points 40 à 44 pp. 162-163

²²⁸ C'est nous qui insistons sur ces mots.

public, ce qui veut dire, comme les critères de l'organisme de droit public sont *cumulatifs*, que l'entité peut ne remplir que deux, un ou aucun des trois critères de l'organisme de droit public, cela suffisant en effet à conclure qu'elle n'en est pas un. Pour revenir au raisonnement de l'avocat général, les « associations » comprennent en effet notamment les entités n'ayant pas la personnalité morale ; mais il existe aussi des cas que ne prend pas en compte l'avocat général dans lesquels l'entité sera une association de pouvoirs adjudicateurs, aura la personnalité morale, mais ne remplira pas au moins l'un des deux autres critères de l'organisme de droit public. On trouvera ce type de cas par exemple si l'entité est une association de pouvoirs adjudicateurs qui a une activité industrielle et commerciale, si elle n'a pas été créée spécifiquement pour une activité autre qu'industrielle et commerciale ou – cas plus difficile à concevoir – si elle ne remplit pas au moins un des critères de la « sphère publique ». Il semble donc que le critère de l'absence de personnalité morale ne soit pas un critère obligatoire de la qualification d'association de pouvoirs adjudicateurs.

380. Seuls l'État, les collectivités locales et les organismes de droit public sont visés par le texte comme parties à ces associations. La question qui peut se poser concerne les entités regroupant ces personnes lorsqu'elles sont associées à des personnes privées n'ayant pas la qualité d'organismes de droit public. Ces « personnes mixtes » pourraient être considérées comme des pouvoirs adjudicateurs si elles remplissaient les autres conditions, au premier rang desquels l'activité autre qu'industrielle et commerciale. On peut ainsi concrètement imaginer une entité regroupant des communes, leurs établissements publics et des associations d'usager du service public (qui serait le plus souvent administratif). Si *a priori* l'approche finaliste du droit communautaire peut faire penser que l'on devrait qualifier ces entités d'« association » et les soumettre aux directives communautaires, cette position n'est pas acquise. À considérer le seul texte, on peut aussi envisager que la Cour de justice puisse limiter l'application des directives aux groupements ne comprenant que des pouvoirs adjudicateurs. Le droit français transposant la directive n'est pas non plus tout à fait clair sur ce point²²⁹, même s'il penche dans le sens de l'application des procédures aux seules associations regroupant des pouvoirs adjudicateurs.

Cette vision finaliste du droit communautaire trouve pourtant une limite. Alors que c'est l'action administrative – et ses deniers – qui sont visés par les procédures de passation communautaires, il semble clairement exclu que les associations locales regroupant des élus, même chargées d'une mission de service public, soient des « associations » de pouvoirs adjudicateurs. Le critère est en effet que les membres de ces « associations » regroupent les personnes publiques elles-mêmes et non les membres de celles-ci²³⁰.

²²⁹ Pour ce qui est par exemple des groupements de droits privés, la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991, article 9, point a) ne vise que ceux formés *entre les collectivités publiques*.

²³⁰ Sauf bien entendu lorsque ces membres agissent au nom des personnes publiques, auquel cas ce sont bien les personnes publiques qui sont membres de l'association.

D) Les entités adjudicatrices

381. Il est apparu lors des discussions à propos des premières directives que certaines activités devaient être exclues de leurs champs d'application pour des raisons qui tenaient soit aux conditions d'exploitation du service, notamment à la nécessité d'un réseau pour fournir la prestation, soit aux liens particuliers qu'avait cette activité avec l'État. Ces secteurs « exclus » au départ ont été réglementés une vingtaine d'années plus tard dans une autre directive qui leur était spécialement dédiée, situation particulière qui n'a pas été remise en cause en 2004²³¹. De cette origine, il résulte que le critère organique n'est que le deuxième critère d'application des procédures de mise en concurrence, le premier étant l'obligation de vérifier que l'entité en cause agit bien dans le cadre d'un des « secteurs spéciaux ». Ces derniers ne sont pas définis systématiquement mais au cas par cas aux articles 3 à 7 de la directive 2004/17, et l'analyse nous montre qu'il s'agit des secteurs dans lesquels l'activité économique s'effectue essentiellement autour de réseaux ou de contraintes géographiques qui gênent le jeu normal de la concurrence²³². Comme le titre de la Directive le laisse entendre, ils sont aujourd'hui regroupés en quatre grands domaines : eau, énergie, transports et services postaux²³³. Parmi ces quatre domaines, certaines activités devraient être encore exclues du champ d'application de la directive dans les années à venir dans la mesure où la concurrence devrait s'y développer et que la soumission à des procédures de passation ne devrait plus paraître nécessaire. Il en est par exemple ainsi des marchés du gaz et de l'électricité qui deviennent concurrentiels, ce qui, en application de la vision libérale de la commission, rend caduque la soumission à des

²³¹ La directive 93/38/CEE du Conseil du 14 juin 1993 *portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications*, JOCE n° L. 199 du 9 août 1993, première directive « secteurs spéciaux » a été remplacée par la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 *portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux*, JOUE L. 134 du 30 avril 2004

²³² Les articles 3 à 7 développent les différents types de services : *Gaz, chaleur et électricité* à l'article 3 ; *Eau* à l'article 4 ; *Services de transports* à l'article 5 ; *Services postaux* à l'article 6 ; et *Dispositions concernant l'exploration et l'extraction du pétrole, du gaz, du charbon et d'autres combustibles solides ainsi que les ports et les aéroports* à l'article 7. Dans la directive 93/38, les services en causes étaient présentés sous forme de liste à l'article 2 point 2 : « *Les activités relevant du champ d'application de la présente directive sont les suivantes : a) la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux fixes destinés à fournir un service au public dans le domaine de la production, du transport ou de la distribution: i) d'eau potable ou ii) d'électricité ou iii) de gaz ou de chaleur ou l'alimentation de ces réseaux en eau potable, en électricité, en gaz ou en chaleur; b) l'exploitation d'une aire géographique dans le but: i) de prospecter ou d'extraire du pétrole, du gaz, du charbon ou d'autres combustibles solides ou ii) de mettre à la disposition des transporteurs aériens, maritimes ou fluviaux, des aéroports, des ports maritimes ou intérieurs ou d'autres terminaux de transport; c) l'exploitation de réseaux destinés à fournir un service au public dans le domaine du transport par chemin de fer, systèmes automatiques, tramway, trolleybus ou autobus ou câble. En ce qui concerne les services de transport, il est considéré qu'un réseau existe lorsque le service est fourni dans les conditions déterminées par une autorité compétente d'un État membre, telles que les conditions relatives aux itinéraires à suivre, à la capacité de transport disponible ou à la fréquence du service; d) la mise à disposition ou l'exploitation de réseaux publics de télécommunications ou la fourniture d'un ou de plusieurs services publics de télécommunications.* »

²³³ On notera une modification du champ d'application de la directive 2004/17 par rapport à la directive 93/38, cette dernière portant en dernier lieu sur les « télécommunications » et non, comme aujourd'hui, sur les « services postaux ». La raison en est bien entendu la constatation que le marché des services de télécommunication sont effectivement libérées entre temps.

procédures de mise en concurrence²³⁴ puisque le marché est soumis à une régulation naturelle.

Le critère organique lui-même est défini de manière relativement disparate. La raison en est que, plus encore que pour les pouvoirs adjudicateurs, le législateur communautaire s'est fondé sur une approche économique. C'est ainsi que la distinction interne entre personnes de droit public ou de droit privé a encore moins d'importance, et que les personnes visées par le Code des marchés publics ne sont qu'une partie réduite des entités adjudicatrices.

Les entités adjudicatrices sont divisées en trois catégories de personnes qui sont soumises, pour des raisons différentes, au même régime juridique. Ce dernier a pour principale caractéristique d'être plus souple que celui applicable dans les secteurs classiques. La conséquence de ces deux spécificités est que, pour les personnes qui sont aussi des pouvoirs adjudicateurs, le fait d'agir dans les secteurs spéciaux *simplifie* les procédures, alors que pour les personnes – privées – qui sont d'habitude libres de passer les marchés, cela leur crée des *contraintes*²³⁵.

1) *Les pouvoirs adjudicateurs*

381. La première catégorie est celle des « pouvoirs adjudicateurs ». La directive « secteurs spéciaux » fait appel à la qualification de la directive « secteurs classiques »²³⁶. On peut exprimer sur ce point un soulagement certain en examinant la directive 2004/17 par rapport à la directive 93/38. Cette dernière n'utilisait en effet pas la qualification de pouvoirs adjudicateurs mais celle de « *pouvoirs publics* ». Ce terme était très contestable dans ce cas puisque sa définition recouvrait exactement celle des *pouvoirs adjudicateurs* des secteurs classiques²³⁷. On pouvait alors se demander l'utilité de donner une nouvelle qualification juridique à une catégorie déjà définie de la même manière. Peut-être s'agissait-il alors d'une autre expression des difficultés que peuvent soulever les qualifications juridiques communautaires lorsqu'elles « traduisent » des réalités internes. Comme pour le terme de « marché public » dont nous avons dit qu'il n'a pas le même sens en droit interne et en droit communautaire ce qui porte atteinte à la lisibilité du droit et à la rigueur juridique, on avait ici – mais inversé – le même problème : pour une seule catégorie de personnes, le droit communautaire imposait les deux qualifications juridiques de « *pouvoir public* » et « *pouvoir adjudicateur* ». Cette confusion n'était de surcroît pas seulement un problème purement sémantique, elle était source de confusions importantes dans la mesure où le

²³⁴ Notons que le formalisme de passation des marchés dans les secteurs classiques est différent que celui dans les secteurs spéciaux, ce dernier étant allégé par rapport au premier. Cette différence est transposée aux articles 83 et 84 du Code des marchés publics actuel.

²³⁵ Même s'il est vrai que les grandes entreprises en question se soumettent de toute façon à des procédures d'achat internes.

²³⁶ L'article 2 1^o a) de la directive 2004/17 définissant les pouvoirs adjudicateurs reprend de façon identique le texte de l'article 1 9^o de la directive 2004/18.

²³⁷ Il suffit pour s'en convaincre de comparer les articles 1^{er}, 1) de la directive 93/38 et 1^{er} b) de la directive 93/37

terme de « pouvoir public » était aussi présent dans la définition des « entreprises publiques ».

2) Les entreprises publiques

382. Les définitions internes et communautaires (a) ont des différences qui conduisent à des difficultés (b).

a) Des définitions interne et communautaire différentes

383. La seconde catégorie de personnes qualifiées d'entités adjudicatrices, celle des *entreprises publiques*, est sujette à plus de difficultés que celle de *pouvoir adjudicateur*. Il suffit pour s'en convaincre de constater que cette qualification existait déjà en droit interne et en droit communautaire et qu'elle n'avait pas toujours le même sens que celui retenu par cette directive.

384. En droit interne, cette diversité est mise en avant non seulement par les manuels et traités de la doctrine²³⁸ mais aussi par des articles du professeur P. DELVOLVÉ parus en 1970 et 1994²³⁹. Pour ne donner qu'un aperçu de cette diversité on peut classiquement rappeler que peuvent être entreprises publiques aussi bien des EPIC que des sociétés par action ayant une forme issue du droit privé, mais plus encore insister sur la diversité des critères pris en compte pour ces dernières. On peut ainsi noter la différence entre la notion d'entreprise publique posée par la loi de 1976 développant le contrôle des comptes des entreprises publiques²⁴⁰ et celle posée en 1983 par la loi relative à la démocratisation du secteur public²⁴¹. La première est en effet spécialement large puisqu'elle prend en compte un critère organique mais aussi trois autres critères²⁴² alors que la seconde se fonde uniquement sur la propriété publique de la majorité du capital.

385. Le droit communautaire pose aussi un certain nombre de problèmes, non seulement parce que sa définition des entreprises publiques est, elle aussi, différente selon les matières qu'il gère ; mais encore parce que cette définition pose des problèmes d'interprétation.

²³⁸ Le professeur J.-P. COLSON intitule l'un des chapitres de son manuel *Droit public économique*, Paris, LGDJ coll. Manuel, 3^e ed. 2001 n° 261 « l'introuvable notion juridique d'entreprise publique » et le professeur P. DELVOLVÉ parle pour sa part de l'« origine et ambiguïté de la formule des entreprises publiques », in *Droit public de l'économie*, Paris, Dalloz ed. coll. Précis, 1998 n° 533. On peut aussi penser à l'article de M. DURUPTY « existe-t-il un critère de l'entreprise publique », *Revue administrative*, 1984 p. 7

²³⁹ P. DELVOLVÉ *Les marchés des entreprises publiques*, RDP 1970 pp. 1287-1352 et CJEG juin 1994 spécial n°500 p. 269 avec tiré à part pour rectification d'erreur de l'éditeur.

²⁴⁰ Article 7 de la loi n° 76-539 du 22 juin 1976 *loi de finances rectificative pour 1976*, J.O. 23 juin 1976

²⁴¹ Loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 *relative à la démocratisation du secteur public*

²⁴² Ces trois critères sont de manière classique la détention de majorité du capital de l'entreprise – directement par l'Etat ou par une autre entreprise publique – mais aussi, ce qui nous rapproche singulièrement du droit communautaire, la détention de la majorité des voix dans les organes délibérants, ou la possibilité pour les actionnaires publics d'exercer un pouvoir prépondérant de décision ou de gestion, même en tant qu'actionnaires minoritaires.

À l'origine, la définition des « entreprises publiques » telle qu'on la trouvait dans la directive 93/38 n'était que la reprise de la définition issue de la directive du 25 juin 1980 *relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques*²⁴³. Au terme de ces textes, sont entreprises publiques « toute entreprise sur laquelle les pouvoirs publics peuvent exercer directement ou indirectement une influence dominante du fait de la propriété, de la participation financière ou des règles qui les régissent ». À cette définition générale, les deux directives – celle de 1980 et la 93/38 – ajoutaient des cas dans lesquels l'influence dominante était présumée²⁴⁴. On pouvait légitimement féliciter l'ordre communautaire d'avoir une notion « d'entreprises publiques » unifiée, dont on voit qu'elle était à la fois large et très économique.

Cependant, la directive régissant les relations financières et la transparence entre l'État et les entreprises publiques de 1980 a été modifiée par une seconde directive de 2000²⁴⁵ qui pose une nouvelle définition de l'entreprise publique. Cette directive de 2000 retire la liste des présomptions que la directive de 1980 mettait en place dans son article 2, pour ne garder que la première partie de cet article. Cette évolution ne signifie pas forcément que les présomptions tombent, textuellement, il y a une différence, mais au fond on ignore s'il y a effectivement un changement. Reste que l'on peut légitimement se demander les raisons de cette modification. D'un autre côté, si effectivement ce changement n'est pas fortuit, il aboutit à l'existence de deux définitions différentes des entreprises en droit communautaire, l'une valable pour les marchés publics (celle qui prévalait dans la directive de 1980), l'autre pour les *relations entre l'État et les entreprises publiques et la transparence*. Sachant que les marchés publics peuvent être passés entre une « entreprise publique » et « l'État » et que la « transparence » est un objectif des marchés publics, on ne pourrait que regretter cet état de fait.

b) Les difficultés

386. Le fait que les définitions communautaires des entreprises publiques ne soient pas unifiées est en-soi le problème principal. Mais à celui-là s'en ajoutent deux autres, ou plutôt s'en ajoutaient deux autres si l'on veut bien considérer que la directive 2004/17 en a résolu un de fait.

387. Le problème principal porte sur le fait que droit communautaire n'impose pas que cette entreprise ait une personnalité morale propre, distincte de celle du « pouvoir

²⁴³ Directive 80/723/CEE de la commission du 25 juin 1980 *relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques*, JOCE n° L. 195 du 29 juillet 1980 pp. 35-37

²⁴⁴ « L'influence dominante est présumée lorsque les pouvoirs publics, directement ou indirectement, à l'égard de l'entreprise: a) détiennent la majorité du capital souscrit de l'entreprise ou b) disposent de la majorité des voix attachées aux parts émises par l'entreprise ou c) peuvent désigner plus de la moitié des membres de l'organe d'administration, de direction ou de surveillance de l'entreprise. »

²⁴⁵ Directive 2000/52/CE de la Commission du 26 juillet 2000 modifiant la directive 80/723/CEE *relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques* JOCE n° L. 193 du 29/07/2000 pp. 75-78

public » qui en a le contrôle²⁴⁶. Le droit communautaire a ainsi pu qualifier d'entreprise publique l'État lui-même dans le fameux arrêt *Höfner et Elser c/ Macrotron*²⁴⁷. Cette situation est parfaitement incompatible avec le droit interne, la doctrine française s'accordant unanimement sur l'obligation d'une personnalité distincte pour qualifier une entité d'entreprise publique. Comme c'est le cas pour les associations de pouvoirs adjudicateurs par rapport à ces pouvoirs adjudicateurs, les notions devraient au contraire être exclusives d'une de l'autre. En pratique, cela devrait aboutir à ce que la définition de l'entreprise publique précise qu'une entreprise publique est « une entité autre que les pouvoirs adjudicateurs... ». Cette conclusion de l'arrêt *Höfner et Elser* empêche en effet que l'on unifie les notions internes et communautaires. Bien entendu, il faut voir cette situation juridique avec un tant soit peu de pragmatisme, ce qui conduit à une solution plus nuancée. En effet, d'une part, si cette disparité est regrettable, elle reste moins gênante que ce qu'il n'y paraît dans la mesure où, comme entreprise publique ou comme État, l'« entreprise » reste une entité adjudicatrice ; d'autre part, avant d'unifier les notions internes et communautaires, il faudrait de toute façon unifier les notions dans chacune de ces branches du droit.

388. Le second problème inhérent à cette notion est notable, mais il a en réalité été résolu par la directive 2004/17. On a déjà relevé que la directive antérieure appelait la première catégorie des « entités adjudicatrices » les « pouvoirs publics » alors qu'il ne s'agissait que de « pouvoirs adjudicateurs ». La dernière directive a résolu ce problème en utilisant cette seconde notion, et on ne peut que l'approuver. La situation antérieure posait en effet un problème important dans la mesure où les directives de 1980 et 2000 définissaient les entreprises publiques comme celles qui sont contrôlées par les « pouvoirs publics ». Ce qui pouvait passer comme une source de simplification était au contraire source de confusions puisque justement les définitions des pouvoirs publics que donnent ces directives sont différentes. Les deux directives de 1980 et 2000 regroupaient en effet sous cette définition l'État et les collectivités territoriales²⁴⁸ tandis que la directive 93/38 « secteurs spéciaux » comprenait par-là l'ensemble des « pouvoirs adjudicateurs », y compris les organismes de droit public et les associations d'autres pouvoirs adjudicateurs²⁴⁹. Cette situation conduisait à se demander, sans que la Cour de justice ne se soit encore prononcée, si la directive avait recours à deux notions différentes de « pouvoirs publics » : la première valable comme catégorie à part entière, la seconde comme élément de définition des entreprises publiques ; ou s'il fallait considérer qu'il n'y avait qu'une seule

²⁴⁶ Sur ce point, voir *Droit des marchés public, ed. du Moniteur*, fascicule II.520.2/3

²⁴⁷ CJCE 23 avril 1991, *Höfner et Elser c/ Macrotron*, aff. C-41/90, rec. 1991 p. I-1979. Cet arrêt précise que « dans le contexte du droit de la concurrence, la notion d'entreprise comprend toute entité exerçant une activité économique indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement » et l'on ne saurait refuser aux marchés publics d'être dans le contexte du droit de la concurrence.

²⁴⁸ La directive de 80/723 de 1980 définit exactement dans son article 2 les pouvoirs publics comme « l'État, ainsi que d'autres collectivités territoriales », tandis que celle 2000/52 de 2000 est inutilement plus diserte et redondante en définissant les pouvoirs publics comme « tous les pouvoirs publics, y compris l'État, ainsi que les autorités régionales et locales et toutes les autres collectivités territoriales »

²⁴⁹ On peut voir dans cette contradiction une autre critique du recours aux « pouvoirs publics » dans la directive secteurs spéciaux alors que le terme de « pouvoir adjudicateur » des directives secteurs classiques regroupe les mêmes entités, cf. *infra*.

définition de pouvoirs publics, celle propre à cette directive ; c'était alors celle qui était la plus large puisqu'elle comprenait les organismes de droit public et les associations de pouvoirs adjudicateurs qu'il fallait retenir²⁵⁰. Le choix entre ces deux interprétations n'est heureusement plus ouvert, les pouvoirs adjudicateurs ont repris leur nom et les pouvoirs publics de la définition des entreprises publiques est identique à celle des directives de 1998 et 2000 ainsi, par chance, qu'à celle que l'on retient en droit interne.

3) Les entités bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs

389. Suivant un ordre logique du « plus au moins public », les directives 93/38 et 2004/17 mettent en place une troisième catégorie d'entités adjudicatrices. Cette dernière regroupe les entités autres que celles déjà qualifiées ainsi qui agissent dans les secteurs spéciaux en bénéficiant de « *droits spéciaux ou exclusifs délivrés par une autorité compétente d'un État membre* »²⁵¹.

Deux difficultés viennent assombrir la clarté apparente de la directive. La première porte sur les définitions des droits exclusifs et spéciaux qu'il faut préciser et distinguer entre eux. La seconde vient de l'unité de la notion de droits exclusifs et spéciaux dans l'ensemble du droit communautaire.

390. L'expression *droits spéciaux et exclusifs* est issue de l'article 86 § 1 ²⁵² du Traité relatif à l'application du droit de la concurrence. L'idée générale qu'elle recouvre est que l'État doit parfois être autorisé à donner un avantage économique à une entreprise, même si cela porte atteinte à la libre concurrence, soit parce que cela restreint l'accès et la liberté du marché, soit parce que cela met le bénéficiaire de cette autorisation en état de dépendance vis-à-vis de celui qui lui a accordé cette autorisation. Cette idée générale doit pourtant être traduite en notion juridique. La jurisprudence n'ayant pas rempli ce rôle jusqu'ici²⁵³, il convient de se reporter au texte même de nos directives 93/38²⁵⁴ et

²⁵⁰ Notons, sans que cet argument nous paraisse forcément décisif, que les articles des directives qui posent les définitions commencent tous par « *Aux fins de la présente directive, on entend par:* » ce qui laisse présumer une unité de notion de pouvoir public propre à la directive « secteurs spéciaux », donc une vision large de ceux-ci. Dans le même sens sans que cela soit plus décisif, l'article 4 de la directive 80-723 du 25 juin 1980 précitée ne s'applique pas aux relations financières entre les pouvoirs publics et les entreprises dans les secteurs spéciaux... mais cela ne vaut que pour les « *relations financières* » et non pour les notions elles-mêmes.

²⁵¹ Directive 2004/17, art. 2 point 2° b) : « *[entités adjudicatrices] qui, lorsqu'elles ne sont pas des pouvoirs adjudicateurs ou des entreprises publiques, exercent, parmi leurs activités, l'une des activités visées à l'article 3 à 7, ou plusieurs de ces activités, et bénéficient de droits spéciaux ou exclusifs délivrés par une autorité compétente d'un État membre.* » repris quasiment à l'identique de la directive 93/38, art. 2 point 1, b).

²⁵² Article 81 § 1 du Traité modifié par le Traité d'Amsterdam, ancien article 90 § 1 légèrement modifié : « *Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles il accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'éditent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles du présent traité, notamment celles prévues aux articles 12 et 81 à 89 inclus.* »

²⁵³ le *Droit de marchés publics*, ed. du *Moniteur*, fasc. II.520.2/5 confirme cette opinion

²⁵⁴ Article 2 point 3. : « *Pour l'application du paragraphe 1 point b), les droits spéciaux ou exclusifs sont des droits qui résultent d'une autorisation octroyée par une autorité compétente de l'État membre concerné, au moyen de toute disposition législative, réglementaire ou administrative ayant pour effet de réserver à une ou plusieurs entités l'exercice d'une activité définie au paragraphe* [La suite a été retirée dans la directive 2004/17] 2. Une entité adjudicatrice

2004/17²⁵⁵. Il en ressort trois critères : d'une part que l'État, qu'il faut prendre ici dans son sens le plus large, donne une autorisation – dont on comprend bien que la forme importe peu – qui a pour effet, et pas forcément pour objet premier ou voulu, de limiter la concurrence en donnant à des entreprises des avantages sur un marché. Pour éviter que l'on ne se limite à une vision simple dans laquelle on définirait le droit exclusif comme le bénéfice d'un monopole et le droit spécial comme celui de faire partie d'un oligopole, la directive 93/38 précise ensuite des cas dans lesquels on est en présence de tels droits, ce que ne reprend pas la directive postérieure.

391. Pourtant, dans le cadre de l'article 90 § 1 du Traité, on s'était demandé si tous les avantages accordés par la puissance publique étaient des droits exclusifs ou spéciaux ou s'il fallait d'autres conditions pour que des avantages fussent ainsi qualifiés. En effet, tous les droits accordés par l'État ne sont pas forcément en contradiction avec la concurrence, notamment lorsque le bénéficiaire ne fait que remplir des conditions posées de manière générale. Il en est *a fortiori* de même lorsque ces droits sont accordés après une mise en concurrence, comme c'est par exemple le cas pour un concessionnaire d'autoroute. La question d'un critère supplémentaire s'est donc posée, et les commentateurs se sont accordés sur la nécessité que le droit soit accordé discrétionnairement pour être qualifié de droit exclusif ou spécial²⁵⁶. C'est d'ailleurs une interprétation proche qui préside aux définitions des droits exclusifs et spéciaux dans la directive 2000/52 *relative à la transparence des relations financières entre l'État et les entreprises publiques*²⁵⁷. Formulant textuellement l'interprétation donnée par l'arrêt de la Cour de

est considérée comme bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs, notamment: a) lorsque, pour la construction des réseaux ou la mise en place des installations visées au paragraphe 2, cette entité peut jouir d'une procédure d'expropriation publique ou d'une mise en servitude, ou utiliser le sol, le sous-sol et l'espace au-dessus de la voie publique pour mettre en place les équipements de réseaux b) lorsque, dans le cas du paragraphe 2 point a), cette entité alimente en eau potable, électricité, gaz ou chaleur, un réseau qui est lui-même exploité par une entité bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs octroyés par une autorité compétente de l'État membre »

²⁵⁵ Directive 2004/17, art. 2 point 3 : « Aux fins de la présente directive, les "droits spéciaux ou exclusifs" sont des droits accordés par l'autorité compétente d'un État membre, au moyen de toute disposition législative, réglementaire ou administrative ayant pour effet de réserver à une ou plusieurs entités l'exercice d'une activité définie aux articles 3 à 7 et d'affecter substantiellement la capacité des autres entités d'exercer cette activité. »

²⁵⁶ C'est notamment la position de J.-E. COCKBORNE « La libéralisation du marché communautaire de l'électricité : les télécoms montrent-ils la voie ? », *Revue de droit des affaires internationales*, 1990, n°7 p. 851

²⁵⁷ Directive 2000/52/CE de la Commission du 26 juillet 2000 modifiant la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques (Journal officiel n° L. 193 du 29/07/2000 p. 75 à 78). Article 2 point 1, sous-point f) et g) : « f) « droits exclusifs », des droits accordés par un État membre à une entreprise au moyen de tout instrument législatif, réglementaire et administratif, qui lui réservent le droit de fournir un service ou exercer une activité sur un territoire donné ; g) « droits spéciaux », des droits accordés par un État membre à un nombre limité d'entreprises au moyen de tout instrument législatif, réglementaire et administratif qui, sur un territoire donné : - limite à deux ou plus le nombre de ces entreprises, autorisées à fournir un service ou exercer une activité, *selon des critères qui ne sont pas objectifs, proportionnels et non discriminatoires* ou - désigne, *selon de tels critères*, plusieurs entreprises concurrentes, comme autorisées à fournir un service ou exercer une activité ou - confère à une ou plusieurs entreprises, *selon de tels critères*, des avantages légaux ou réglementaires qui affectent substantiellement la capacité de toute autre entreprise de fournir le même service ou de se livrer à la même activité sur le même territoire dans des conditions substantiellement équivalentes.

justice du 12 décembre 1996 *The Queen c/ Secretary of State for Trade and Industry*²⁵⁸, la commission ajoute la condition que les avantages accordés doivent avoir été accordés *selon des critères qui ne sont pas objectifs, proportionnels et non discriminatoires* pour être qualifiés de droits spéciaux. La question qui peut se poser concerne les droits exclusifs qui, eux, n'ont pas à remplir cette condition. Cette limite peut être due à la considération que le monopole est par essence anticoncurrentiel et qu'il convient donc d'imposer des procédures de passation pour leurs marchés dans les secteurs spéciaux, comme on a pu considérer qu'il y avait parfois « abus automatique de position dominante ».

En tout état de cause, la définition de la directive de 2000 n'est pas expressément destinée à remplacer ni même à aider à l'interprétation de la définition des droits exclusifs ou spéciaux de la directive 2004/17. Au contraire, le début de la définition précise ici encore qu'elle n'est donnée qu'« *aux fins de la présente directive* ». Ici encore, le manque d'unité notionnelle du droit communautaire porte préjudice à l'interprétation que l'on peut en faire en l'absence d'arrêt de la Cour de justice. La doctrine qui s'est intéressée à la question de l'identité des notions de droits exclusifs et spéciaux entre l'arrêt de la CJCE du 12 décembre 1996 et celle de la directive 93/38 n'a d'ailleurs pas pu porter une appréciation définitive²⁵⁹ même si elle va dans le sens de l'existence de deux notions différentes.

392. Conclusion du paragraphe premier : Le droit communautaire apparaît comme un système contradictoire. D'un côté, l'ensemble est mû par une logique générale dont l'axe principal – justifié par la nécessité de transposition future dans des pays aux traditions différentes – est un critère finaliste, fondé en grande partie sur une vision économique du droit. D'un autre côté la cohérence interne du droit communautaire est loin d'être réalisée. Malgré les efforts méthodologiques comme la mise en place de définitions des termes au début des différents textes – comme cela se fait en droit anglo-saxon – ou l'utilisation de « communications interprétatives »²⁶⁰, une même notion peut avoir différents sens selon le texte ou le juge qui l'emploie. Cela n'est d'ailleurs pas sans rappeler les attermoissements du droit administratif français durant une bonne partie du XIX^e siècle. Peut-être est-ce simplement la marque d'un droit qui se construit²⁶¹ ? Ces deux éléments constituent en eux-mêmes les deux principales difficultés pour le législateur national dans son effort de

²⁵⁸ CJCE 12 décembre 1996 aff. C-302/94 *The Queen c/ Secretary of State for Trade and Industry, ex parte British telecommunications plc*, rec. 1996 p. I-6417. Cet arrêt se fonde sur les notions de droits exclusifs et spéciaux définis à l'article 2 point 2 de la directive 90/387/CEE du Conseil du 28 juin 1990 dite « réseau ouvert ».

²⁵⁹ S. ARROWSMITH « Interpretation of the concept of Special or Exclusive Rights under the Utilities Directive : The leased Lines Decision », *Public Procurement Law Review*, 1997 n° 4 p. 122

²⁶⁰ Sur le développement de ces communications interprétatives et leurs portées, cf. Ch. FOUASSIER, « Vers un véritable droit communautaire des concessions ? Audaces et imprécisions d'une communication interprétative. » *RTDEur* (4) oct.-dec. 2000 p. 675

²⁶¹ Remarquons toutefois que le droit administratif français est, bien plus que le droit communautaire, d'origine jurisprudentielle, ce qui explique et justifie une création des notions par touches successives et donc leur manque de cohérence. Cette explication ne vaut que très partiellement pour le droit communautaire. Ce dernier doit, peut-être, la diversité de ses notions à une recherche constante du compromis, au cas par cas, pour chaque directive... Mais cette justification ne satisfait que très partiellement l'amateur de systèmes.

transposition. Tout d'abord, l'approche économique du droit n'est pas forcément celle qui a présidé à la construction des législations nationales antérieures, ce qui est source de différences profondes qu'il est difficile de concilier. Ensuite, le manque de clarté des notions communautaires rend lui-aussi complexe une transposition, ne serait-ce que pour savoir si le champ d'application du droit national doit être, ou non, modifié par le texte européen. En droit des marchés publics français, cela a conduit à des superpositions de droits plutôt qu'à une véritable refonte.

§ 2 : *Transposition dans le droit français*

393. Le point central de la compréhension de la transposition du droit communautaire est la volonté des gouvernants de conserver le champ d'application organique actuel du code des marchés publics. La vision finaliste du droit communautaire ayant justement conduit à éviter un critère organique strict au profit d'une approche pragmatique de l'organe public, la transposition ainsi conçue a conduit à un éclatement du droit des marchés publics. D'un côté, on trouve les personnes de droit public classiques, soumises au Code des marchés publics (A), de l'autre on trouve d'autres personnes publiques qui sont soumises à la partie communautaire du droit des marchés sans être formellement soumises au Code français des marchés publics (B).

A) Les personnes publiques classiques du Code des marchés publics

394. Le droit français des marchés publics ne laisse pas disparaître facilement les limites organiques qu'il a lentement établies au long de son histoire. Le critère organique fondé principalement sur la personnalité juridique de droit public est donc une constante que le droit communautaire n'a pas brisé, ni dans le cadre du code (1), ni dans le cadre des délégations de service public (2).

1) *Un champ d'application inchangé*

395. La transposition du droit communautaire peut aujourd'hui être conçue comme ayant été effectuée en deux grandes étapes. La première était l'intégration des directives dans le code de 1964, transposition qui a évolué constamment au fur et à mesure des nouvelles directives et qui devaient être interprétées directement en fonction des arrêts de la CJCE. Cette première phase s'est traduite par la création d'un Titre 5 et dernier dans le Code des marchés publics, titre qui faisait coexister les deux droits sans chercher à les unifier autrement que par l'adaptation du nouveau droit à l'ancien quand cela était possible ou par la création de nouvelles dispositions dans le cas contraire. La seconde étape est la prise en compte des directives par une fusion de leurs dispositions dans les articles du

code. Cette méthode de transposition, plus satisfaisante, unifie ainsi les notions. Cette unification s'est en général réalisée au prix d'un assouplissement dans le sens des directives, c'est-à-dire une modification du droit interne pour le soumettre à l'approche communautaire. Pourtant, le critère organique des codes de 2001 et 2004 est bien celui qui prévalait auparavant, la notion communautaire, plus large, a dû s'adapter pour respecter la tradition française.

L'article 1^{er} du Code des marchés publics donne comme champ d'application organique des marchés publics les « *personne morale de droit public mentionnées à l'article 2* », on constate par conséquent que l'ensemble des personnes visées par le code le sont aussi par les directives. D'une part on retrouve dans cet article les personnes visées à l'article 1^{er} point 9 des la directive 2004/18 « *l'État, les collectivités territoriales* », catégorie que nous avons appelée les pouvoirs adjudicateurs par nature²⁶² ; d'autre part on trouve aussi les établissements publics administratifs nationaux et les établissements publics locaux, quelle que soit leur nature²⁶³, sous la qualification des « organismes de droit public ». le droit interne conserve²⁶⁴ pourtant deux limites par rapport à l'approche communautaire, même dans le cadre de ces seules personnes. Premièrement, le code garde un critère fondé sur la personnalité juridique²⁶⁵, il n'intègre pas la vision finaliste du droit communautaire. Deuxièmement, seules les personnes publiques énumérées à l'article 2 font partie du champ d'application du code, ce dernier ne s'est pas étendu aux catégories communautaires correspondantes. Notamment, si les EPA de l'État sont des organismes de droit public, les EPIC de l'État qui en sont parfois aussi, restent en dehors du champ d'application du code des marchés français.

2) La difficulté des délégations de service public et des contrats de partenariats

396. La résistance du droit français consistant en la conservation du champ d'application organique du Code des marchés publics est un mécanisme qui se retrouve plus largement dans le droit de la commande publique. Justifier cette résistance par le fait qu'il est difficile de revenir sur un code existant est donc insuffisant, au-delà même du fait que le code des marchés ait été profondément modifié sur bien des points et que de toute façon l'idée d'un code est trop récente pour constituer un mythe immuable de notre droit public.

²⁶² Rappelons que, dans le cadre du critère organique des marchés publics, l'État a la même définition en droit interne et en droit communautaire, notamment en ce qu'il regroupe aussi des entités sans personnalité juridique comme les autorités administratives indépendantes.

²⁶³ Bien entendu lorsqu'ils remplissent les trois conditions de l'organisme de droit public, et notamment la création dans le but spécifique de satisfaire un besoin autre qu'industriel et commercial. Sur la rareté pratique des établissements publics industriels et commerciaux locaux créés dans ce but, *cf. infra*.

²⁶⁴ Rappelons que les « collectivités publiques » de l'article 1^{er} étaient énumérées à l'article 39 de l'ancien code.

²⁶⁵ L'article 1^{er} du code de 1964 utilisait le terme de « *collectivité publique* », les personnes de droit privé étaient exclues de son champ d'application. En ce sens, *cf. J.-F. SESTIER LPA*, 2 février 2000, n° 23 p. 46

397. Le procédé de la concession est un mécanisme d'origine française dont le droit communautaire s'est emparé à la suite de son extension – et de son adaptation²⁶⁶ – dans les droits des pays membres. On a déjà dit²⁶⁷ que les concessions de travaux au sens du droit communautaire étaient bien souvent, en droit français, des concessions de services et travaux publics. Sans revenir sur les éléments matériels de ces contrats, on doit constater que la transposition des notions communautaires s'est faite avec les mêmes résistances que celles qui ont présidées à la transposition du droit des marchés publics. Ainsi, la directive « travaux »²⁶⁸ définit-elle les concessions de la même manière que les « marchés publics de travaux » qu'elle régit, « à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix ». Le critère organique de la définition des concessions de travaux est donc le même que celui de la définition des marchés publics, à savoir les *pouvoirs adjudicateurs*. À l'inverse, en droit interne, nombre de ces concessions sont définies par la loi MURCEF comme étant des délégations de service public²⁶⁹. Or, organiquement, la loi MURCEF limite les délégants aux « personnes morales de droit public »²⁷⁰.

Comme le droit des marchés publics, le droit des délégations de service public est donc lui aussi tiraillé entre les deux sources du droit. Ainsi, si la plupart du temps une concession de travaux et service public, qualifiée de délégation de service public, sera une concession de travaux au sens communautaire – ce sera par exemple le cas des concessions d'autoroute ou de celles portant sur des canaux ; certaines concessions au sens communautaire pourront être accordées par des personnes morales de droit privé et donc ne pas être des délégations de service public.

398. La question se pose aujourd'hui de manière parfaitement parallèle pour les « contrats de partenariat »²⁷¹. Ces derniers peuvent aussi être assimilés à des marchés

²⁶⁶ Certains diraient même de son « amélioration » ou « modernisation » en parlant des PFI au Royaume-Uni.

²⁶⁷ Première partie, titre 1^{er}, chapitre 2^e à propos de la qualification matérielle des contrats.

²⁶⁸ Directive 93/37/CEE du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JOCE L. 199 du 9 août 1993 p. 54) qui a été ensuite modifiée par la directive 97/52/CE du Parlement européen et du Conseil (JOCE L. 328 du 28 novembre 1997 p. 1). L'article définissant les concessions est l'article 1, point d : « d) la "concession de travaux publics" est un contrat présentant les mêmes caractères que ceux visés au point a), à l'exception [...] *cf supra* »

²⁶⁹ Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier dite « MURCEF », J.O. numéro 288 du 12 décembre 2001 p. 19703 « Une délégation de service public est un contrat par lequel **une personne morale de droit public** confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service »

²⁷⁰ Rappelons toutefois que la loi Sapin n'est pas une loi de transposition du droit communautaire, elle est d'ailleurs antérieure de quelques mois à la directive 93/37 « travaux ». Pour autant, la comparaison est possible puisqu'au delà des seuils communautaires un même contrat peut avoir les deux qualifications.

²⁷¹ Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, J.O. 19 juin 2004, texte 2. Deux décret d'application de cet ordonnance ont été pris : décret n° 2004-1145 du 27 octobre 2004 pris en application des articles 3, 4, 7 et 13 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat et L. 1414-3, L. 1414-4 et L. 1414-10 du Code général des collectivités territoriales, J.O. n° 253 du 29 octobre 2004 page 18260, texte n° 4 et décret n° 2004-1119 du 19 octobre 2004 portant création de la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat, J.O. n° 246 du 21 octobre 2004, p. 17821, texte n° 19, qui

publics ou des concessions en application du droit communautaire, et ils sont, eux aussi, organiquement limités aux personnes publiques. L'article 1^{er} de l'ordonnance du 17 juin 2004 dispose en effet que ces contrats sont passés par « l'État ou un établissement public de l'État » et le nouvel article L. 1414-1 du CGCT qu'elle crée s'applique aux « personne[s] publique[s] ». On remarquera que, comme c'est le cas pour les délégations de service public, tous les établissements publics étatiques sont visés, sans considération de leur caractère administratif ou industriel et commercial.

Cette différence de critère organique, topique de la différence d'approche entre un droit communautaire pragmatique à visée finaliste et un droit interne fondé sur la personnalité morale de droit public, n'aide pas à une classification. La résistance du droit interne face aux dispositions communautaires n'est pourtant pas complète puisque les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices qui ne sont pas visées par le code se voient appliquer le droit des marchés publics, mais par des textes spéciaux, en dehors du code.

B) Les personnes publiques intégrées dans le droit des marchés publics

399. La conséquence logique de la différence de définition organique des marchés publics en droit interne et en droit européen est que toutes les personnes visées par les directives ne rentrent pas dans le champ d'application du Code des marchés publics. Le choix du législateur interne a donc été de créer une législation parallèle au Code pour les personnes non visées par celui-ci, séparant ce-faisant le droit des marchés dans deux familles de textes distinctes. Si le code a eu quelques difficultés à rester cohérent – puisqu'il ne l'est en fait redevenu qu'en 2001 – c'est surtout au sein des textes en dehors du code que l'on éprouve le plus de difficulté à trouver une unité. Ces législations ont eu pour seul objectif la transposition des directives, la recherche d'une cohérence générale a par conséquent été presque absente de l'écriture de ces textes au profit d'une transposition « point à point ». C'est la raison pour laquelle les dispositions sur les personnes publiques sont éparpillées : certaines visent les établissements industriels et commerciaux nationaux (1) d'autres visent, au cas par cas, les autres personnes publiques *sui generis* (2).

1) L'inclusion des EPIC nationaux dans le droit des marchés publics français

400. Les établissements publics industriels et commerciaux nationaux font partie des rares personnes publiques qui ne sont pas soumises au Code des marchés publics²⁷². Pourtant, ils sont à plusieurs titres soumis aux directives européennes, soit

est venu mettre en place un « organisme expert ». Notons que cette ordonnance a été contestée au contentieux et que le Conseil d'État a jugé de sa légalité dans un arrêt du 19 octobre 2004 *Jean-Pierre Sueur et autres*, req. n° 269814, 271119, 271357 et 271362.

²⁷² Cf. *infra*

comme « entités adjudicatrices » de la directive secteurs spéciaux (a), soit comme « pouvoirs adjudicateurs » de la directive secteurs classiques. (b)

a) Les EPIC nationaux dans les secteurs spéciaux depuis la loi du 11 décembre 1992

401. La définition des entités adjudicatrices posée par la directive « secteurs spéciaux » intègre à plusieurs titres les EPIC dans son champ d'application. Si l'on se place dans les cas où les autres critères de la directives sont remplis – notamment dans le cadre d'une activité dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications et au dessus des seuils de passation communautaire – les EPIC peuvent être soit des organismes de droit public, soit des associations regroupant des pouvoirs publics et des organismes de droit public, soit des entreprises publiques, soit enfin des titulaires de droits exclusifs et spéciaux ou alimentant des réseaux en bénéficiant.

402. Ils peuvent tout d'abord être des organismes de droit public dans les hypothèses dans lesquelles, alors qu'ils sont qualifiés d'EPIC ils exercent, au regard du droit européen, une « activité autre qu'industrielle et commerciale »²⁷³. La qualification d'association regroupant des pouvoirs publics est semble-t-il théorique, et si l'on s'en réfère à la position de certains Avocats généraux à la Cour de Justice elle est même impossible puisque les établissements publics ont une personnalité morale et que selon leurs conclusions seules les entités sans personnalité morale peuvent être qualifiées « d'associations »²⁷⁴. En revanche, la possibilité que les EPIC soient qualifiés d'entreprise publique est non seulement possible mais pour ainsi dire automatique. Si l'on considère en effet le critère posé par la directive pour la qualification d'entreprise publique, à savoir celui de l'influence dominante sur l'entité, on constate que l'État a bien cette influence, non seulement du fait de la propriété, mais aussi du fait de la participation financière et des règles qui régissent les établissements publics en général²⁷⁵. L'automaticité de la qualification est de fait tout autant acquise si l'on considère que tous les EPIC nationaux bénéficient de droits exclusifs et spéciaux et que l'on a du mal à imaginer qu'ils n'en conservent pas dans l'avenir, sauf à nier l'intérêt de préserver pour ces entreprises le statut d'EPIC.

²⁷³ Cf. *supra* b) pour une analyse plus précise dans le cadre des secteurs classiques

²⁷⁴ Su ce point, voir notre opinion contraire à celle de l'Avocat général A. LA PERGOLA, à l'occasion de l'arrêt CJCE 10 novembre 1998 *Gemeente Arnhem*, cf. *infra*.

²⁷⁵ Ces trois critères de la propriété, de la participation financière ou des règles qui régissent l'entité sont ceux posés à l'article 1^{er} point 2 de la directive 93/38

403. Partant de ces analyses, l'article 1-3° de la loi du 11 décembre 1992²⁷⁶ inclut dans le champ d'application de ce texte « *Les exploitants publics et les établissements publics de l'État ayant un caractère industriel et commercial* ». À bien y penser d'ailleurs, le législateur aurait eu mauvaise grâce à imposer ces réglementations de « marchés publics » à des personnes privées sans y soumettre *a fortiori* l'ensemble des personnes publiques. Cette généralisation de l'application de la loi de 1992 à tous les EPIC nationaux a d'autant plus d'importance que nombre d'entre eux, et notamment les plus importants, ont une activité dans les « secteurs spéciaux ». Il en est notamment ainsi de EDF, GDF, la SNCF, ADP ou RFF qui sont par conséquent soumis obligatoirement à des procédures de passations au dessus des seuils communautaires. Cette obligation n'a d'ailleurs pas fondamentalement changé les pratiques internes de ces entreprises qui, dans un souci de bonne gestion et comme nombre de grandes entreprises privées, se soumettaient déjà à des procédures propres. Le changement a donc été de deux ordres puisque ces procédures ont été modifiées et qu'elles sont devenues partiellement obligatoires.

Pour autant, d'autres établissements nationaux n'ont pas une activité dans les secteurs spéciaux, ce qui leur a pendant longtemps évité par principe une soumission à des procédures de passation²⁷⁷. Cette période est partiellement révolue, ils sont aujourd'hui également soumis à des procédures lorsqu'ils remplissent les critères imposés par le droit communautaire.

b) L'inclusion partielle des EPIC nationaux dans les secteurs classiques depuis 2001

404. Avant 2001, les EPIC nationaux n'étaient soumis à aucun texte leur imposant des procédures de passation. La plupart respectaient des procédures internes, mais elles ne venaient pas de contraintes extérieures du fait de la mauvaise interprétation du droit communautaire qui prévalait. (α) Après la loi Murcef, les EPIC ont été soumis à la loi du 3 janvier 1991, même si leur soumission au Code des marchés publics aurait pu tout aussi bien devenir la règle (β).

α) La situation antérieure à 2001

405. Deux raisons expliquent que les EPIC nationaux n'aient pas été soumis à des procédures de passation en dehors des secteurs spéciaux avant la loi MURCEF de 2001²⁷⁸. La première raison est ce que certains appelleront la tradition française - même si

²⁷⁶ Loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992, *Relative aux procédures de passation de certains contrats dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications*; J.O. n° 289 du 12 décembre 1992, modifiée par la loi n° 97-50 du 22 janvier 1997 pour transposer les directives « services » et « fournitures »; ainsi que par la loi n° 93-1416 du 29 décembre 1993 pour rectifier l'article 1^{er} point 3° qui nous intéresse et préciser que les établissements publics industriels et commerciaux qui rentraient dans le champ d'application de la loi n'étaient que les établissements « de l'État » ce qui excluait les EPIC locaux.

²⁷⁷ Au moins autres que celles qu'ils s'imposaient

²⁷⁸ Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 *portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier* dite « MURCEF », J.O. numéro 288 du 12 décembre 2001 p. 19703.

au fond elle n'était formalisée que depuis peu ce qui la rapproche plus d'une résistance française - qui, comme aujourd'hui, n'incluait pas ces personnes publiques dans le Code des marchés publics. La seconde raison est l'interprétation qui a été faite de la notion d'organisme de droit public au moment de la rédaction de la loi de 1991. Le fait de comprendre l'expression « *activité autre qu'industrielle et commerciale* » comme excluant les EPIC des directives a en effet conduit à une transposition erronée²⁷⁹.

Cela étant, cette erreur était doublement excusable. En effet, d'une part elle trouvait son origine dans le droit communautaire lui-même puisque la liste des organismes de droit public issue de l'annexe de la directive de 1997 ne comprend que des établissements publics administratifs et que l'interprétation de cette notion date de l'arrêt de la Cour de justice *Arnhem*, postérieur à tous ces textes²⁸⁰. D'autre part, cette erreur d'interprétation avait au moins l'avantage de conserver une *summa divisio* du droit français : la différence entre le Code des marchés publics auquel sont soumises les personnes publiques et la loi du 3 janvier 1991 qui ne traitait que de personnes de droit privé²⁸¹. C'est ainsi que par un renversement étonnant des termes, les « *organismes de droit publics* » ont été transposés dans la loi sous la qualification « *d'organisme de droit privé créé en vue de satisfaire spécifiquement un besoin d'intérêt général, ayant un caractère autre qu'industriel et commercial [...]* ». La volonté d'exclure expressément les EPIC de cette loi est particulièrement claire dans cette rédaction.

β) *L'inclusion de certains EPIC de l'État dans le droit communautaire des marchés publics : le choix du mode de transposition*

406. La nouvelle interprétation du droit communautaire devait être transposée en droit français. Pour cela, il fallait trouver le moyen le plus intéressant de soumettre les EPIC nationaux dans les secteurs classiques aux mesures de publicité au dessus des seuils communautaires²⁸². Une alternative se présentait : soit inclure les EPIC qui correspondaient à la notion d'organisme de droit public dans le champ d'application du Code, soit les intégrer dans celui de la loi de 1991. Il fallait peser l'une et l'autre des solutions.

²⁷⁹ Sur l'interprétation communautaire du besoin autre qu'industriel et commercial, Cf. *infra* § 1^{er}

²⁸⁰ Cette liste datant de 1997, elle ne prenait pas en compte l'interprétation actuelle de l'organisme de droit public tel que précisé par l'arrêt de la Cour de justice *Gemeente Arnhem, Gemeente Rheden c/ BFI Holding*, affaire C-360/96 en date du 10 novembre 1998, rec. 1998 p. I-6821. De surcroît, cette liste des organismes de droit public en annexe de la directive 97/52 contient des erreurs. Il en est ainsi par exemple de la Réunion des musées nationaux qui y est cité alors qu'il s'agit d'un établissement public industriel et commercial depuis 1990. C'est peut-être le rôle « spécifique » de conservation qui a primé sur le caractère de musées payant exposant des oeuvres au public, il n'en demeure pas moins qu'il y a là une entorse dans une liste ne devant contenir – par une mauvaise appréciation – que des établissements publics administratifs. Cette double erreur rétablit au moins pour RMN la juste appréciation communautaire.

²⁸¹ quand bien même ces personnes privées ne seraient que des groupement de personnes publiques (art. 9, point a de cette loi).

²⁸² Toujours dans la mesure où il y aurait une activité autre qu'industrielle et commerciale.

407. La solution de l'intégration dans le code avait pour elle des avantages importants. Le premier d'entre eux était de respecter la différence que l'on faisait en droit interne entre les personnes publiques et les personnes privées, les premières soumises au code, les secondes non. Pourtant, la cohérence que cela aurait alors apportée restait limitée : pour respecter le droit communautaire, il n'aurait pas fallu intégrer l'ensemble des EPIC, mais seulement ceux « *ayant une activité autre qu'industrielle et commerciale* ». Si la soumission de tous les EPIC au code aurait été intéressante pour la cohérence interne (poser un principe de soumission au code de toutes les personnes publiques) et la création d'une forme d'unité dans toute la commande publique (le champ d'application du Code des marchés devenant le même que celui des délégations de service public), la soumission partielle des EPIC retirait à cette modification une grande partie de son intérêt.

408. La seconde branche de l'alternative consistait à inclure la soumission des EPIC dans les lois spéciales qui transposent déjà le droit communautaire applicable aux personnes privées, et spécialement dans la loi du 3 janvier 1991. C'est celle qui a été choisie²⁸³. On peut cependant reprocher à cette solution le fait qu'elle porte atteinte à la cohérence de la loi de 1991 qui, de ce fait, ne s'applique plus seulement à des personnes privées. L'argument qui a été le plus couramment avancé en faveur de cette solution est que les EPIC, en tant « qu'entreprises », ont intérêt à être soumis à cette loi et non au Code, dans la mesure où les procédures de passation qu'elle impose sont moins contraignantes que celles du Code. L'argument n'est à notre avis que rhétorique : les seuls EPIC pouvant être des *organismes de droit public* n'ont, par définition, que peu d'activité industrielle et commerciale. Il n'y a pas, par conséquent, de raison tellement impérieuse à vouloir leur sauvegarder une souplesse de gestion. On pourrait même aller plus loin et considérer qu'au contraire, la soumission au Code contribuerait à rendre au droit public une partie de « l'action administrative » qui doit lui revenir normalement.

En réalité, cette transposition dans la loi de 1991 est issue d'un choix politique dans lequel il faut voir une double volonté : d'une part, celle de ne pas aller plus loin que ce que requérait le droit communautaire, tout en essayant de conserver au maximum les conséquences de cette originalité des EPIC et, d'autre part, la volonté de préserver le mythe du Code en ne lui modifiant pas son champ d'application organique, seul élément qui n'avait pas encore été modifié par le droit communautaire.

409. Sans faire une liste exhaustive des établissements publics en cause, on peut se demander quels sont ceux qui ont, en droit interne, un statut industriel et commercial tout en ayant une activité « *autre qu'industrielle et commerciale* ». L'existence de ces établissements publics est fonction de deux éléments : d'abord de la méthode de distinction entre les EPIC et les EPA²⁸⁴, à savoir le faisceau d'indices²⁸⁵, ensuite de la

²⁸³ Pour une excellente analyse du champ d'application et des conséquences de cette modification législative, Cf. J.-L. TIXIER et F. TENAILLEAU, « Les établissements publics à caractère industriel et commercial de l'État après la loi MURCEF – le clair obscur de la dépendance étroite à l'égard du droit communautaire », *Contrats et marchés publics*, juin 2002 p. 4 Chron. n° 7.

²⁸⁴ Ce qui sera dit ici pour les EPA est en réalité parfaitement applicable à tous les établissements « autres qu'industriels et commerciaux », c'est-à-dire aussi bien les établissements publics à caractère culturels, à caractère scientifique et technique, à caractère scientifique, culturel et professionnel (ces

diversité des missions dévolues à certains établissements publics. Il existe donc deux cas dans lesquels un EPIC peut ne pas avoir d'activité industrielle et commerciale : soit celui des établissements publics à « *visage inversé* », c'est-à-dire exactement le cas d'un établissement qualifié d'EPIC mais qui a des activités administratives²⁸⁶ ; soit celui des établissements « *à double visage* », c'est-à-dire qui exercent à la fois des activités administratives et industrielles et commerciales²⁸⁷.

410. Pour cette seconde catégorie d'établissements publics, la situation est bien différente en droit interne et en droit communautaire, ce qui n'est pas sans poser quelques problèmes de transposition. Depuis la reconnaissance des établissements « à double visage » par un arrêt du Tribunal des conflits de 1959²⁸⁸, et surtout depuis la note de M. WALINE sous cet arrêt, on sait que pour ces établissements publics la nature de l'établissement n'est que partiellement la source du régime auquel il est soumis.

Tous les établissements publics à double visage ont un caractère prépondérant, et c'est ce caractère qui conditionne le régime fiscal, le régime comptable et financier ainsi que le régime du personnel²⁸⁹ de l'établissement dans son ensemble. En dehors de cela, ce n'est pas la nature principale de l'établissement, mais celui du service public qui détermine la compétence contentieuse et le droit applicable dans les litiges avec les usagers et les tiers. Ainsi, dans le cadre d'un établissement public à double visage, on aura une compétence administrative ou judiciaire selon l'activité en cause. Cette distinction n'est pourtant valable que pour les véritables établissements publics à double visage. Un établissement public administratif qui a quelques activités industrielles et commerciales annexes reste soumis, même dans l'exercice de ces dernières, à la juridiction et au droit administratif. Un établissement public n'est donc incontestablement « à double visage » que lorsque la juridiction a reconnu qu'il gère un deuxième service public de nature différente. On ne saurait alors suivre les deux auteurs de la note sous l'arrêt *Berger* lorsqu'ils interprètent cet arrêt comme étant un retour au critère de la nature – administrative ou industrielle et commerciale – du service public, au détriment de la nature de l'établissement public.

deux derniers étant deux qualifications applicables aux universités) ou à caractère social et sanitaire. Cf. sur ce point, R. CHAPUS, *DAG 1, Montchrestien*, 15^e ed. 2001 n° 500.

²⁸⁵ On a vu qu'un établissement public pouvait être ainsi qualifié d'EPIC sans que son activité soit industrielle et commerciale, cela parce que l'activité de l'établissement n'est qu'un élément parmi d'autres dans la distinction entre EPIC et EPA.

²⁸⁶ Le professeur R. CHAPUS critique abondamment l'existence de ces établissements publics qui sont qualifiés d'industriels et commerciaux dans le seul but de les soumettre au droit privé alors même que l'activité qu'ils exercent est uniquement ou essentiellement administrative. Cf. *Droit administratif général*, Paris, *Montchrestien coll. Domat droit public*, 15^e ed. n° 498.

²⁸⁷ Pour une liste de ce type d'établissements publics, Cf. R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Paris, *Montchrestien coll. Domat*, 15^e ed, 2001 n° 498. On peut citer rapidement l'ONF pour ses rôles d'exploitation des ressources des forêts et pour ceux de protection et surveillances de celles-ci ; les ports autonomes (CE Sect. 17 avril 1959 *Abadie*, rec. p. 239, concl. J.-F. HENRY, CE 26 juin 1974 *Port autonome de Marseille*, rec. p. 369) ; les chambres de commerce et d'industrie ou de nombreux offices professionnels, notamment ceux régis par la loi du 6 octobre 1982 dans le secteur agricole et alimentaire.

²⁸⁸ TC 23 novembre 1959 *Société mobilière et immobilière de meunerie*, rec. p. 870, RDP 1960 p. 676 note M. WALINE.

²⁸⁹ Depuis l'arrêt CE du 4 juillet 1986 *Berger*, rec. Tables p. 564, *Dalloz* 1988 p. 90 note E. FATÔME et J. MOREAU, la deuxième partie du commentaire étant spécifiquement sur ce point.

411. La soumission d'un établissement public à deux régimes contractuels distincts est en revanche impossible en droit communautaire. On l'a vu, l'arrêt *Mannesmann*²⁹⁰ refuse qu'un organisme de droit public – et partant en droit interne un établissement public – soit soumis à des procédures différentes selon son activité ; s'il en a deux, c'est le caractère prépondérant qui doit dominer et c'est le régime de ce caractère que l'on doit appliquer à l'ensemble des activités.

Si, en droit interne, une grande partie des établissements publics industriels et commerciaux qui ont une « activité autre qu'industrielle et commerciale » sont des établissements publics à double visage, on doit déterminer au regard du droit communautaire pour l'ensemble de leur activité s'ils sont, ou non, des organismes de droit public. Le juge va en effet devoir non seulement les qualifier ou ne pas qualifier l'établissement public d'organisme de droit public en fonction des critères communautaires repris dans la loi de 1991, mais il va de plus devoir se limiter à une seule qualification pour l'ensemble de ses activités. Ainsi, du fait de la modification de la loi du 3 janvier 1991 par la loi MURCEF, on va voir se développer des établissements publics à double visage qui, dans le cadre du droit des marchés publics, ne vont plus conserver qu'un seul de leurs visages. Cela ne manquera pas de poser la question de l'opportunité de cette catégorie d'établissements publics fluctuants et de relancer le mouvement de « filialisation » des activités industrielles et commerciales des établissements publics administratifs.

412. Pour ce qui concerne les établissements publics « à visage inversé », leur existence qui était déjà contestée en droit interne se voit tout simplement rendue inutile par le droit communautaire en matière de marchés publics. Depuis l'arrêt *Berger* rendu par le Conseil d'État en 1986²⁹¹, on sait que le juge administratif accepte de revenir sur la qualification réglementaire d'EPIC d'un établissement public pour le qualifier d'EPA et le soumettre plus largement au droit administratif. Cela revenait sur l'idée que le pouvoir réglementaire pouvait créer un établissement public à visage inversé. En revanche, comme le précisait le Conseil d'État dans son rapport public pour 1990²⁹², le législateur pouvait pour sa part créer « par commodité » ce type de dérogation. Or la décision du Conseil constitutionnel *loi relative à l'archéologie préventive* du 16 janvier 2001 peut être interprétée comme revenant sur ce point. Si l'on s'en réfère à la position du professeur E. FATÔME²⁹³, en constatant que l'établissement public créé et qualifié d'EPIC par cette loi remplit bien les critères de ce type d'établissement public, le Conseil constitutionnel a implicitement accepté de contrôler que la qualification légale de l'établissement concordait bien avec les

²⁹⁰ CJCE 15 janvier 1998 *Mannesmann Anlagenbau Austria e.a. / Strobal Rotationsdruck GesmbH*, aff. C-44/96, rec. 1 p. 73 concl. Ph. LÉGER, *CJEG* 1998 p. 239 note Ch. BRÉCHON-MOULÈNES et L. RICHER, points 32 à 34

²⁹¹ CE du 4 juillet 1986 *Berger*, rec. Tables p.564, *Dalloz* 1988 p. 90 note E. FATÔME et J. MOREAU (Il s'agit de l'autre apport de l'arrêt précité note 289, apport qui correspond à la première partie de la note). La jurisprudence a ensuite été constante dans ce sens, non seulement pour le Conseil d'État (*Cf.* CE 6 février 1987 *Maurice*, *JCP* 1988.II.20971), mais aussi pour le Tribunal des conflits (*Cf.* TC 26 octobre 1987 *Centre français du commerce extérieur*, *JCP* 1988.II.21042, note J. DUFAU).

²⁹² EDCE 1991 p. 21

²⁹³ E. FATÔME « La détermination du caractère des établissements publics. À propos de la décision du Conseil constitutionnel du 16 janvier 2001 « loi relative à l'archéologie préventive », *AJDA* 2001 p. 222

critères habituels de distinction entre EPA et EPIC, à savoir l'analyse de « [...] *sa mission, [...] ses modalités d'intervention et [...] l'origine de ses ressources* ». Si l'on suit cette interprétation, un établissement public à visage inversé est illégal s'il est créé par le pouvoir réglementaire et inconstitutionnel s'il est créé par la loi²⁹⁴. Sauf à ce qu'une loi qui en crée un ne soit pas soumise au contrôle du Conseil constitutionnel, on ne devrait plus trouver ce type d'établissement en droit français.

Le droit communautaire ne fait pour sa part aucun cas de la qualification interne. En effet, en se limitant à l'analyse de l'activité pour rechercher si une entité est un organisme de droit public - même si comme on l'a vu il a une vision extensive de l'activité qui le conduit quasiment à l'analyse d'un faisceau d'indices - peu lui importe la qualification interne posée par l'acte constitutif de l'établissement. C'est ainsi qu'il va effectivement voir dans certains établissements publics qualifiés d'EPIC mais en réalité EPA des organismes de droit public, ces derniers ayant une « *activité autre qu'industrielle et commerciale* ».

Si le cas des établissements publics est certainement le plus courant et le plus symbolique des différences entre les droits interne et communautaire, la question se pose aussi dans d'autres cas particuliers.

2) *Les autres personnes morales de droit public*

413. Outre les grandes catégories de personnes morales de droit public que nous avons détaillées, il existe dans notre droit des cas isolés de personnes publiques qui sont elles-aussi soumises au droit communautaire des marchés publics par application de son « critère organique fonctionnel »²⁹⁵. Ces personnes *sui generis* sont relativement récentes puisque traditionnellement toutes les personnes publiques qui n'étaient pas des collectivités territoriales ou l'État étaient des établissements publics. Or pour éviter de soumettre certains organismes au régime général des établissements publics, le législateur et la jurisprudence ont considéré qu'il fallait briser cette division trop simple, même si l'on perdait en clarté. Il n'existe aujourd'hui – malgré des hésitations passées – que deux types de personnes publiques *sui generis* : les GIP (a) et la Banque de France (b).

²⁹⁴ Cette interprétation n'est pourtant pas aujourd'hui certaine, d'aucuns espérant au contraire que le Conseil constitutionnel prendrait une position inverse, Cf. O. DUGRIP, *La notion des règles concernant la création de catégories d'établissements publics dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel et du Conseil d'Etat*, Mélanges Drago, Paris, Economica, 1996 p. 369

²⁹⁵ Nous entendons par là que, pour la qualification d'organisme de droit public, c'est-à-dire pour déterminer le critère organique, il faut prendre en compte la mission de l'organisme, c'est-à-dire un critère fonctionnel.

a) Les Groupements d'intérêt public

414. La catégorie des Groupements d'intérêt public regroupe en réalité des entités aux statuts différents puisqu'aucun texte n'a posé de statut général applicable à tous²⁹⁶. On peut pourtant définir ces entités de manière générale : ce sont des personnes morales de droit public²⁹⁷ regroupant des personnes publiques et, mais ce n'est pas obligatoire, des personnes privées. Les GIP se distinguent donc des sociétés d'économie mixte à la fois par leur statut de droit public et par l'absence d'obligation de mixité dans leur composition.

Leur mise en place dans de nombreuses lois depuis le milieu des années 1980²⁹⁸ a conduit à se poser la question de leur soumission au droit des marchés publics, interne d'abord, communautaire ensuite. Le caractère restrictif du champ d'application du code des marchés publics a rapidement conduit à considérer que, n'étant expressément pas assimilés à des établissements publics, les GIP n'étaient pas soumis à ce code. Or comme de leur statut de personne publique on pouvait aussi déduire qu'ils n'étaient pas soumis à la loi du 3 janvier 1991, et comme aucun de ces GIP n'avait d'activité dans les « secteurs spéciaux », on pouvait conclure qu'aucune disposition ne leur imposait de procédure de passation²⁹⁹.

415. Cette situation ne pouvait satisfaire le droit communautaire puisqu'une analyse, même rapide, montre que les GIP rentrent facilement dans la catégorie des organismes de droit public. Ils sont en effet fortement dépendants de la puissance publique, par leurs compositions comme par leurs financements ou leurs contrôles. Le seul point qui pourrait faire difficulté serait que lorsqu'ils agissent dans un secteur économique, leurs activités se doivent de rester « *autres qu'industrielles et commerciales* ». Or même lorsqu'ils

²⁹⁶ On notera toutefois à la suite de certains auteurs que la quasi totalité des lois créant des GIP font une référence plus ou moins directe à l'article 21 de la loi n° 82-610 du 15 juillet 1982 *d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique de la France* qui crée le premier GIP et en pose les règles. Ce texte a été modifié par la loi 96-142 du 21 février 1996.

²⁹⁷ Leur qualité de personne publique a été reconnue par le Conseil d'État dans un avis n° 338.385 du 15 octobre 1985, *EDCE* n° 34 p. 169, *Les grands avis du Conseil d'État*, 1^{ère} ed. 1997, n° 20 p. 211, non repris dans la 2^e édition de 2002. Paradoxalement, alors que l'intérêt de la formule du GIP est de se détacher du régime de l'établissement public, cet avis qui reconnaît leur existence propre en tant que personne publique les assujettit aux mêmes dispositions que les établissements publics pour l'application de l'article 34 de la Constitution. La jurisprudence est ensuite venue confirmer cette position, d'abord avec le Conseil d'État dans un arrêt du 1^{er} décembre 1997 *Syndicat national des inspecteurs des affaires sanitaires et sociales*, puis plus clairement encore avec le Tribunal des conflits le 14 février 2000, *GIP habitat et intervention sociales pour les mals-logés et les sans-abris c/ Mme Verdier*, *AJDA* 2000 p. 465, Chron. M. GUYOMAR et P. COLLIN, p. 410 et s.; *JCP (G)* 2000.II.10301, note EVENO, *Droit administratif* 2000 comm. n° 58, *RTDCom* 2000 p. 602 note ORSINI, *AJFP* 2000 p. 13 note MEKHANTAR ; J.-Y. GEGOUT « Nouvelles réflexions sur les GIP après la décision du Tribunal des conflits du 14 février 2000 », *LPA* 4 janvier 2001 p. 5.

²⁹⁸ Pour des typologies des lois créant les GIP, cf. B. JORION, « Les groupements d'intérêt public : un instrument de gestion du service public administratif », *AJDA*, 2004, n° 6 pp. 305-314 ; *Droit des marchés publics*, ed. du *Moniteur*, fasc II.200.2/11 ; R. CHAPUS, *DAG 1*, Paris, *Montchrestien coll. Domat droit public*, 2001, 15^e ed. n° 496.

²⁹⁹ C'est notamment la position d'une réponse ministérielle faite à la sénatrice M.-C. BEAUDEAU le 19 avril 2001, *J.O. Sénat*, question écrite n° 30665 p. 1336, reprise le 5 avril 2001 à une réponse de la même sénatrice (question n° 30350 p. 1177), au *BJCP* n° 17, juillet 2001, p. 364.

agissent dans un tel secteur, les GIP gardent essentiellement un rôle d'organisation par la coopération, et non un rôle d'opérateur. Si certains pourraient avoir un rôle effectif sur le marché, ce rôle resterait, en l'état actuel des différentes lois mettant en place les GIP, une activité tout à fait annexe à son activité « administrative »³⁰⁰. L'arrêt *Mannesmann* imposant que l'on considère l'entité adjudicatrice dans son ensemble et que l'on ne distingue pas selon ses rôles, c'est bien l'activité « administrative » qui prévaudrait sur l'éventuel rôle « industriel et commercial ».

416. La loi MURCEF³⁰¹, qui modifiait déjà le droit applicable aux établissements publics industriels et commerciaux de l'État ayant un caractère autre qu'industriel et commercial, a aussi fait évoluer le droit applicable aux GIP. La modification de l'article 9 de la loi de 1991 n'intègre en effet pas seulement les établissements publics à caractère industriel et commercial de l'État mais aussi expressément les groupements d'intérêt public lorsqu'ils remplissent les conditions posées par les directives pour être un « organisme de droit public ».

Comme pour les EPIC, le législateur a donc limité l'application du droit des marchés publics aux strictes exigences du droit communautaire, c'est-à-dire seulement au-dessus des seuils et avec des contraintes moins grandes que celles imposées par le code des marchés publics. Cette transposition a une nouvelle fois pour intérêt de ne pas modifier le champ d'application organique du code des marchés mais cette solution apparaît plus contestable que pour les EPIC. On peut en effet remarquer que les GIP, s'ils n'avaient pas été reconnus comme des personnes *sui generis* auraient été des établissements publics administratifs et que, partant, ils auraient été soumis au Code des marchés publics. Cette circonstance n'a pas été prise en compte par le législateur. À partir du moment où on a voulu soumettre les GIP à un droit différent de celui des établissements publics, la logique est bien de transposer *a minima* les directives ; c'est en tout cas le choix du législateur.

L'autre personne publique qualifiée de *sui generis* par la jurisprudence est la Banque de France, institution dont il a bien fallu aussi régler le sort en matière de marchés publics.

b) La Banque de France

417. La situation de la Banque de France au regard du droit des marchés publics est très comparable à celle des GIP. Le statut de cette banque créé en 1800 par Napoléon a en effet toujours été original par rapport aux autres institutions, qu'elles soient

³⁰⁰ C'est aussi à cette conclusion qu'arrive B. JORION, comme le titre de son article le laisse entendre, *in* « Les groupements d'intérêt public : un instrument de gestion du service public administratif », *AJDA*, 2004, n° 6 pp. 305-314

³⁰¹ Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 *portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier* dite « MURCEF », *J.O.* numéro 288 du 12 décembre 2001 p. 19703, spécialement son article 8.

publiques ou privées³⁰². Cette originalité s'est encore renforcée en 1993 avec un nouveau statut visant à l'intégrer au mieux dans le système européen de banques centrales et qui précise que « *la Banque de France est une institution dont le capital appartient à l'État* ». Cette qualification unique d'institution de l'État³⁰³ a posé problème en droit des marchés publics dans la mesure où elle ne correspondait à aucune des personnes visées par le code. Certes, le Tribunal des conflits a apporté une importante précision en qualifiant cette institution de personne publique en 1997³⁰⁴, mais cela n'a que partiellement résolu le problème de la soumission de ses marchés à des procédures de passation³⁰⁵.

Pour ce qui est du droit interne, le Conseil d'État a estimé dans un avis du 9 décembre 1999³⁰⁶ que cette qualification avait pour conséquence l'inapplicabilité du Code des marchés publics. Cette situation est aujourd'hui considérée comme identique sous l'empire du nouveau code.

Le droit communautaire en revanche ne se satisfaisait pas réellement de cette situation puisque la Banque de France est, au sens des directives « marchés publics » un organisme de droit public. Son activité est en effet à la fois administrative et industrielle et commerciale, mais, comme le remarque le Conseil d'État dans son avis de 1999³⁰⁷, les missions de service public dont elle est chargée « *ont principalement pour objet la mise en oeuvre de la politique monétaire, le bon fonctionnement des systèmes de compensation et de paiement et la stabilité du système bancaire* » ce qui fait de l'ensemble de l'institution une entité « *créé spécifiquement pour satisfaire un besoin d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel et commercial* ». Pour ce qui est du critère de « l'influence publique », il suffit de se rapporter au mode de nomination des Gouverneurs et Sous-Gouverneurs, du Conseil de la politique monétaire ou du Conseil général³⁰⁸ pour constater qu'ils sont bien « *composés de membres dont plus de la moitié sont désignés par l'État (...)* ».

418. Partant de cette constatation, la loi MURCEF est donc aussi intervenue pour la Banque de France en la soumettant, comme les GIP et les EPIC nationaux qui ont une activité autre qu'industrielle et commerciale, aux dispositions de la loi du 3 janvier 1991³⁰⁹. Encore une fois, les personnes publiques *sui generis* démontrent l'interprétation

³⁰² Voir sur ce point M. LOMBARD, « Le nouveau statut de la Banque de France », *AJDA*, 1994, n° 7, pp. 491-495 ; P. DELVOLVÉ, *Droit public de l'économie*, Paris, Dalloz coll. Précis, 1998 n° 368 à 371 ; M. LOMBARD, « L'autonomie de la Banque de France », *LPA*, 20 juin 1994, n° 73 spécial. p. 33.

³⁰³ Cette qualification, légèrement différente de celle du texte de la loi, est celle du Conseil constitutionnel, *in* décision n° 93-324 DC du 3 août 1993, 15^e considérant, rec. 1993 p. 208

³⁰⁴ TC 16 juin 1997 *Société La fontaine de Mars, M et Mme Muet c/ Banque de France*, *RFDA* 1997 p. 823, concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA ; *CJEG* 1997 p. 363, concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA.

³⁰⁵ Pour être plus précis, la reconnaissance de la personnalité morale de droit public à la Banque de France ne nous indique qu'une chose : elle n'a pas la personnalité morale de l'État et ne lui est pas assimilé pour l'application du Code des marchés publics.

³⁰⁶ Assemblée générale (Section des finances) Avis n° 363 834 du 9 décembre 1999, *EDCE* 2000 p. 211

³⁰⁷ *ibid*, n° 1)

³⁰⁸ Pour une description des modes de nomination et du rôle de ces organes, Cf. P. DELVOLVÉ, *Droit public de l'économie*, Dalloz coll. Précis, 1998 n° 372

³⁰⁹ L'article 8 de la loi MURCEF modifie l'article 9 de la loi du 3 janvier 1991 en créant un « *b) la banque de France* ».

stricte qu'il faut avoir de l'article 1 du Code des marchés publics et la résistance du droit interne à propos de son évolution.

C) Une limite au critère organique : la notion de maître de l'ouvrage

419. Alors que le droit communautaire ne se préoccupe pas de la maîtrise d'ouvrage, cette notion prend une place tout à fait particulière dans le droit français des marchés de travaux. Il est en effet possible de considérer qu'elle est partie intégrante du critère organique pour ce type de contrats. La rédaction du code de 2001 qui met d'ailleurs en avant ce critère, va sur ce point bien plus loin que ne le faisait le code de 1964. L'actuel article 1^{er} II précise en effet que ne sont des marchés de travaux que ceux réalisés « à la demande d'une personne publique exerçant la maîtrise d'ouvrage »³¹⁰.

1) La notion de maîtrise d'ouvrage

420. La notion de maîtrise d'ouvrage est aujourd'hui précisée à l'article 2^e de la loi MOP³¹¹ : « le maître de l'ouvrage est la personne morale, mentionnée à l'article premier³¹², pour laquelle l'ouvrage est construit ». Cette approche large sonne presque comme une lapalissade et l'on pourrait considérer qu'il n'y a pas de limitation du critère organique du code des marchés. La suite de l'article 2 et la jurisprudence postérieure ont cependant précisé les rôles du maître de l'ouvrage et, partant, ont limité le champ d'application du Code des marchés publics³¹³.

L'article 2 de la loi MOP fixe une série de missions dont est chargé le maître de l'ouvrage, missions faisant partie du rôle « dont il ne peut se démettre »³¹⁴. Parmi ces missions figurent notamment le fait de s'assurer de la faisabilité et de l'opportunité de l'opération, de fixer la localisation, de déterminer le programme, d'en arrêter l'enveloppe financière

³¹⁰ Article 1^{er} II « les marchés publics de travaux ont pour objet la réalisation de tous travaux de bâtiment ou de génie civil à la demande d'une personne publique exerçant la maîtrise d'ouvrage [...] ». Il faut bien entendu ajouter à la personne exerçant la maîtrise d'ouvrage son éventuel mandataire s'il respecte les conditions de la loi MOP, cf. *infra*.

³¹¹ Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 *Loi relative à la maîtrise d'ouvrage publique et ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée*, J.O. 13 juillet 1985. Cette définition large est par ailleurs quasiment identique dans l'article 2 du CCAG *Travaux*, dans la norme AFNOR NF P. 03-001 et dans l'article 241-1 annexe du code des assurances. Sur ce point, cf. *Droit des marchés publics*, ed. du *Moniteur*, fasc. IV.210.2/1

³¹² Notons que toutes les personnes visées par le C.M.P. font aussi partie de l'article 1^{er} de la loi MOP

³¹³ Au delà des arrêts suivants qui précisent la notion et les missions des maîtres d'ouvrage publics, deux arrêts du Conseil d'État au moins montrent que l'on ne saurait assimiler construction d'un ouvrage « pour le compte d'une personne publique » et maîtrise d'ouvrage publique, ou, pour le dire autrement, que le maître de l'ouvrage n'est pas simplement celui qui va bénéficier de l'ouvrage. Il en est ainsi notamment dans les arrêts CE 4 octobre 1967 *Sieur Trani*, rec. p. 352 et, dans le cadre d'un arrêt postérieur à la loi MOP : CE 12 octobre 1988 *Ministre des affaires sociales c/ Société d'études, de réalisations, de gestion immobilière et de construction (SERGIC)*, rec. p. 338, commenté notamment sur ce point par E. FATÔME, « Réflexions sur les notions de travail effectué pour le compte d'une personne publique et de maître de l'ouvrage », *CJEG*, avril 1990, pp. 119-124.

³¹⁴ Article 2, 1^{er} alinéa *in fine*.

prévisionnelle et de conclure les contrats avec le maître d'œuvre et les entrepreneurs. Plus généralement, il doit définir le programme et les objectifs de l'opération ainsi que les différentes contraintes que l'opération se devra de prendre en compte. Or si ces missions ont été détaillées pour que les maîtres de l'ouvrage soient contraints de les respecter, la jurisprudence les a analysées à rebours en estimant qu'une personne qui ne les respectait pas ne pouvait être un maître de l'ouvrage. L'intégration de la notion dans l'article 1^{er} du Code des marchés publics aurait ainsi pu vouloir dire que, dans le cadre des marchés de travaux, les personnes publiques soumises au Code ne pouvaient se défaire de leurs fonctions de maître de l'ouvrage telles qu'énumérées dans la loi MOP. Cela aurait conduit à un renforcement du caractère d'ordre public du Code et de ses procédures de passation, mais pas à une modification du critère organique du Code. La jurisprudence interprète pourtant ces dispositions différemment : elle estime que, dans les cas où la personne publique n'exécute pas l'ensemble de ses missions, les contrats ne sont pas soumis au Code.

La place importante donnée à la maîtrise d'ouvrage ouvre la possibilité pour de nombreux contrats de ne pas être soumis au Code des marchés publics.

2) Les contrats exclus de l'application du Code des marchés publics

421. L'interprétation de la notion de maître de l'ouvrage fait ainsi sortir de l'application du Code des marchés publics et de ses procédures de passation à la fois des contrats nommés issus du droit privé et des contrats innomés qui sont la preuve de l'inventivité des cocontractants et la raison d'être des contrats par rapport à l'action unilatérale. Ainsi, le Conseil d'État a-t-il considéré que les Ventes en l'état futur d'achèvement (VEFA), les crédits-bails immobiliers, les nouveaux contrats de partenariat, les baux emphytéotiques et les délégations de service public n'étaient pas des marchés publics.

a) La Vente en l'état futur d'achèvement

422. Dans son arrêt de section du 8 février 1991 *Région Midi-Pyrénées c/ Syndicat d'architecture de la Haute-Garonne*³¹⁵, le Conseil d'État a annulé l'acte détachable d'une vente en l'état futur d'achèvement (VEFA)³¹⁶ pour ne pas avoir été passée dans les conditions du C.M.P. Il a toutefois implicitement accepté que des VEFA pouvaient, dans certaines conditions, ne pas être soumises au Code.

³¹⁵ CE Sect. 8 février 1991 *Région Midi-Pyrénées c/ Syndicat d'architecture de la Haute-Garonne*, rec. p. 41, *RFDA*, 1992 p. 48, concl. M. POCHARD ; *AJDA*, 1991, pp. 579-581, obs. X. DELCROS ; *JCP* 1991.II.21738 note E. FATÔME ; *RDP*, 1991, note AUBY ; *Dalloz*, 1991, SC p. 373 obs. Ph. TERNEYRE.

³¹⁶ Ce contrat est issu de l'article 1601-3 du Code civil qui dispose que dans ces contrats, la propriété des ouvrages à venir est transmise à l'acheteur au fur et à mesure de la construction, et que le prix en est payé lui aussi tout au long du contrat. Cependant, l'article précise que « *le vendeur conserve les pouvoirs du maître de l'ouvrage jusqu'à la réception des travaux* ».

En L'espèce, l'acte détachable a été annulé parce que la personne publique avait gardé la maîtrise d'ouvrage, ce que la Haute juridiction a constaté au regard de plusieurs indices. Elle précise notamment que la personne publique a eu l'initiative du contrat, qu'elle a défini les caractéristiques de l'immeuble, que ce dernier allait devenir entièrement sa propriété en fin de contrat et qu'il était conçu pour satisfaire les besoins propres de la collectivité. Ainsi, résume l'arrêt, si « *l'objet de l'opération est la construction même pour le compte de la collectivité d'un immeuble entièrement destiné à devenir sa propriété et conçu en fonction de ses besoins propres* », le contrat est un marché public et non une véritable VEFA³¹⁷. À l'inverse, quand un de ces éléments manque, le contrat n'est pas un marché public et peut être conclu librement par la collectivité.

b) Le crédit-bail immobilier

423. Le crédit-bail est un contrat issu du droit privé dont l'objet est le financement d'un bien et qui permet à une personne (le crédit-preneur) de faire acheter ou construire un bien par une autre (le crédit-bailleur, qui est le plus souvent un organisme financier), ce dernier donnant en location le bien au premier durant toute la durée du bail, et, d'une manière ou d'une autre, lui en transmet la propriété en fin de bail³¹⁸.

La question qui se pose est celle de savoir si la personne publique soumise au Code des marchés publics peut, ou non, avoir recours au crédit-bail pour financer un ouvrage, cela en lieu et place de passer un marché public de travaux. La personne publique a en effet de nombreux intérêts dans ce choix contractuel : premièrement, elle peut répartir le financement sur toute la durée du bail plutôt que d'avoir à payer un prix ; deuxièmement, les loyers qu'elle paye à l'établissement financier crédit-bailleur sont assimilés à des dépenses de fonctionnement et non d'investissement ; troisièmement, elle peut fixer des modalités de paiement des loyers en les rendant modulables en fonction des revenus de l'investissement quand il s'agit d'un service public industriel et commercial³¹⁹,

³¹⁷ Cf. F. LLORENS, « Le recours des personnes publiques à la vente d'immeuble en l'état futur d'achèvement : une condamnation partielle », *CJEG*, 1991, pp. 251-277 qui analyse l'arrêt dans toutes ses implications, notamment au regard de la loi MOP. L'auteur considère que le fondement de l'arrêt est le détournement de procédure.

³¹⁸ Cette catégorie contractuelle, issue du droit américain, a été introduite dans notre droit par la loi n°66-455 du 2 juillet 1966 *relative aux entreprises pratiquant le crédit-bail*, et aujourd'hui codifiée à l'article L. 313-7 du Code monétaire et financier : « *Les opérations de crédit-bail mentionnées par la présente sous-section sont : [...] 2. Les opérations par lesquelles une entreprise donne en location des biens immobiliers à usage professionnel, achetés par elle ou construits pour son propre compte, lorsque ces opérations, quelle que soit leur qualification, permettent aux locataires de devenir propriétaire de tout ou partie des biens loués, au plus tard à l'expiration du bail, soit par cession en exécution d'une promesse unilatérale de vente, soit par acquisition directe ou indirecte des droits de propriété du terrain sur lequel ont été édifiés le ou les immeubles loués, soit par transfert de plein droit de la propriété des constructions édifiées sur le terrain appartenant audit locataire.* »

³¹⁹ Dans le domaine de traitement des déchets ou de l'énergie, la loi est venue permettre à des établissements financiers, les SOFERGIE par exemple (cf. l'article 30 de la loi du 12 octobre 1980 *relative aux économies d'énergies*, modifiée, qui met en place ces sociétés agréées par arrêtés interministériels), de passer des crédits-bails avec les personnes publiques, ce qui a permis la construction de centrales de retraitement des déchets, de réseaux de chauffage urbain ou de parcs de stationnement urbains.

ou du budget dans d'autres cas. Enfin, quatrième, cela permet à la personne publique de bénéficier d'équipements techniquement complexes en ne passant qu'un seul contrat³²⁰.

424. Dans le cadre de tels contrats, le détenteur de la maîtrise d'ouvrage publique va partiellement conditionner l'applicabilité du Code des marchés publics. Si l'on s'en réfère à l'article 1^{er}-II du Code des marchés publics, l'absence de maîtrise d'ouvrage permet la non-soumission au code des marchés. Dans le cadre des crédits-bails, le Conseil d'État a considéré que la personne publique n'avait normalement pas la maîtrise d'ouvrage, cette dernière étant dès l'origine entre les mains du crédit-bailleur. Cependant, si la personne publique conserve effectivement les missions du maître de l'ouvrage, le contrat n'est pas un véritable crédit-bail. C'est notamment ce qui ressort d'un arrêt du Tribunal administratif de Melun du 19 mars 2002³²¹ et qui n'a pas d'équivalent pour les autres contrats qui nous voyons ici³²². Certes, il s'agit d'un arrêt de tribunal administratif et non du Conseil d'État mais il semble que la maîtrise d'ouvrage soit ici une condition véritable à la qualification de marché public, alors que dans les autres cas, elle est plutôt déduite d'une volonté de ne pas soumettre au Code.

On peut donc dire que, lorsque le contrat de crédit-bail transmet effectivement la maîtrise d'ouvrage au crédit-bailleur, ce contrat n'est pas soumis au Code des marchés publics en tant que marché de travaux publics³²³. Pour autant, en tant que contrat ayant pour premier objectif le financement des travaux, le crédit-bail peut être qualifié de marché de services financiers. En effet, d'une part ce contrat ne fait aucunement partie des exceptions citées à l'article 3 du Code des marchés publics et d'autre part l'exception de la maîtrise d'ouvrage ne jouant que pour les marchés de travaux, elle ne saurait avoir d'influence pour un marché de services.

On en arrive à une conclusion en partie regrettable : dans le cas d'une mauvaise transmission de la maîtrise d'ouvrage ou d'une délégation de maîtrise d'ouvrage à la personne publique, le crédit-bail devient un marché de travaux, tandis que dans le cas d'une bonne transmission de la maîtrise d'ouvrage au crédit-bailleur, le contrat est un marché de services financiers. Si l'on devait trouver le fondement de cette situation, il est probable que l'on pourrait l'attribuer au caractère « attractif » des travaux, même depuis qu'ils ne sont plus des travaux publics. La situation devrait néanmoins se simplifier dans la mesure où le droit communautaire a une position unique sur ce point³²⁴.

³²⁰ En réalité, cela n'est vrai que lorsque le crédit-bail ne vise pas à la construction sur le domaine public de la personne publique, faute de quoi il faut aussi passer un contrat d'occupation accordant des droits réels, ce qui rend le montage contractuel bien plus complexe. Cf. *supra* pour des développements sur les baux emphytéotiques sur le domaine public.

³²¹ TA Melun, 19 mars 2002 *Centre hospitalier Paul Giraud*, BJCP juillet 2002, n° 23 p. 270-287, 1^{ère} espèce ; concl. A. JARRIGE, obs. Ch. MAUGÜÉ

³²² On verra que cela est vraisemblablement dû à la longueur des autres contrats, longueur qui n'est pas un élément essentiel des contrats de crédit-bail.

³²³ Le professeur S. BRACONNIER, in *Droit des marchés publics*, imprimerie nationale ed. 2002 p. 92, envisage le cas où le crédit bailleur déléguerait la maîtrise d'ouvrage à la personne publique – de façon officielle cette fois-ci et non implicitement comme dans l'arrêt précité – et estime que le contrat devrait alors être passé dans les conditions du C.M.P. en tant que marché de travaux. Nous ne pouvons qu'aller dans son sens.

³²⁴ Cf. *Supra*.

c) Le contrat de partenariat

425. Le contrat de partenariat est une création récente dont on ne sait pas encore s'il s'agit d'une seule catégorie de contrats ou de plusieurs. *A priori*, la catégorie contractuelle est unique, issue d'une ordonnance du 17 juin 2004³²⁵. Elle a pourtant été précédée d'un certain nombre de textes qui mettent en place, dans des domaines particuliers, des contrats qui ont de nombreux points communs avec la catégorie d'aujourd'hui et qui sont appelés sous le terme générique de « partenariats public-privé »³²⁶ par imitation de l'expression anglo-saxonne équivalente³²⁷. On peut regrouper l'ensemble de ces contrats, y compris les contrats de partenariats, sous le « contrats globaux ».

Les caractéristiques communes à tous ces contrats sont de plusieurs ordres. D'abord ils sont tous des contrats qui transfèrent une « mission globale » qui comprend au moins deux éléments parmi les trois suivants : premièrement le financement, deuxièmement la construction ou la rénovation, à laquelle il faut ajouter parfois la conception. Troisièmement la gestion, l'entretien, la maintenance ou exploitation des ouvrages ou équipements, ainsi que l'exploitation d'un service public qui lui est alors délégué quand cela est possible³²⁸.

³²⁵ Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 *sur les contrats de partenariat*, J.O. 19 juin 2004, texte 2. Son décret d'application précise la procédure à suivre pour passer ce type de contrats : décret n° 2004-1145 du 27 octobre 2004 *pris en application des articles 3, 4, 7 et 13 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat et L. 1414-3, L. 1414-4 et L. 1414-10 du Code général des collectivités territoriales*, J.O. n° 253 du 29 octobre 2004 page 18260, texte n° 4. Par ailleurs, un décret n° 2004-1119 du 19 octobre 2004 *portant création de la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat*, J.O. n° 246 du 21 octobre 2004, p. 17821, texte n° 19, est venu mettre en place un « organisme expert » dont l'objectif est l'évaluation de l'utilité du recours à ces contrats en application de l'article 2 de l'ordonnance. Notons que cette ordonnance a été contestée au contentieux et que le Conseil d'État a jugé de sa légalité dans un arrêt du 19 octobre 2004 *Jean-Pierre Sueur et autres*, req. n° 269814, 271119, 271357 et 271362.

³²⁶ Cf. P. DELVOLVÉ « Le partenariat public-privé et les principes de la commande publique », *RDI*, novembre 2003, pp. 481-493 et « sécurité intérieure, justice et contrats publics : confirmations et inflexions », *BJCP*, 2002, n° 25, p. 418. Il est ici fait référence à l'article 3 de la loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 *d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure*, J.O. n° 202 du 30 août 2002, p. 14398, texte n° 1, et qui est étendu par l'article 118 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 *pour la sécurité intérieure*, J.O. n° 66 du 19 mars 2003, p. 4761 aux « systèmes de communication et d'information répondant aux besoins des services du ministère de l'intérieur » ; à l'article 2 de la loi n° 87-432 du 22 juin 1987 *relative au service public pénitentiaire*, J.O. du 23 juin p. 6775 et rect. du 11 juillet p. 7786, modifiée par la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 *d'orientation et de programmation pour la justice*, J.O. n° 211 du 10 septembre 2002 p. 14934, texte n° 1 et rectificatif au J.O. n° 299 du 24 décembre 2002 p. 21500. On pense aussi à l'ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003 *portant simplification de l'organisation de système de santé [...]*, J.O. n° 206 du 6 septembre 2003 p. 15391, texte n° 26 qui met en place l'article L. 6148-7 du Code de la santé publique. Tous ces textes mettent en place des mécanismes expressément dérogatoires à la loi MOP dans les mêmes termes : « par dérogation aux dispositions des articles 7 et 18 de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 [MOP] », ce qui conduit à leur rendre inapplicable le Code des marchés publics.

³²⁷ Les *Public-private partnership*.

³²⁸ L'ordonnance sur les contrats de partenariat dispose expressément : « une mission globale relative au financement d'investissements immatériels, d'ouvrages ou d'équipements nécessaires au service public, à la construction ou transformation des ouvrages ou équipements, ainsi qu'à leur entretien, leur maintenance, leur exploitation ou leur gestion,

426. L'ordonnance sur les contrats de partenariats est elle-aussi tout à fait claire sur son caractère dérogatoire par rapport à la loi MOP. Elle dispose dans le 2^e alinéa de son article 1 : « *Le cocontractant de la personne publique assure la maîtrise d'ouvrage des travaux à réaliser* ». La délégation de maîtrise d'ouvrage est donc de principe, ce qui évite justement que le Code des marchés publics soit applicable, même si la loi ne laissait aucun doute sur son caractère dérogatoire.

Contrairement aux autres cas dans lesquels la maîtrise d'ouvrage est une cause de non-application du Code des marchés publics, la source de cette exception est ici légale et non jurisprudentielle. Cet élément montre bien que la position du Conseil d'État est approuvée par la majorité des acteurs de la commande publique.

d) Le bail emphytéotique administratif

427. La « maîtrise d'ouvrage publique » a aussi été la cause d'une autre exception à l'application du Code des marchés publics dans le cadre des contrats domaniaux. Dans un arrêt *SA Sofap-Marignan Immobilier*³²⁹ le Conseil d'État a considéré que la construction d'un ouvrage financé par une *personne privée* sur le *domaine public* dans le cadre d'un *Bail emphytéotique administratif*³³⁰ ne pouvait pas être un marché public. Cet arrêt considère en effet que l'obligation légale *d'un bail de longue durée*³³¹ conduit à ce que le premier objet du contrat ne soit pas la construction pour la personne publique, mais la simple mise à disposition du bien, par un contrat de location³³². La circonstance que le bien revienne à la personne publique en fin de bail ne rentre pas en ligne de compte puisque ce bail est trop long pour que le contrat soit considéré comme étant un moyen

et, le cas échéant, à d'autres prestations de services concourant à l'exercice, par la personne publique, de la mission de service public dont elle est chargée ».

³²⁹ CE 25 février 1994, *Sofap-Marignan Immobilier*, rec. p. 94 ; *RFDA*, 1994, p. 510 concl. J. ARRIGHI de CASANOVA ; *CJEG*, 1994, pp. 569-585, chronique « bail emphytéotique, domanialité publique et financement privé d'un ouvrage public » par E. FATÔME et Ph. TERNEYRE ; *Dalloz*, 1994, jurisp. p. 536, note M. LOMBARD ; *AJDA*, 1994, p. 550, note H. PÉRINET-MARQUET

³³⁰ Le véritable Bail emphytéotique administratif est celui sur le domaine public des collectivités locales. Sur le domaine public de l'État, le bail qui accorde des droits réels n'est pas forcément un bail emphytéotique ; il peut en revanche en avoir toutes les caractéristiques. Dans les deux cas, le bail peut avoir pour objectif la construction d'un bien immobilier pour la personne publique si le contrat stipule la non-destruction du bien et son transfert à la personne publique en fin de bail.

³³¹ Les articles L. 1311-2 et 3 du CGCT (issus de la loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 et modifiés par la loi 2002-1094 du 29 août 2002) se réfèrent aux baux de l'article L. 451-1 du Code rural, ce qui en fait des baux d'une durée de 18 à 99 ans pour le domaine public des collectivités territoriales. Pour le domaine public de l'État, l'article L. 34-1, 2^e alinéa du Code du domaine de l'État précise que « *le titre fixe la durée de l'autorisation, en fonction de la nature de l'activité et de celle des ouvrages autorisés, et compte tenu de l'importance de ces derniers, sans pouvoir excéder soixante-dix ans* ». On peut donc considérer que, s'il est nécessairement en relation avec l'investissement, la durée d'un bail sur le domaine public de l'État n'est pas forcément de longue durée. Sur ce texte cf. M. LOMBARD, « La constitution de droits réels sur le domaine public, expression d'un compromis ambiguë entre protection et valorisation des propriétés publiques », *ALD*, 1994, n° 18, pp. 183-185.

³³² Ajoutons tout de même que le contrat contenait une clause de résiliation unilatérale, ce qui est là encore de nature à réduire sa durée et par conséquent à laisser rapidement la pleine propriété de l'immeuble au bailleur. Dans ce cas, on serait vraiment proche d'un marché public dans lequel l'indemnité de résiliation ressemblerait à un prix.

comparable aux marchés publics pour obtenir la propriété du bien. Le Conseil d'État est conforté dans cette position par le contrat lui-même, qui stipule que la Ville de Lille ne jouera pas le rôle de maître de l'ouvrage, ni au cours de la réalisation de l'ouvrage (Il s'agissait de la mairie de cette commune) ni avant la fin du contrat. Pour le Conseil d'État, le fait qu'une partie de l'ouvrage corresponde aux besoins de la ville ne change rien à cette absence officielle de maîtrise d'ouvrage. La longueur du contrat est donc, malgré les autres éléments, ce qui fonde l'absence de maîtrise d'ouvrage de la personne publique ; et ce qui exclut que le contrat soit un marché public³³³.

Cet arrêt est l'occasion de montrer ce qui est peut-être une des sources de la spécificité française dans l'existence de cette notion de « maîtrise d'ouvrage ». Dans son 6^e considérant, le Conseil d'État pèse les différents aspects du contrat – le fait que la Ville de Lille ne joue pas le rôle de maître de l'ouvrage durant la construction principalement – et il en tire la conclusion que « *par suite l'opération en vue de laquelle a été passé le bail contesté ne présente pas [...] le caractère d'une opération **de travaux publics** [et que par conséquent] l'opération [ne constitue pas] un marché de travaux publics* ». Les développements de notre première partie nous montrent à quel point le Conseil d'État soulève ici une question qui n'a pas lieu d'être, la nature de travaux publics des travaux en cause n'ayant aucun intérêt, ni pour la qualification de marché, ni pour la solution du litige. Ce point est pourtant intéressant. Il permet en effet de faire le lien entre la notion de maîtrise d'ouvrage public et celle de travaux publics. Si l'on compare les définitions de ces deux notions, on constate d'ailleurs leur proximité : le maître de l'ouvrage est celui « *pour le compte* » duquel l'ouvrage est construit, les travaux publics étant ceux exécutés « *pour le compte* » d'une personne publique³³⁴. Il apparaît donc qu'il y a une forme de continuité dans l'approche du Conseil d'État en ce qu'il assimile les contrats dans lesquels la personne publique n'aurait pas la maîtrise d'ouvrage à des contrats non soumis au Code des marchés, comme il considèrerait auparavant que les contrats ne portant pas sur des travaux publics n'étaient pas des marchés de travaux publics.

Parmi les conséquences de cette approche, on trouve donc l'inversion du sens que l'on pourrait donner à la loi de 1985. Comme le soulevaient semble-t-il les requérants dans l'arrêt *SA Sofap-Marignan* – si l'on s'en réfère au 9^e considérant – la loi pourrait être analysée comme contraignante, c'est-à-dire comme obligeant la personne publique à conserver la maîtrise d'ouvrage, ce qui conduirait à l'interdiction de l'utilisation de tous les contrats précités dans laquelle il la perd, ou au moins de leur soumission au Code des

³³³ On retrouve cette conséquence de la longueur aussi pour les locations-ventes avec option d'achat comme dans l'arrêt CE 12 octobre 1988 *Ministre des affaires sociales c/ Société d'études, de réalisations, de gestion immobilière et de construction (SERGIC)*, rec. p. 338, E. FATÔME, « Réflexions sur les notions de travail effectué pour le compte d'une personne publique et de maître de l'ouvrage », *CJEG*, avril 1990, pp. 119-124.

³³⁴ Nous pouvons ici nous cantonner à la définition la plus utilisée, celle issue de l'arrêt du Conseil d'État du 1^{er} juin 1921 *Commune de Monségur*, rec. p. 617 ; *Sirey*, 1921.III p. 49, concl. L. CORNEILLE, note M. HAURIOU ; *Dalloz*, 1922.III p. 26, concl. L. CORNEILLE ; *RDP*, 1921, p. 361, concl. L. CORNEILLE ; note G. JÈZE ; pour laquelle sont des travaux publics ceux exécutés « *pour le compte d'une personne publique dans un but d'utilité générale* ».

marchés publics quand cela est possible³³⁵. À l'inverse, cette approche par une forme « d'incompatibilité » comme on a pu en voir entre le régime de la copropriété et de la domanialité publique³³⁶ permet d'éviter une soumission au Code des marchés publics.

e) Délégations de service public et maîtrise d'ouvrage publique

428. Le débat concernant la distinction entre les délégations de service public et les marchés publics se concentre en règle générale sur le critère de la contrepartie. Dans le cadre des délégations, la rémunération du cocontractant est substantiellement fonction des résultats de l'exploitation du service public dont il a la charge, dans celui des marchés, il s'agit d'un prix. La question du détenteur de la maîtrise d'ouvrage est pourtant, pour les concessions comprenant au moins une part de travaux, une des différences. Ainsi, lorsqu'il y a marché de travaux, le maître de l'ouvrage est la personne publique et non son cocontractant ; à l'inverse, dans le cadre des délégations, c'est le concessionnaire ou le fermier qui vont être maîtres de l'ouvrage.

Peut-on faire de cet élément un critère de distinction entre les deux contrats ? La question ne trouve pas de solution aujourd'hui dans la mesure où la maîtrise d'ouvrage est envisagée comme une conséquence de la qualification de marché ou de concession. À l'inverse des autres cas que nous venons de voir, notamment la VEFA, la personne publique n'est jamais considérée comme gardant la maîtrise d'ouvrage, ce qui exclut donc qu'une concession soit requalifiée de marché sur le fondement de la conservation de ce rôle. La raison de cette situation tient vraisemblablement à l'un des critères des concessions – applicable à l'ensemble des délégations de service public – qui était considéré comme primordial au XIX^e et au début du XX^e siècle³³⁷ et qui l'est bien moins aujourd'hui : la longueur du contrat.

Si l'on se réfère à ce qui a été dit à propos des baux emphytéotiques, ce qui empêche la personne publique d'être considérée comme maître de l'ouvrage, c'est le fait que celui-ci ne devient pas propriétaire de l'ouvrage dès la fin de la construction. Au fond, les autres éléments de la définition de la maîtrise d'ouvrage paraissent indifférents si le contrat est de longue durée. Ainsi, que la personne publique fixe, dans le contrat de concession, les éléments principaux du projet, qu'elle soit chargée de fixer ou de participer à la fixation des tarifs de la concession, voire qu'elle bénéficie partiellement de l'ouvrage dès sa construction grâce à un bail, importent peu. Pour ce qui est des délégations de

³³⁵ C'est à la suite d'un raisonnement dans ce sens que Ch. BRÉCHON-MOULÈNES, in « Le droit communautaire des marchés de travaux », *RDI* 1990 p. 27 estime qu'il est impossible à une personne publique d'utiliser le contrat de promotion immobilière de l'article 1831-1 du Code civil dans la mesure où le promoteur est « représentant » de la personne publique et qu'il n'a donc pas le rôle de maître de l'ouvrage qui reste entre les mains de la personne publique.

³³⁶ Cf. CE 11 février 1994, *Compagnie d'assurance La Préservatrice foncière*, *CJEG*, 1994, p. 197, chron. P. Sablière, concl. M. TOUTÉE ; *AJDA*, 1994, p. 548 note J. DUFAU ; *Dalloz*, 1994 p. 493, note J.-F. DAVIGNON ; *JCP (G)*, 1994.II.22338, note M.-Ch. ROUAULT.

³³⁷ Cf. par exemple G. JÈZE, *Les contrats administratifs*, Paris, *Giard. Ed.*, 1927, Tome 1, spé. pp. 83-88, avec un § 5 intitulé « La concession de service public est toujours convenue pour une longue période de temps », longue durée qu'il présente comme le cinquième critère de la concession.

service public qui comprennent une part de construction – c'est-à-dire l'essentiel d'entre-elles – la présence de biens de retour dont la propriété appartient dès leur construction à la personne publique ne modifie en rien la nature du contrat.

429. Il apparaît clairement que la notion de maîtrise d'ouvrage publique ne peut pas aujourd'hui être considérée comme un critère de distinction entre les marchés et les concessions. En revanche, par la notion de maîtrise d'ouvrage publique, on peut donc constater que le critère de la longue durée est un critère plus important qu'il n'y paraît des concessions, critère sans lequel, on le savait, non seulement le paiement est difficilement fondé sur les résultats de l'exploitation, mais en plus, on le voit, la maîtrise d'ouvrage peut ne pas être déléguée.

3) *Maîtrise d'ouvrage publique et droit communautaire*

430. Le droit communautaire ne connaît pas la notion de maîtrise d'ouvrage. Le critère organique des marchés de travaux, déjà plus large qu'il ne l'est dans le code français, n'est pas en plus limité par les missions que peuvent avoir les pouvoirs adjudicateurs ou les entités adjudicatrices. Au contraire, en faisant référence à une construction « *par quelque moyen que ce soit* », la directive semble expressément soumettre à ses dispositions les contrats dans lesquels le pouvoir adjudicateur « fait-faire » un ouvrage, c'est-à-dire en droit interne les cas dans lesquels la personne publique perd la maîtrise d'ouvrage. L'élément de la définition communautaire qui pourrait se rapprocher de la notion de maîtrise d'ouvrage est l'obligation que l'ouvrage « *réponde aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur* »³³⁸. Cependant, si cette obligation va dans le même sens, non seulement on peut remarquer qu'elle est exprimée de façon spécialement large, mais en plus qu'on ne peut lui donner la précision de la notion de maîtrise d'ouvrage sauf à contredire la possibilité de faire-faire par quelque moyen que ce soit.

431. C'est d'ailleurs dans ce sens qu'est allée la jurisprudence de la Cour de justice³³⁹ puisqu'elle a qualifié de marché de travaux un contrat italien dans lequel des

³³⁸ Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004, *relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services*, JOUE L134 du 30 avril 2004 art. 1^{er} point 2 b) : « *Les «marchés publics de travaux» sont des marchés publics ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement la conception et l'exécution de travaux relatifs à une des activités mentionnées à l'annexe I ou d'un ouvrage, soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur* ». Directive 93/37/CEE du Conseil, du 14 juin 1993, *portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux*, JOCE n° L. 199 du 9 août 1993 p. 54 : article 1^{er}, a) « *les marchés publics de travaux sont des contrats à titre onéreux, conclus par écrit entre, d'une part, un entrepreneur et, d'autre part, un pouvoir adjudicateur défini au point b) et ayant pour objet soit l'exécution, soit conjointement l'exécution et la conception des travaux relatifs à une des activités visées à l'annexe II ou d'un ouvrage défini au point c), soit la réalisation, par quelque moyen que ce soit, d'un ouvrage répondant aux besoins précisés par le pouvoir adjudicateur;* »

³³⁹ CJCE 12 juillet 2001, *ordre des architectes de la Province de Milan et autres c/ commune de Milan et autres*, *Contrats et marchés publics*, 2001, comm. n°154, obs. F. LLORENS ; JCP (G) 2001.I.368 p. 2250, obs S. BRACONNIER ; BJCP, 2001, n° 19, p. 475, concl. Ph. LÉGER et obs. Ph. TERNEYRE « *La réalisation d'un équipement public en remplacement du paiement d'une contribution financière en matière d'urbanisme constitue-t-elle un marché public de travaux au sens du droit communautaire ?* ».

promoteurs immobiliers construisaient un théâtre au profit de la Ville de Milan au milieu d'un lotissement, en remplacement de taxes d'urbanisme dues. Il s'agissait d'un paiement en nature de ces taxes. Or alors qu'en droit français on peut penser que les lotisseurs auraient été considérés comme ayant la maîtrise d'ouvrage, la Cour de justice constate que l'ouvrage est réalisé pour la Ville de Milan dans des conditions qui par ailleurs correspondent aux autres critères des marchés de travaux – caractère écrit du contrat, caractère onéreux du marché, qualités d'entrepreneur et de pouvoir adjudicateur des parties – et que par conséquent, le contrat constitue bien un marché de travaux au sens de la directive. Partant, il aurait dû être passé en suivant les procédures de publicité et de mise en concurrence dès lors qu'il dépassait les seuils fixés par la directive.

On ne peut dès lors que constater la probable contradiction entre le Code des marchés et la directive 93/37, et par conséquent l'illégalité des contrats de VEFA ou de baux emphytéotiques lorsqu'ils sont passés sans procédures de passation au dessus des seuils d'application des directives. Par ailleurs, le droit communautaire va plus loin que le droit français en qualifiant de marchés de services tous les contrats de crédit-bail en application de l'article 1^{er} de la directive *services* du 18 juin 1992³⁴⁰.

432. Conclusion du C) : Toutes les catégories contractuelles que nous avons détaillées, pour l'essentiel issues du droit privées, pourraient être des marchés publics. Pourtant, la seconde condition de la définition du Code des marchés publics, qui porte sur la conservation de la « maîtrise d'ouvrage publique » par la personne publique, les font sortir du champ d'application de ce Code. Certes, on comprend l'objet de cette limitation : soit l'ouvrage construit ne bénéficie pas tout de suite à la personne publique, soit cette dernière n'en a pas fixé les caractéristiques, exactement comme si elle achetait un ouvrage déjà édifié. Pourtant, la complexité des contrats peut déjouer ces justifications, par exemple par des phénomènes de location avant que l'ouvrage ne revienne à la personne publique ou par une définition occulte des besoins de la personne publique. À cette critique de fait s'en ajoute une juridique qui est que la situation interne n'est pas suivie par le droit communautaire dans lequel la notion de maîtrise d'ouvrage n'a pas de rôle. Plus encore, on peut envisager – craindre ou espérer selon son approche – la disparition de la notion de maîtrise d'ouvrage à moyen terme, dans le souci d'unifier le droit applicable en dessous ou au dessus des seuils.

433. Conclusion de la première section : On touche un peu à l'évolution de l'approche organique du droit administratif avec le droit de la commande publique. À partir d'une vision très stricte de l'État, qui n'est personne publique que lorsqu'il agit dans l'intérêt général en utilisant les attributs de son pouvoir, vision qui a été ensuite lentement étendue aux autres personnes publiques, on est peu à peu arrivé à un droit des marchés

³⁴⁰ Directive 92/50 du 18 juin 1992 qui dispose que « les contrats de service conclus parallèlement, préalablement ou consécutivement au contrat d'acquisition ou de location, sous quelque forme que ce soit, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles ou qui concernent des droits sur ces biens » sont soumis à ses dispositions.

publics considéré comme le droit de l'achat par les personnes publiques. La seule exception à cela était que les établissements publics industriels et commerciaux étatiques n'y étaient pas soumis. Cette approche, lentement mise en place sur cent cinquante ans, a abouti au Code des marchés publics de 1964 qui marque une étape importante en ce qu'il fige un champ d'application organique qui est encore aujourd'hui celui du Code de 2004. Le droit communautaire a bien entendu essentiellement suivi sur ce point le droit interne. Les « pouvoirs adjudicateurs » et les « entités adjudicatrices » sont eux aussi principalement des personnes publiques, et il faut même noter une extension de ces dispositions aux établissements publics industriels et commerciaux étatiques et aux personnes morales de droit public *sui generis*. À Cela il faut ajouter que le droit français a pour sa part estimé que les personnes publiques étaient au cœur des délégations de service public et des contrats de partenariat et que leur rôle dans la construction devait être celui d'un « maître de l'ouvrage » faute de quoi le contrat ne pouvait pas être un marché public. Pourtant, on ne saurait faire de ce cœur l'ensemble du champ d'application de la commande publique. Le cadre ancien, limité aux personnes publiques a éclaté et si la France résiste en conservant le Code dans son champ d'application ancien, elle est contrainte de développer des lois extérieures afin de prendre en compte l'extension du droit de la commande publique, non seulement à certaines personnes publiques mais aussi et surtout à certaines personnes privées.

SECTION 2^E : L'EXTENSION DU DROIT DES MARCHÉS PUBLICS À CERTAINES PERSONNES PRIVÉES

434. L'existence de marchés publics passés par des personnes privées apparaît au premier abord comme une incongruité. Les dispositions de la loi MURCEF qualifiant tous les marchés soumis au Code des marchés publics de contrats administratifs visaient d'ailleurs à lutter contre cet avatar juridique ; et l'on peut dire la même chose de l'ordonnance du 17 juin 2004 *sur les contrats de partenariat*³⁴¹, qui précise à son article 1^{er} qu'ils « *sont des contrats administratifs* ». Pourtant, de tels contrats ont existé et existent toujours si l'on veut bien avoir une vision plus réaliste – et plus large – de la notion de marchés publics. Non seulement en effet ils ont existé au cours du XIX^e siècle, il suffit de rappeler par exemple la soumission aux procédures de passation de l'ordonnance de 1837 des marchés de fournitures des communes, alors même que ces contrats étaient des contrats de droit privé³⁴², situation qui a perduré au moins jusqu'en 1903, date de l'arrêt *Terrier*³⁴³, et même encore un peu après.

Pour ce qui est de l'état actuel du droit, la soumission de plus en plus fréquente de personnes privées au « droit des marchés publics » apparaît comme étant principalement due aux directives communautaires. Leurs critères organiques très larges étant en réalité des critères finalistes, la personnalité juridique interne – publique ou privée – que peuvent avoir les pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices est une variable qui n'intéresse pas le droit communautaire. Cette évolution est d'ailleurs plus patente encore pour les secteurs spéciaux que pour les secteurs classiques (Sous-Section 1^e).

³⁴¹ Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 *sur les contrats de partenariat*, J.O. 19 juin 2004, texte 2. Cette ordonnance a été suivie de deux décrets d'application : le premier est le décret n° 2004-1145 du 27 octobre 2004 *pris en application des articles 3, 4, 7 et 13 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat et L. 1414-3, L. 1414-4 et L. 1414-10 du Code général des collectivités territoriales*, J.O. n° 253 du 29 octobre 2004 page 18260, texte n° 4, et le second le décret n° 2004-1119 du 19 octobre 2004 *portant création de la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat*, J.O. n° 246 du 21 octobre 2004, p. 17821, texte n° 19. Notons que cette ordonnance a été contestée au contentieux et que le Conseil d'État a jugé de sa légalité dans un arrêt du 19 octobre 2004 *Jean-Pierre Sueur et autres*, req. n° 269814, 271119, 271357 et 271362.

³⁴² Les communes étaient en effet considérées comme des « personnes civiles » pour la passation de leurs contrats, ce qui le soumettaient au droit privé dans le cadre des marchés de fournitures en application de l'interprétation que l'on faisait à l'époque du décret du 11 juin 1806 (à l'inverse de ce qui se passait pour les contrats de travaux publics en application de la loi du 28 pluviôse An 8). Cf. *Première partie, titre 2^e, chapitre 1^{er}, Section 1^{ère}, Sous-Section 1^{ère}, § 2^e A, 1.*

³⁴³ CE 6 février 1903 *Terrier*, rec p. 94, concl. J. ROMIEU ; *Dalloz* 1904, III p. 65, concl. J. ROMIEU ; *Sirey* 1903, III p. 25 concl. J. ROMIEU, note HAURIU

Mais le droit interne connaît aussi le cas de marchés publics, et plus largement de contrats de la commande publique, dont les deux parties sont des personnes privées. Il s'agit des situations dans lesquelles la personne voulant subvenir à ses besoins en travaux, fournitures et services – directement ou en les déléguant – n'est pas une personne publique, mais un mandataire de celle-ci. La vision classique du droit administratif d'un mandat largement entendu pourrait laisser penser que l'ouverture de ce type de contrat au mécanisme du mandat étend le champ d'application des contrats de la commande publique. Une analyse plus précise montre au contraire que cette vision classique, principalement issue du droit des « travaux publics », ne saurait s'étendre au droit de la commande publique (Sous-Section 2^e).

Sous-Section 1^e : L'extension communautaire à certaines personnes privées

435. Les notions de pouvoirs adjudicateurs et d'entités adjudicatrices qui constituent les critères organiques des directives – respectivement dans les « secteurs classiques » et dans les « secteurs spéciaux » – ne contiennent pas de référence à la qualité de personne publique ou privée des entités qu'elles régissent. Partant, dans la mesure où elles correspondent aux critères posés par les directives, même les personnes privées doivent respecter les procédures de passation communautaires.

Puisque le Code des marchés publics ne s'appliquait qu'à des personnes publiques, la transposition des dispositions des directives pour ce qui concerne les personnes privées s'est faite par des textes spéciaux. Or les directives touchant aux principes fondamentaux des « obligations civiles et commerciales³⁴⁴ », l'article 34 de Constitution imposait qu'elles fussent transposées par la loi, ce que le législateur a fait en deux temps, d'abord pour les secteurs classiques (§ 1er), ensuite pour les secteurs spéciaux (§ 2ème).

§ 1er : Les personnes privées, pouvoirs adjudicateurs

436. Les cas dans lesquels les personnes privées peuvent être des pouvoirs adjudicateurs ne sont pas spécialement nombreux³⁴⁵. L'objet des directives n'est pas en

³⁴⁴ L'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 précise que « [...] La loi détermine les principes fondamentaux [...] - du régime de la propriété, des droits réels et des obligations civiles et commerciales ; [...] ». La nécessité d'une réforme législative tient également au fait que ce texte porte aussi atteinte à la libre administration des collectivités territoriales, liberté qui ne peut être aménagée que par la loi.

³⁴⁵ Le professeur Ph. TERNEYRE rappelle d'ailleurs dans le premier commentaire sur la loi de 1991 (*ALD* 1991, n° 7 du 11 avril p. 41 et n° 8 du 25 avril p. 49) le nombre réduit de marchés de travaux – 1300 – qui auraient été touchés en 1988 par cette transposition. Certes il faut aujourd'hui ajouter les marchés de fournitures ou de services, mais encore faut-il que ces marchés dépassent les seuils communautaires. À cela il faut ajouter les exceptions posées à l'article 12 de la loi du 3 janvier 1991 qui excluent l'application des procédures de publicité ou de mise en concurrence pour les marchés dans les

effet de s'appliquer dans des secteurs normalement gérés par des personnes privées, elles ne doivent théoriquement s'appliquer que dans des cas dans lesquels les personnes privées agissent « comme des personnes publiques ». C'est d'ailleurs ce qui ressort des critères des pouvoirs adjudicateurs (A). La volonté de soumettre largement les concessions à des procédures de publicité constitue une autre extension des marchés publics (B).

A) Les pouvoirs adjudicateurs privés passant des marchés publics « européens »

437. Si l'on s'en réfère à la notion de pouvoirs adjudicateurs telle qu'elle est posée par la directive 2004/18³⁴⁶, les personnes privées peuvent être soit des « organismes de droit public » soit des « associations de plusieurs collectivités ou organismes de droit public ».

L'hypothèse dans laquelle les personnes privées sont des « associations de pouvoirs adjudicateurs » est, on l'a vu³⁴⁷, considérée par certains avocats généraux devant la CJCE comme impossible. En effet, dans la mesure où l'« association » en question devrait à leur sens ne recouvrir que des entités sans personnalité morale, une personne privée qui a par essence une personnalité morale ne devrait pas pouvoir être une association de ce type. Pourtant, c'est bien en faisant fi de l'opinion des avocats généraux et en analysant les dispositions de la directive plus pragmatiquement que le législateur français a transposé la directive. C'est ainsi qu'il a estimé à l'article 9 a) de la loi du 3 janvier 1991 qu'étaient soumis à procédure de passation les « groupement[s] de droit privé formé[s] entre des collectivités publiques »³⁴⁸.

Cette disposition vise spécifiquement en droit français des associations régies par la loi de 1901 et des Groupements d'intérêt économique regroupant des pouvoirs adjudicateurs. Cette question est spécialement représentative de la différence fondamentale d'approche entre le droit interne et le droit communautaire : alors que le droit interne développe ces modes privés d'activité publique dans le but exprès de se soumettre à la souplesse présumée du droit privé, le droit communautaire va au contraire aller chercher « l'activité de droit public » et l'argent public qui s'y attache sans considération de la personnalité morale de l'entité. Au sens du droit communautaire, passer par un organisme de droit privé pour échapper aux procédures de passation constituerait un détournement

secteurs spéciaux, pour les marchés déclarés secrets et ceux passés en application d'un traité international.

³⁴⁶ Cette directive ne faisant que reprendre sur ce point celle de 1993 et surtout celle de 1989 qui a servi de fondement à la transposition dans la loi du 3 janvier 1991.

³⁴⁷ Cf. *supra*

³⁴⁸ Loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 *relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence*. J.O. 5 janvier 1991 p. 236, *Dalloz* et *ALD* 1991 p. 95 ; *ALD* 1991, n° 7 du 11 avril p. 41 et n° 8 du 25 avril p. 49, commentaire Ph. TERNEYRE ; *AJDA* 1991 pp. 296-300, commentaire M. GUIBAL. On rappellera que ce texte au départ limité aux marchés publics de travaux (selon la définition qu'en donne la directive 93/37) a été étendu aux marchés de fourniture et de service par la loi 97-50 du 22 janvier 1997 et le décret 98-112 du 27 février 1998. Sur cette dernière transposition, cf. Ch. MAUGÜÉ et Ph. TERNEYRE « Achèvement (ou presque) de la transposition des directives marchés publics. Commentaire de la loi du 22 janvier 1997 et des décrets du 27 février 1998 », *RFDA* 1998 p. 593 à 608

des objectifs des directives, c'est pour cette raison qu'il préfère faire rentrer ce mode d'action administrative dans le champ d'application des directives « marchés publics », même si c'est un mode « privé ».

438. La soumission des personnes privées qualifiées en droit communautaire « *d'organismes de droit public* » procède pour partie de la même logique³⁴⁹. Ces organismes, qualifiés par la loi du 3 janvier 1991 « *d'organismes privés créés en vue de satisfaire spécifiquement un besoin d'intérêt général autre qu'industriel et commercial* » et sous influence publique sont soumis aux procédures par simple application des dispositions de la directive³⁵⁰. On peut distinguer les entités selon les modalités du contrôle public³⁵¹. Certaines de ces entités sont financées majoritairement par des personnes publiques. C'est le cas des caisses de sécurité sociale en dehors des trois caisses nationales³⁵² ou à des associations locales comme les comités des fêtes... même si pour toutes les entités locales la condition de seuil constitue un obstacle important à l'application du droit d'origine communautaire. L'autre critère d'influence publique possible est le contrôle de la gestion de la personne privée par un organisme public³⁵³. Cette hypothèse représente vraisemblablement la plus grande catégorie puisqu'elle comprend toutes les fédérations sportives, toutes les associations faisant appel à la générosité publique, mais aussi toutes les sociétés privées d'habitation à loyer modéré. Le dernier critère d'influence publique est la nomination des dirigeants de ces personnes privées par des personnes publiques. Ces cas sont à l'inverse probablement les plus rares, on n'en trouve en réalité que dans des Sociétés d'économie mixte locales gérant des services publics administratifs³⁵⁴.

³⁴⁹ Remarquons que la notion de pouvoir adjudicateur a été précisée par la Cour de justice à l'occasion des marchés d'une personne privée – hollandaise – chargée de la collecte des ordures ménagères Cf. CJCE 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem c/ BFI Holding*, aff. C-360/96, rec. p. I-6821; *BJCP* n° 2 p. 155-170, concl. A. LA PERGOLA, note Ch. MAUGÜÉ

³⁵⁰ On notera pourtant la qualification presque paradoxale d'« organisme privé » de ce qui est en droit communautaire justement qualifié « d'organisme de droit public ». Le paradoxe qui n'est qu'apparent est une nouvelle preuve de la différence d'approche entre les deux sources du droit : là où le droit communautaire se fonde sur la mission et l'origine de l'argent en cause pour qualifier l'organisme de public, le droit interne va au contraire avoir recours à une approche par la personnalité morale et insister sur le fait que le champ d'application de cette disposition reste limitée à des personnes privées.

³⁵¹ Pour l'analyse des autres conditions – notamment I, cf. les remarques *infra* à propos du droit communautaire.

³⁵² Ces caisses sont en effet des établissements publics administratifs par détermination de la loi, donc des personnes morales de droit public. Cf. *Code de la sécurité sociale*, art. L. 221-2 pour la *caisse nationale d'assurance maladie*, art. L. 222-4 pour la *caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés* et art. L. 223-2 pour la *caisse nationale des allocations familiales*. Ces organismes font par ailleurs partie de la liste des organismes de droit public que l'on trouve en annexe 1 de la directive Travaux 93/37 (catégorie organismes, point 1.3)

³⁵³ Ce contrôle comprend aussi celui des juridictions financières, ce qui élargit bien évidemment le champ d'action de ce critère.

³⁵⁴ Cf. Ch. MAUGÜÉ et Ph. TERNEYRE « Achèvement ... » *Op. Cit.* p. 598

B) Concessions et marchés publics communautaires

439. Les concessions de travaux ont été reconnues par la directive travaux comme faisant partie intégrante des « marchés publics » au sens européen. Le publiciste français ne laisse pas de s'étonner de cette assimilation si contraire lui semble-t-il à l'approche de notre droit qui « traditionnellement » distingue, au sein des contrats visant à la réalisation des travaux publics, ces deux catégories contractuelles. C'est oublier la tradition de l'ancien droit et la pratique postérieure qui comme le droit communautaire constataient la proximité de ces contrats pour leur appliquer le même régime. Ainsi, MALAPERT nous précise-t-il que l'ordonnance de 1535 qui imposait l'adjudication au rabais³⁵⁵ pour les marchés de l'État s'appliquait aussi aux concessions tellement cette règle de passation apparaissait comme « absolue »³⁵⁶. AUCOC³⁵⁷ va dans le même sens en rappelant un arrêt du Conseil du 10 septembre 1602³⁵⁸ qui autorise la Ville de Nevers à faire une adjudication pour établir un octroi sur le vin pour subvenir aux frais de la réparation du pont.

La pratique et le droit sont pourtant tout autres aujourd'hui et le droit communautaire bien plus restrictif. Il est non seulement limité dans son régime puisqu'il se contente de soumettre les concessions à des mesures de publicité, mais il est aussi limité dans le nombre de personnes privées qui peuvent passer de concessions de travaux (1). Il ne faut cependant pas oublier qu'il soumet aussi certains concessionnaires privés à des procédures communautaires de publicité pour la passation de leurs propres marchés (2).

1) Les personnes privées concédantes

440. Les concessions de travaux au sens communautaire étant définies par les directives de la même manière que les marchés publics, excepté pour ce qui est du mode de rémunération, les deux notions se fondent par conséquent sur un critère organique identique. Il s'ensuit que les mêmes personnes privées qui sont susceptibles de passer un marché au sens communautaire peuvent aussi passer une concession de travaux. L'article 11 de la loi du 3 janvier 1991 et son décret d'application n° 92-311 du 31 mars 1992 ont donc mis en place un régime pour ces concessions de travaux passées par des personnes privées le plus souvent avec d'autres personnes privées. Conformément aux directives, ces

³⁵⁵ La procédure voulait que la personne publique propose un prix et les personnes habilitées à donner des propositions, et que celui qui aurait fait l'offre la plus basse à la mort de trois feux était déclaré adjudicataire.

³⁵⁶ M. F. MALAPERT, *Histoire de la législation des travaux publics*, Paris, *Librairie générale de l'architecture ed.*, 1880 p. 91 : « La règle que les travaux publics devaient être mis en adjudication était si absolue, que l'on ne s'en dispensait pas, lors même que les travaux étaient donnés à des concessionnaires, à qui le Roi accordait par faveur spéciale des grands ouvrages à exécuter, parce qu'il voulait les enrichir. »

³⁵⁷ Léon AUCOC *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'école des ponts et chaussées*, 3^e ed. *Vve Ch. Dunod ed.* 1886 p. 316 n°630

³⁵⁸ *Ibid*, Arrêt du Conseil du 10 septembre 1602, relatif aux travaux de réparation du pont de Nevers sur la Loire. AUCOC précise les faits de l'arrêt en note en citant M. VIGNON et ses *Etudes sur l'histoire des voies publiques en France*.

contrats ne sont soumis qu'à des mesures de publicité et non à une véritable mise en concurrence, et cela seulement au dessus de seuils d'application du droit communautaire. Pourtant, l'existence de ces contrats est doublement remarquable, d'une part parce qu'elle fait rentrer les concessions françaises dans le droit communautaire, d'autant que, comme nous l'avons déjà dit, la plupart des concessions de travaux au sens communautaire sont en droit français des concessions de service et travaux publics soumis au régime des concessions de service public. D'autre part, parce qu'il est fort probable de voir à moyen terme le droit applicable aux « concessions de travaux » se généraliser à la catégorie, reconnue dans les directives de 2004, des « concessions de service ». Si l'évolution va dans ce sens, on ne peut pourtant que noter la différence qu'il y aurait une nouvelle fois, au sein du droit de la commande publique, entre le droit communautaire et le droit français puisque la loi Sapin telle qu'interprétée par la jurisprudence et modifiée ensuite par la loi MURCEF ne s'applique qu'aux contrats des « personnes morales de droit public » et que les évolutions les plus récentes, comme celle des *Contrats de partenariat*³⁵⁹, vont aussi dans ce sens.

2) Les personnes privées « concessionnaires » soumises au droit des marchés publics

441. Il ne s'agit pas ici d'envisager le cocontractant du concédant en tant que tel, mais bien d'appréhender le concessionnaire lui-même, comme entité devant passer ses contrats dans des conditions particulières de passation. L'analyse du droit communautaire est à son égard guidée par la volonté de dépasser les éventuels montages contractuels qui pourraient « cacher » un marché public, et c'est cette analyse qui a été transposée à l'article 11 de la loi du 3 janvier 1991. La volonté des directives est de plus relayée, et même étendue, à des contrats proches des concessions, par le droit interne.

Pour ce qui est des concessionnaires, outre les cas dans lesquels ils sont aussi des pouvoirs adjudicateurs³⁶⁰, l'article 11 § 2 de la loi du 3 janvier 1991 les soumet aux procédures de publicité du décret n° 92-311 du 31 mars 1992 comme l'avait été le concédant originel. L'objet de ces dispositions est bien entendu d'éviter que les personnes publiques délèguent la construction d'un ouvrage à une personne en suivant les procédures de publicité mais que l'objet du contrat soit réalisé par une autre personne à qui le concessionnaire aurait transmis le contrat – sans publicité et donc potentiellement sans respect des principes de concurrence et d'égalité.

³⁵⁹ Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 *sur les contrats de partenariat*, J.O. 19 juin 2004, texte 2. Cette ordonnance a été suivie de deux décrets d'application. Pour la référence aux personnes publiques, cf *supra* note 271.

³⁶⁰ Directive 2004/18 article 62 : « Lorsque le concessionnaire est un pouvoir adjudicateur au sens de l'article 1er, paragraphe 9, il est tenu, pour les travaux à exécuter par des tiers, de respecter les dispositions que la présente directive établit pour la passation des marchés publics de travaux ». La directive 93/37, article 3, point 3 disposait : « Lorsque le concessionnaire est lui-même un des pouvoirs adjudicateurs visés à l'article 1er point b), il est tenu, pour les travaux à exécuter par des tiers, de respecter les dispositions de la présente directive. »

La transposition française va pourtant plus loin que ne le requiert la directive sur ce point. Elle ajoute en effet aux concessionnaires – plus exactement aux « *titulaires d'un contrat mentionné ci-dessus [au paragraphe 1er]* » – les titulaires d'un « *contrat de même nature* » passé par les pouvoirs adjudicateurs « *lorsque ces titulaires ne sont pas soumis au Code des marchés publics ou ne figurent pas à l'article 9* ». On doit comprendre que ces dispositions soumettent à publicité tous les contrats qui ne sont ni des marchés ni des concessions mais qui, passés par des pouvoirs adjudicateurs ont *la même nature* que les concessions. Les vastes querelles que ces dispositions auraient pu susciter n'ont pas eu lieu. Il faut voir dans cet ajout la volonté du législateur interne de ne pas permettre des détournements de procédures communautaires en jouant sur l'existence, dans notre tradition, de contrats ayant aussi la qualification de concessions en droit communautaire. Ce texte permet en effet que des contrats qui ne seraient pas à proprement parler des concessions mais qui s'en rapprocheraient – on pense notamment aux affermages, aux contrats *sui generis* mais aussi aux METP³⁶¹ très en vogue au moment de la transposition – soient soumis aux procédures de publicité communautaire³⁶².

442. Comment pourtant ne pas retrouver dans ces dispositions la tendance à l'extension de la notion de marchés publics que nous développons depuis le début de cette étude ? En effet, non seulement on voit le droit français se soumettre au droit communautaire et accepter de soumettre les concessions de travaux et service public à des procédures communautaires de publicité, mais on le voit de plus accepter d'assimiler aux concessions d'autres contrats comportant une part de travaux, mais financés autrement que par un prix. On peut certainement voir dans cette disposition l'idée de « délégation de service public » qui fondera la loi Sapin deux ans plus tard. On retrouve en effet une « idée fondamentale » qui, au-delà de l'objet matériel du contrat qui est différent (en 1991 les « contrats de même nature » ont en effet pour point commun d'être fondé sur les *travaux* alors qu'en 1993 les délégations de *service public* sont au contraire unifiées autour de cet objet) conduit le législateur à constater la proximité de ces contrats de la « commande publique ». Le droit communautaire s'inscrit en cela dans la tradition française qui assimilait partiellement, autour de la notion de « travaux publics », les marchés publics et les concessions. La question est alors celle de savoir si cette « idée fondamentale » se retrouve dans un critère juridique. Il est bien possible qu'après les *travaux publics* on puisse trouver cet élément d'unité dans un critère de « *l'argent public* ».

³⁶¹ Les marchés d'entreprise de travaux publics, apparus avec l'arrêt CE 11 décembre 1963 *Ville de Colombes* rec. p. 612 ont été fortement utilisés à partir du milieu des années 1980, ce qui a conduit à de nombreux débats doctrinaux – Cf. par ex. X. BEZANÇON et O. VAN RUYMBEKE « Le Marché d'entreprise de travaux publics, une forme particulière de concession ? » *AJDA* 1990 p. 813 – avant que cette forme contractuelle ne soit considérée comme illégale par la jurisprudence cf. CE 8 février 1999 *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de la Ciotat*, *AJDA* 1999 p. 364 concl. C. BERGEAL, note D. CHABANOL ; *BJCP* 1999 p. 352 obs. Ch. MAUGÜÉ puis implicitement par les codes des marchés publics de 2001 et 2004. Cf. pour *supra* pour l'analyse des « Contrats de partenariat » que d'aucuns analysent comme un retour de METP.

³⁶² Sauf, et c'est ce qu'apportent les 3^e et 4^e alinéas de l'article 11 de la loi, le cas où le cocontractant du concessionnaire (ou assimilé) est une entreprise liée de celui-ci ou fait partie d'un même groupement d'entreprises.

C) Le critère de l'argent public ?

443. Que cela soit pour la notion *d'organisme de droit public* ou pour celle de *concessionnaire*, l'extension du droit des marchés publics est fondée sur un double rattachement des entités à des activités « normalement » de la compétence des personnes publiques. Pour ce qui est des organismes de droit public, on retrouve en effet à la fois le critère d'une « *activité autre qu'industrielle et commerciale* », ce qui sous-entend principalement des activités administratives, d'intérêt général, mais en plus un critère *d'influence d'une personne publique*, que cela soit par la nomination, le financement ou le contrôle. Pour ce qui est des concessionnaires, on retrouve dans le même sens la nécessité de travaux *dans un but d'intérêt général* puisqu'ils sont effectués dans le cadre de compétences appartenant à la personne publique et le *financement par le droit d'exploiter l'ouvrage*, ce qui constitue un droit en réalité délégué par la personne publique et par conséquent financé par des fonds qui devraient lui revenir.

Cette volonté de cumuler les critères, dont on a déjà dit qu'elle se rapprochait de la méthode du faisceau d'indices du juge administratif français, trouve pourtant une limite dans le fait que le droit communautaire impose parfois des procédures de passation à des entités sur le seul fondement d'un *financement public à plus de cinquante pour cent*. Ces dispositions sont reprises dans le droit interne aux articles 10 et 10-1 2°) de la loi du 3 janvier 1991³⁶³ qui transposent les dispositions des articles 2 § 1 de la directive 93/37 et 3 de la directive 92/50³⁶⁴. Le texte français reprend les mêmes limites que celles du droit communautaire, c'est-à-dire la nécessité, outre la subvention à plus de 50 %, de contrats de travaux et services portant sur du génie civil ou du bâtiment pour les hôpitaux, les équipements sportifs et de loisirs, l'enseignement et l'administration³⁶⁵.

Le droit français suit ici le droit communautaire au bout de sa logique qui est de trouver non pas l'activité administrative mais bien *l'argent public*. Le caractère restreint du champ d'application matériel de cette règle ne change rien à l'importance théorique de cette disposition, d'autant que contrairement au régime des concessions qui reste limité à de la publicité, les marchés qui rentrent dans cette catégorie des « marchés subventionnés à

³⁶³ Les procédures de passation sont précisées aux articles 7 et suivants du décret d'application n° 92-311 du 31 mars 1992 précité.

³⁶⁴ Aujourd'hui, il s'agit de l'article 8 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004, *relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services*, JOUE L134 du 30 avril 2004. Elle ajoute dans le texte de cet article l'obligation d'un marché « *dont la valeur estimée, hors TVA, égale ou dépasse 6 242 000 €* ».

³⁶⁵ Les directives de 1992 et 1993 faisaient en réalité référence à la classe 50 groupe 502 de la nomenclature générale des activités économiques dans les Communautés Européennes (NACE), ce qui renvoyait à la liste des travaux de génie civil ; puis elle reprenait les cas de bâtiments qu'elle voulait aussi inclure dans le champ d'application de cet article. La loi de 1991 a préféré utiliser simplement le terme de « génie civil » et reprendre le texte des directives pour les bâtiments en cause. Les dispositions en question ne devraient pas évoluer à la suite de la directive 2004/17 dans la mesure où cette dernière ne fait qu'un renvoi à l'annexe 1 plutôt qu'à la NACE et qu'elle reprend ensuite la même liste de bâtiments qu'auparavant.

plus de cinquante pour cent par un pouvoir adjudicateur » se voient appliquer un régime complet de passation, publicité mais aussi mise en concurrence.

444. La transposition française des directives communautaires applicables aux personnes privées s'est donc faite dans une double perspective. Elle a d'abord essayé de coller au mieux aux dispositions européennes, elle a ensuite essayé d'adapter ce nouveau droit des marchés publics des personnes privées à la volonté communautaire de toucher l'action – et l'argent – administratifs, et non tel ou tel contrat défini. C'est une telle compréhension téléologique du texte communautaire que l'on retrouve dans la transposition de la notion d'entités adjudicatrices.

§ 2^e : les entreprises publiques, entités adjudicatrices

445. La notion d'entité adjudicatrice reprend pour une bonne partie celle de pouvoir adjudicateur. On l'a vu, ce qui différencie les deux notions c'est l'ajout, dans celle d'entité adjudicatrice, de deux catégories de personnes : les entreprises publiques et les entités bénéficiant de droits exclusifs et spéciaux. Si l'on excepte les entreprises publiques qui ont la forme d'établissements publics industriels et commerciaux, on constate que l'essentiel des personnes visées en plus dans les secteurs spéciaux par rapport aux secteurs classiques sont des personnes privées.

Les dispositions de la directive « secteurs spéciaux » ont été transposées en droit interne par la loi du 11 décembre 1992³⁶⁶. Celle-ci reprend les limites de la directive dont elle est issue, à savoir notamment une application dans les seuls secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications et les exceptions plus générales tenant à des activités spécifiques³⁶⁷. Plus généralement d'ailleurs, sans recopier *in extenso* le texte de la directive, le législateur français a cherché à rester le plus proche possible du texte communautaire. Les quelques différences de rédaction n'entraînent donc pas de difficulté d'interprétation particulière³⁶⁸.

³⁶⁶ Loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992, *Relative aux procédures de passation de certains contrats dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications*, modifiée par la loi par la loi 93-1416 du 29 décembre 1993 et par l'article 6 à 13 de la loi n° 97-50 du 22 janvier 1997 et le décret 98-113 du 27 février 1998 (qui modifie le décret n° 93-990 du 3 août 1993 d'application de la loi de 1992). Sur les dernières transpositions, cf. Ch. MAUGÜÉ et Ph. TERNEYRE « Achèvement (ou presque) de la transposition des directives marchés publics. Commentaire de la loi du 22 janvier 1997 et des décrets du 27 février 1998 », *RFDA* 1998 p. 593 à 608

³⁶⁷ Article 5 modifié de la loi du 11 décembre 1992. Il s'agit par exemple des contrats de production et distribution d'eau, les marchés déclarés secrets ou de ceux conclus avec des organisations internationales.

³⁶⁸ L. RICHER qui souligne une ambiguïté et deux omissions dans la rédaction de la loi de 1992 note qu' « il faut, bien sûr, retenir l'interprétation conforme à la directive », et insiste à chacune de ses remarques sur la logique qui a prévalu à cette rédaction, notamment le caractère théorique des cas dans lesquels cette rédaction pourrait poser problème. Cf. *Droit des marchés publics*, ed du *Moniteur*, fasc. II.520.2/8 p. 8 version Juillet 2000 mise à jour n° 23.

Notons toutefois que le texte de 1992, comme la loi du 3 janvier 1991³⁶⁹ pour les secteurs classiques, avait pour champ d'application les seules personnes privées. En revanche, à l'inverse du texte de 1991 qui n'a été modifié sur ce point que pour intégrer les *établissements publics industriels et commerciaux* ayant une activité autre qu'industrielle et commerciale³⁷⁰, la loi du 11 décembre 1992 a été modifiée par l'intégration d'un 3°) dans son article 1^{er} par la loi du 29 décembre 1993 qui dispose que sont soumis à ses dispositions « *les exploitants publics et les établissements publics de l'État ayant un caractère industriel et commercial.* » Cet ajout est logique dans la mesure le nombre d'établissements publics visés par les textes dans les secteurs spéciaux est plus important que ceux visés dans les secteurs classiques. Les directives 93/38 et 2004/17 n'imposent pas, en effet, qu'il y ait une activité « *autre qu'industrielle et commerciale* » pour les entités adjudicatrices lorsqu'elles ont le statut d'entreprises publiques et de personnes bénéficiant de droits exclusifs et spéciaux.

Sous-Section 2^e : L'extension interne des personnes privées

446. Le droit communautaire n'est pas le seul facteur d'évolution du droit des marchés publics français, la longue tradition de notre système juridique en la matière lui permet d'être encore une source importante de sa propre amélioration. On l'a noté pour ce qui concerne les personnes publiques, la mise en place de procédures de publicité pour les délégations de service public est une initiative d'origine purement nationale qui participe grandement de l'extension du droit des marchés publics.

Le rôle du droit français dans l'extension à des personnes privées du droit de la commande publique est plus limité. Il faut bien dire que cela va clairement contre la tradition juridique qui est la nôtre, tradition qui a pendant tellement longtemps lié personne publique et droit administratif, que le champ d'application de notre Code des marchés publics reste aujourd'hui limité à des personnes morales de droit public. On le comprend, cette extension interne n'a pu se faire que de deux manières : indirectement d'abord, par le recours à la notion de mandat (§ 1^{er}), directement ensuite par des législations spéciales, issues de réflexions proches de celles qui prévalent dans le droit des marchés publics, mais sans que le lien avec celui-ci soit spécialement invoqué (§ 2^e).

§ 1^{er} : Une fausse extension : le mandat

447. Le mandat est une notion qui, bien qu'utilisée en droit public, est issue du droit privé. Cette « utilisation » de la notion est, comme c'est toujours le cas, soumise à une

³⁶⁹ Cf. *supra* pour la transposition des marchés des personnes privées, des EPIC et des GIE dans les secteurs classiques.

³⁷⁰ Cf. *infra*

forme d'appropriation par le juge et la doctrine administratifs qui en font une notion juridique distincte de celle du droit civil³⁷¹. C'est cette différence entre le droit privé et le droit administratif qui justifie que l'on traite du mandat à l'occasion de l'analyse du critère organique. En effet, si l'on se place dans le cadre strict des articles 1984 et suivants du Code civil³⁷², le droit applicable par le mandataire (celui qui exécute le mandat) est celui du mandant (celui qui cherche à faire faire). Si tel était toujours le cas en droit administratif, il suffirait de signaler la possibilité d'un mandat pour que les critères organiques des marchés publics ou des autres contrats de la commande publique ne soient en aucun cas modifiés. Au mieux pourrions-nous ajouter que le mandat permet *formellement* – mais c'est déjà beaucoup – qu'une personne privée passe un marché public³⁷³ avec une autre, voire avec une personne publique³⁷⁴.

Les différentes études sur le mandat en droit administratif montrent en effet une grande spécificité de celui-ci par rapport au droit privé, au point que certains n'hésitent pas à le qualifier de « mandat administratif » pour montrer qu'on ne peut que difficilement le rapprocher du contrat de droit privé³⁷⁵. Ce qui est principalement en cause dans cette différence, c'est l'idée de la représentation du mandant par le mandataire. Qu'elle estime que le mandat administratif serait une « représentation imparfaite »³⁷⁶ ou au contraire qu'il serait une « sur représentation »³⁷⁷, la doctrine administrativiste reconnaît ici une différence avec le principe de la représentation posé par le droit civil.

448. Pourtant, et la doctrine n'a que très partiellement soulevé cette difficulté³⁷⁸, le mandat utilisé en droit de la commande publique n'est pas le mandat

³⁷¹ Sur ce phénomène de « l'utilisation », voir l'excellente thèse de B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, Editions Panthéon-Assas, 2003, 878 pp. Préface de J.-J. BIENVENU. L'auteur de cette thèse montre que le juge administratif n'utilise que ce qu'il estime nécessaire dans les concepts et notions du droit civil et qu'il les modifie si cela correspond à l'utilité qu'il leur donne. Il y a donc appropriation de chaque concept par le juge administratif et, même dans ces cas, création d'un droit administratif autonome.

³⁷² On ne peut pas dire « du droit civil » puisque, comme nous le verrons, ce dernier ne respecte pas non plus strictement les dispositions de ces articles.

³⁷³ Le terme est ici à prendre dans le sens interne de marché soumis au code des marchés publics.

³⁷⁴ Cf. le chapitre suivant pour l'analyse permettant de dire qu'une personne publique peut répondre à un marché public. Dans le cas d'un mandat, il y a donc une inversion formelle puisque la personne qui passe le marché public est une personne privée et que celle qui y répond est une personne publique.

³⁷⁵ On retrouve le phénomène de requalification avec le « bail emphytéotique administratif ». Dans les deux cas ce sont les analyses doctrinales qui montrent que les dérogations à la notion de droit privé sont telles qu'il est presque impossible de rattacher la notion du droit administratif à ses origines civilistes. Pour le BEA, on sait qu'il met en place un droit qui se rapproche bien plus d'un droit personnel que d'un droit réel, pour le mandat administratif on verra qu'il ne remplit strictement aucune des conditions de l'article 1984 du code civil. Pour être plus précis, cette requalification apparaît à chaque fois à la suite de débats doctrinaux dans lesquels certains nient le rattachement au contrat de droit privé et d'autres en montrent la proximité ; la nouvelle notion fait alors office de compromis.

³⁷⁶ Cette opinion était celle qui prédominait avant la thèse de M. CANEDO, *Le mandat administratif*, LGDJ coll. Bibliothèque de droit public, 2001, Tome 216. Comme le disent A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ dans le *Traité des contrats administratifs*, LGDJ 1982, Tome 1 n° 310 « *La vie publique s'accommode moins bien du mandat de représentation (et surtout du mandat tacite) que la vie privée.* »

³⁷⁷ C'est notamment ce que défend la thèse de M. CANEDO, précitée.

³⁷⁸ La thèse de M. CANEDO *Le mandat administratif*, Paris, LGDJ coll. Bibliothèque de droit public Tome 216, y fait allusion (p. 607) mais avec une analyse succincte du droit des marchés publics ; L. RICHER *droit*

administratif classique. La différence porte d'ailleurs sur la notion de représentation. À son entrée en vigueur, le code des marchés publics de 2001 posait en effet une exception à l'application des règles de mise en concurrence pour les contrats de mandat que passent les collectivités publiques entrant dans son champ d'application³⁷⁹. Cette exception était fondée sur le fort *intuitus personae* qui existe dans le contrat de mandat. Les auteurs du code pensaient qu'on ne pouvait pas imposer aux personnes publiques de choisir leur cocontractant sur des critères objectifs alors que les missions et les pouvoirs transférés au mandataire imposaient que la personne publique eût une confiance particulière en son cocontractant. Or le Conseil d'État a annulé cette disposition du Code des marchés publics dans un arrêt d'Assemblée *Union nationale des services publics industriels et commerciaux et autres* du 5 mars 2003³⁸⁰, en se fondant sur le caractère trop large de l'exception.

Cette solution n'est pas étonnante et apporte un argument de plus à la spécificité et à l'unité du droit de la commande publique. Certes – et ce n'est pas le moindre des paradoxes – la théorie du mandat administratif a en grande partie été créée à l'occasion de contrats touchant à des travaux publics³⁸¹. Pourtant, à travers le prisme du droit de la commande publique, on ne peut que constater les limites de la théorie du mandat administratif : ce dernier n'a d'intérêt que dans le cadre de la qualification de contrat administratif et de la compétence administrative. (A)

449. De cette observation on peut tirer une question : si la théorie du mandat administratif n'a pas d'intérêt pour l'application du droit de la commande publique, ne doit-on pas revenir à une notion de mandat bien plus proche de celle du Code civil en la matière ? Cette question trouve selon nous une réponse affirmative pour la raison principale que le contrat appelé « mandat administratif » est très proche d'un « contrat d'entreprise » au sens du Code civil, et par conséquent des marchés publics. Après cette constatation, n'est-il pas logique de refuser au mandat administratif le droit d'être un contrat exclu du champ d'application du code des marchés publics ? En d'autres termes, ne doit-on pas voir dans le mandat administratif un marché de service³⁸², ce qui n'empêche pas que l'on puisse ensuite volontairement exclure les « mandats de la commande publique » du champ d'application du Code. (B)

des contrats administratifs, LGDJ coll. Manuel 4^e ed., 2004, n° 161 abonde dans le sens de l'analyse que nous adopterons aussi.

³⁷⁹ Il s'agissait du 7° de l'article 3 du Code des marchés publics.

³⁸⁰ CE Ass. 5 mars 2003 *Union nationale des services publics industriels et commerciaux (UNSPIC) et autres*, req. n° 233372, *Contrats et Marchés publics*, 2003, chro. n° 4, concl. D. PIVETEAU, comm. n° 69 note Ph. DELELIS ; *AJDA* 2003, p. 722, chr. F. DONNAT et D. CASAS ; *Droit administratif*, Mai 2003, comm. n° 107 p. 26 A. MÉNÉMÉNIS ; *JCP A*, 2003, p. 424, note F. LINDITCH ; *BJCP* n° 28/2003, p. 209 concl. D. PIVETEAU ; *RDI* 2003, n° 3 p. 269

³⁸¹ Pour s'en convaincre, il suffit de penser à l'arrêt du TC 8 juillet 1963 *Société entreprise Peyrot c/ Société de l'autoroute Estérel-Côte d'Azur*, rec. p. 787 ; *GAJA*, 14^e ed. n° 85 ; *Dalloz* 1963 p. 534, concl. C. LASRY, note P.-L. JOSSE ; *RDP* 1963 p. 776, concl. C. LASRY ; *Sirey* 1963 p. 273, concl. C. LASRY ; *AJDA* 1963 p. 463, Chr. M. GENTOT et J. FOURRÉ ; *AJDA* 1966 p. 474, Chr. COLIN ; *Gaz. Pal.* 1964.2 p. 58 note BLAVOET ; *JCP* 1963, II n° 13375, note J.-M. AUBY ; *RDP* 1964 p. 767, note FABRE et MORIN

³⁸² Ou d'ailleurs un marché de travaux ou une délégation de service public. Sur ce point, *Cf. supra*.

A) Les mandats administratifs : des conséquences limitées

450. Le débat doctrinal à propos du mandat en droit administratif porte le plus souvent sur les différences qu'il faut faire entre le mandat tel qu'il est défini dans le Code civil et le mandat tel qu'il est reconnu par le juge administratif. Ce dernier, dont la spécificité a conduit à lui donner le nom de « *mandat administratif* » pour le distinguer de celui du Code civil, n'a pas une unité évidente. Certes, la thèse de M. CANEDO³⁸³ a contribué à une plus grande maîtrise des cas et justifications du mandat administratif, mais elle ne convainc pas complètement une partie de la doctrine³⁸⁴. La raison à cela est peut-être en partie à trouver dans la notion civiliste du mandat qui n'est pas aussi claire que le laisse paraître l'article 1984 du code civil (1). Nonobstant cette limite et les difficultés qui tiennent à la diversité des situations de mandats administratifs, l'analyse de cette notion reste intéressante puisqu'elle nous permet de constater son inadaptation au droit de la commande publique, son rôle étant limité à la compétence administrative et au droit des contrats administratifs (2).

1) Les mandats du droit privé, la diversité du modèle

451. Le code civil pose cinq conditions pour la qualification de mandat. L'article 1984³⁸⁵ en pose quatre : le mandat doit être un contrat, le mandataire doit faire « quelque chose », il doit le faire pour le compte du mandant et, dernière condition, il doit le faire au nom de ce dernier. L'article 1986³⁸⁶ en ajoute une même si elle n'est pas obligatoire : le contrat doit être gratuit.

La précision du code civil – tant louée par Balzac – a subi en pratique au fil du temps des adaptations qui, si elles sont utiles à la vie des affaires, n'en sont pas moins préjudiciables à la cohérence de la notion. C'est ainsi que de nombreux mandats portent atteinte à telle ou telle des conditions du code tout en restant qualifiés de mandat par la doctrine et la jurisprudence civilistes³⁸⁷. Le premier point sur lequel la doctrine privatiste ne réussit pas à avoir une position commune est le sens du terme « quelque chose », c'est-à-dire l'objet du contrat de mandat. Pour les uns le mandat ne s'entend que lorsque la

³⁸³ Marguerite CANEDO, *Le mandat administratif*, Paris, LGDJ coll. Bibliothèque de droit public, 2001, Tome 216.

³⁸⁴ Voir sur ce point les réserves de L. RICHER in, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ coll. Manuel, 4^e ed., 2004, spé. p. n° 161 « cette thèse est convaincante [...] On reste cependant déconcerté par la diversité des solutions sans qu'apparaissent la rationalité du choix entre le mandat civiliste et le mandat administratif et entre les différents types d'indices »

³⁸⁵ Art. 1984 c. civ. « Le mandat ou procuration est un acte par lequel une personne donne à une autre le pouvoir de faire quelque chose pour le mandant et en son nom. Le contrat ne se forme que par l'acceptation du mandataire ».

³⁸⁶ Art. 1986 c. civ. « Le mandat est gratuit, s'il n'y a convention contraire. »

³⁸⁷ F. TERRÉ considère même in *L'influence de la volonté individuelle sur les qualifications*, Thèse Paris LGDJ 1957 n° 115 à propos du mandat « qu'il n'est pas d'exemple de qualification qui ait été plus déformée et utilisée à diverses fins au gré des espèces ».

mission du mandataire se limite à la conclusion d'actes juridiques³⁸⁸, tandis que d'autres acceptent, de façon accessoire³⁸⁹ ou à titre principal³⁹⁰ que la mission puisse être la réalisation d'actes matériels.

Mais la confusion est encore plus grande en droit civil à propos des autres conditions, au point qu'il n'est pas exagéré de dire que l'on rencontre plusieurs notions de mandat. La comparaison entre le droit administratif et le droit civil ne peut alors se passer d'une analyse des différents contrats qualifiés de « mandat » chez le second.

452. Les deux principaux critères du mandat – c'est-à-dire la conclusion par le mandataire d'un contrat « au nom *et* pour le compte » du mandant – trouvent leurs développements les plus intéressants autour de la notion de « mandat sans représentation »³⁹¹. En effet, c'est bien cette idée de représentation qui est au centre de l'expression « au nom et pour le compte » : représenter signifiant « rendre présent »³⁹². Or du fait de différentes interprétations de la notion de représentation, le mandat du code civil trouve deux acceptions, l'une stricte, l'autre large. La notion stricte correspond aux cas dans lesquels on ne va qualifier de mandat que les contrats dans lesquels le mandataire va non seulement dire à son interlocuteur qu'il ne fait que représenter une tierce personne (il agit « au nom de »), mais encore dans lesquels il ne va servir que de vecteur à l'acte juridique qui sera conclu *ab initio* entre son mandant et le tiers. À l'inverse, le mandat dans son sens large regroupera des cas dans lesquels le mandataire pourra éventuellement cacher qu'il agit pour son mandant (et donc laisser croire au tiers que le contrat est conclu pour lui, en son propre nom), mais aussi des cas dans lesquels il s'engagera personnellement avant de « transmettre » le contrat à son mandant (le contrat ne sera pas conclu *ab initio* pour le compte du mandant).

453. Or, comme le démontre M.-L. IZORCHE, le mandat au sens large regroupe des contrats qui ont d'autres qualifications et que la doctrine et la jurisprudence privatistes estiment être des « espèces » ou des « genres » de mandats³⁹³. Selon que l'on prend la définition dans son sens strict ou large, ces autres contrats seront, ou non, des mandats. Il en est notamment ainsi des « commissions » issues du Code de commerce. Dans ces contrats, le « mandataire », alors appelé commissionnaire, agit « *en son propre nom*

³⁸⁸ Cf. Ph. MALAURIE et L. AYNÈS *Les contrats spéciaux*, Paris, Cujas ed., 11^e ed. 1998 n° 530, A BÉNABENT, *Les contrats spéciaux*, Paris, Montchrestien 1993, n° 626 et s. B. STARCK, H. ROLAND, L. BOYER, *Droit civil, les obligations*, Paris, Litec, 6^e ed., 1998, Tome 2, n° 255 et P. LE TOURNEAU, *Rep. Civil. Dalloz*, V° Mandat, n° 52

³⁸⁹ F. COLLART-DUTILLEUL et Ph. DELEBECQUE, *Contrats civils et commerciaux*, Paris, Dalloz, 3^e ed. 1996, n° 639

³⁹⁰ G. GHESTIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil, Les obligations, Les effets du contrat*, LGDJ, 1992, n°793. Leur position acceptant les mandats pour la réalisations de seuls actes matériels est, semble-t-il, fondée sur plusieurs jurisprudences de la Cour de cassation.

³⁹¹ Voir principalement M.-L. IZORCHE, « À propos du "mandat sans représentation" », *Dalloz*, 1999, chr. p. 369.

³⁹² LITTRÉ (V° Représenter) propose comme synonyme de ce mot le terme de « mandataire » au 12° de ses développements. « *Il se dit également de celui qui est chargé d'une procuration spéciale pour faire quelque chose au nom d'un autre* ».

³⁹³ *Op. Cit.* p. 369 n° 4

ou sous un nom social pour le compte d'un commettant »³⁹⁴ Ce contrat est en effet tellement proche du mandat qu'il se réfère aux articles du Code civil relatifs au mandat pour les obligations du commissionnaire envers le commettant³⁹⁵. Pourtant, il ne correspond pas à un mandat dans la mesure où il manque la condition de transparence du commissionnaire.

La convention de prête-nom est elle aussi proche du mandat et de la commission, avec la différence que le prête-nom laisse croire qu'il agit dans son intérêt propre³⁹⁶. La différence avec le commissionnaire tient au caractère parfaitement opaque du prête-nom pour le cocontractant, alors que le commissionnaire conclut le contrat en son nom mais laisse entendre qu'il agit pour le compte de quelqu'un. On peut aussi rattacher à la notion large de mandat les contrats appelés « déclaration de *command* » dans lesquels l'identité du « mandant » n'est déclarée qu'au dernier moment³⁹⁷.

454. La distinction entre les deux notions de mandat en droit privé est très importante pour l'analyse comparée qui peut en être faite avec le mandat administratif. Dans la notion stricte, toutes les conditions du code civil sont requises, dans la notion large, celle que d'aucuns appellent le « mandat sans représentation », la condition d'une passation « au nom de » perd son importance. La question de la non-représentation ou de la sur-représentation qui est considérée comme centrale en droit administratif doit donc s'entendre sur ce qui est représenté dans la doctrine civiliste : Soit il s'agit d'une non-représentation de la personne, auquel cas il ne saurait y avoir ni mandat du droit civil, même au sens large, ni autres contrats proches. Soit il s'agit de représentation ou non-représentation des intérêts du « mandant », auquel cas on retrouve notre division entre le mandat au sens strict (dans lequel il y a forcément représentation des intérêts du mandant) et le mandat au sens large (dans lequel il peut ne pas y avoir représentation des intérêts du mandant, c'est-à-dire contrat non conclu « au nom de ».)

Chacune des conditions du mandat de l'article 1984 du Code civil devrait être examinée pour qualifier un contrat de mandat en droit administratif. Cependant, le droit administratif se référant plus à la doctrine privatiste qu'au texte du code, le Conseil d'État a qualifié de mandat des contrats qui étaient, en droit privé, aussi bien des mandats au sens strict qu'au sens large. Si la doctrine administrativiste s'était arrêtée là, on n'aurait pas eu besoin d'une notion spéciale de « mandats administratifs » ; mais il semble que le droit administratif aille encore plus loin et qualifie de mandat des contrats qui n'en seraient pas, même au sens large, en droit privé. On peut alors se demander si le mandat administratif ne serait pas une extension de la vision large du mandat de droit privé ?

³⁹⁴ Article L. 132-1 (ancien art 94 al. 1) du Code de commerce.

³⁹⁵ La référence aux articles (Livre III, titre XIII) du Code civil est à l'alinéa 2 de l'article L. 132-1 du code de commerce (ancien art. 94 al. 2).

³⁹⁶ G. CORNU *Dictionnaire juridique, Association Henri Capitant*, Paris, PUF coll. *Quadrige*, V^o Prête-nom « mandataire traitant pour le compte du mandant, mais en laissant croire qu'il agit dans son intérêt propre et en assumant personnellement les charges du contrat ».

³⁹⁷ G. CORNU *Dictionnaire juridique, Association Henri Capitant*, Paris, PUF coll. *Quadrige*, V^o Déclaration « - de *command* : Acte par lequel l'acquéreur en titre révèle, dans les formes et délais requis (en général au secrétariat-greffe ou devant notaire) l'identité du véritable acquéreur ».

2) *Le mandat administratif, contrat de mandat ou mandat dans le contrat*

455. La complexité de la théorie du mandat administratif³⁹⁸ nous conduit à faire une distinction entre le contrat de mandat lui-même, qui lie une personne publique mandante et son mandataire et un contrat dont l'objet principal est différent (une concession souvent, mais pourquoi pas un marché public) et qui est lui-aussi qualifié de mandat, mais de manière tacite. La jurisprudence considère dans le cas des « mandats tacites » que le contrat principal contient implicitement un deuxième contrat qui est un contrat de mandat. Les premiers cas se rapprochent de ceux du droit civil, voire se confondent avec eux, les seconds sont à la fois l'origine et le cœur de la théorie du « mandat administratif »³⁹⁹. À cela il faut ajouter les cas de mandats administratifs par la loi... (avec une grande diversité selon les lois, diversité due à une grande liberté du législateur qui peut appeler « mandat » un contrat – même tacite – qui ne correspond en rien à la théorie civiliste.)

a) Le contrat de mandat classique : une absence de spécificité par rapport au droit privé

456. Dans le cas des mandats exprès, les mandats en cause se rapprochent singulièrement des mandats du droit privé, au sens large et parfois restreint, cela tout en étant des « mandats administratifs » puisqu'ils ressortissent à la compétence de la juridiction administrative. S'ils sont des mandats administratifs, c'est qu'*a priori* ces contrats sont de la compétence administrative en application des critères classiques qui prévalent pour les autres contrats. Deux cas peuvent donc se rencontrer : soit le contrat de mandat est administratif parce qu'il fait participer le cocontractant au service public, soit parce qu'il contient des clauses exorbitantes⁴⁰⁰. Dans le premier cas, le mandat peut n'avoir aucune différence avec des mandats de droit privé, aucune clause spéciale n'étant requise. Le juge administratif a reconnu la possibilité de tels contrats à plusieurs reprises, d'abord de façon peu claire⁴⁰¹, puis plus nettement⁴⁰². Dans le second cas, celui où le contrat de mandat est

³⁹⁸ On se permettra de parler de « théorie » du mandat administratif même si les différents auteurs qui ont recherché la consistance de cette notion ne sont pas parvenus aux mêmes conclusions. Nous entendrons donc dans le terme « théorie » le point commun de ces études, à savoir la volonté de regrouper ces cas de mandat pourtant bien disparates. Cf. M. CANEDO, *Le mandat administratif*, Paris, LGDJ 2001, Coll. Bibliothèque de droit public, Tome 216 ; F. LICHÈRE *Les contrats administratifs entre personnes privées*, Thèse dactylographiée, Montpellier 1998.

³⁹⁹ On notera toutefois l'existence de mandats tacites en droit privé. L'étude la plus complète à ce sujet (Ch. LAZERGUE, « Les mandats tacites », *RTDCiv*, 1975, p. 222) précisant à ce sujet, d'une part, que la majorité de la doctrine privatiste considère que le mandat tacite n'était pas envisagé par les auteurs du code civil et, d'autre part, que dans les cas où la jurisprudence civile reconnaît un tel mandat, non seulement ce dernier est parfois un mandat verbal, occulte ou apparent, voire une déclaration de *command* ou une gestion d'affaire. Elle ajoute en outre que l'existence de mandats tacites pose des problèmes de preuve souvent prégnants.

⁴⁰⁰ On exclura ici les contrats administratifs par détermination de la loi.

⁴⁰¹ Cf. CE 24 février 1954 *Sté des ateliers de construction Schwartz-Haumont*, *AJDA* 1954.II p. 189 note P. SILLARD. Cet arrêt qui ne traite que de la possibilité d'une expertise sans détailler ni se prononcer sur le fond de l'affaire montre l'ambiguïté du droit à l'époque : l'expertise doit montrer s'il y avait ou

soumis au juge administratif en raison de la présence de clauses exorbitantes, il contient, par définition, des clauses qui changent de celles que l'on retrouve en droit privé. On ne saurait, dans ces cas, assimiler complètement mandats de droit privé et mandats administratifs, mais les différences peuvent ne pas toucher aux règles mettant en place les obligations du mandat. Ainsi, si le contrat soumet le cocontractant à un contrôle strict de ses résultats financiers⁴⁰³ ou laisse la possibilité à l'administration de renvoyer certains de ses employés⁴⁰⁴, il y a clause exorbitante et le mandat est un contrat administratif, sans pour autant que la nature du contrat diffère de celle d'un mandat du droit privé.

457. La reconnaissance par le juge administratif ou le Tribunal des conflits de la qualité de « contrat de mandat » dans ces cas a pour conséquence la qualification par ricochet de contrat administratif du contrat passé par le mandataire avec un tiers. Le but recherché est donc en premier lieu la soumission au juge administratif de contrats passés entre deux personnes privées, ces contrats pouvant revenir à la compétence administrative par effet d'un principe de représentation du mandant par le mandataire. Le second contrat étant sensé être passé par une personne publique – puisqu'il l'est pas son mandataire – il peut être administratif en application des critères classiques des contrats administratifs⁴⁰⁵. On ne peut que noter en effet la proximité entre ces mandats du droit administratif et les mandats au sens du droit privé, surtout si l'on se réfère au sens large qui leur est donné en droit privé⁴⁰⁶. Ce transfert de la compétence juridictionnelle a pour principale conséquence

non mandat passé conformément « au droit commun du mandat établi par l'article 1998 du code civil », et le commentateur se demande si la proximité par rapport au droit commun va aboutir *in fine* à une compétence judiciaire ou si les précautions que prend le Conseil d'État dans la rédaction de l'arrêt signifient qu'il a l'intention d'appliquer en droit public ce « droit commun du mandat ».

⁴⁰² CE 27 mai 1957 *Sieur Artaud et autres*, rec. p. 350 : il s'agit de contrats conclus « au nom de l'État par le groupement national des produits laitiers en vertu de la convention passée [...] avec le haut commissariat au Ravitaillement pour les besoins du service public du ravitaillement à l'exécution duquel les entreprises co-contractantes se trouvent étroitement associées ». L'arrêt CE Sect. 18 juin 1976 *Dame Culard*, *AJDA* 1976 p. 579 note M. DURUPTY va dans le même sens puisqu'il reconnaît « que les contrats passés entre le Crédit Foncier de France et les emprunteurs ont été conclus pour le compte de l'État et avaient pour objet l'exécution même du service public d'aide aux Français rapatriés du Tunisie » et que dès lors les contrats passés par le CFF avaient le caractère de contrat administratif.

⁴⁰³ Ce qui a été qualifié de clause exorbitante dans un arrêt CE Ass. 26 février 1965 *Société du vélodrome du Parc des Princes*, rec. p. 133, *RDP* 1965 p. 506, concl. L. BERTAND et p. 1175 note M. WALINE.

⁴⁰⁴ *Idem* par un arrêt TC 20 avril 1959 *Sté nouvelle d'exploitation des plages, piscines et patinoires*, rec. p. 866, *RDP* 1959 p. 1059 à propos d'un marché pour la gestion du Palais des glaces (à l'époque patinoire) qui, parce qu'il contient cette clause est qualifié de contrat administratif.

⁴⁰⁵ Ce sera le cas de la présence de clauses exorbitantes ou de participation au service public mais aussi par exemple par application du caractère attractif des travaux publics (par ex. CE 2 juin 1961 *Leduc*, rec. p. 365, *AJDA* 1961 p. 345 concl. G. BRAIBANT). Cependant, ce critère des travaux publics ne vaut semble-t-il que lorsqu'il y a mandat exprès, dans lequel il y a une véritable représentation, sinon il ne suffit pas rendre administratif le contrat entre les deux personnes publiques. Cf. CE 7 juillet 1976 *Sté d'aménagement de la région de Rouen*, rec. T. p. 805 et CE 15 décembre 1976 *Société civile immobilière de construction « Résidence Gallieni à Auxerre »*, rec. p. 542. Notons que ces deux arrêts concernent l'aménagement urbain, et qu'ils n'auraient plus la même solution si l'on s'en réfère aux arrêts CE Sect. 30 mai 1975 *Société d'équipement de la région montpelliéraine* et TC 7 juillet 1975 *Commune d'Agde* (sur ce point, cf. *supra*).

⁴⁰⁶ La matière contractuelle est par ailleurs facilement sujette à une vision large des catégories du fait de la liberté contractuelle reconnue comme un principe en droit privé comme en droit public. Cette liberté pousse en effet les auteurs des contrats à être imaginatifs pour adapter le contrat à leur situation

l'application du régime des contrats administratifs avec tout ce qu'il a de protecteur pour les intérêts publics. À cela il faut ajouter, à la suite du professeur L. RICHER⁴⁰⁷, la volonté de soumettre au droit administratif ces contrats de mandat parce que l'utilisation du mandat a parfois pour objectif de mettre en place une délégation de compétence. Les conditions dans lesquelles il est possible de passer un contrat de mandat sont en effet bien plus souples que celles qui permettent classiquement une délégation de compétence, mais ce « détournement de procédure » ne saurait permettre que les litiges changent aussi de juge. Le droit public se devait d'être appliqué à ces contrats comme il l'aurait sans aucun doute été aux contrats issus de la délégation de compétences.

Ce mandat administratif proche du sens large du droit privé n'est pourtant pas assez original pour justifier que certains auteurs tentent une théorie du mandat administratif. D'autres mandats, implicites pour la plupart, s'éloignent en revanche sur de nombreux points du droit privé et peuvent pour leur part justifier une systématisation.

b) Le mandat dans le contrat : le mandat administratif très spécial

458. Le cas des mandats tacites⁴⁰⁸ est plus complexe et pousse loin la spécificité du droit administratif en matière de mandat. Les mandats exprès, on le voit, se rapprochaient pour la plupart nettement des mandats de droit privé, soit parce qu'ils appliquaient strictement les conditions du code civil, soit parce qu'ils ne les appliquaient pas de façon plus large que ce qu'accepte la Cour de cassation. Les mandats tacites au contraire s'éloignent singulièrement du droit privé, non seulement parce qu'à l'occasion de leur utilisation par le juge administratif leurs critères se sont brouillés, mais aussi parce qu'*in fine*, ils ne correspondent pour ainsi dire à aucun des critères du Code civil analysés strictement.

particulière, donc à s'éloigner des canons juridiques que posent la loi et la doctrine pour chaque catégorie contractuelle.

⁴⁰⁷ L. RICHER *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ 4^e ed. 2004 n° 153 *in fine* ; L. RICHER « Le contrat de mandat au risque du droit administratif », *CJEG* 1999 p. 127

⁴⁰⁸ Le *Traité des contrats administratifs* de A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ cite en page 169, Tome 1, un arrêt du Conseil d'État, Sect., du 18 décembre 1936 *Sieur Prade*, rec. 1124, *Sirey* 1938.3 p. 59, note R. ALIBERT ; *Dalloz* 1938.3 p. 70 note P-L. J. qui serait un mandat tacite assimilable à un contrat de droit privé. Il nous semble que les contrats en cause dans cet arrêt seraient aujourd'hui analysés comme des délégations de service public. Il s'agissait de contrats passés, d'une part, entre la ville de Juan-les-Pins et le syndicat d'initiative et, d'autre part, entre ce syndicat et le sieur Prade. Les jurisprudences actuelles concernant les plages estimeraient que le contrat entre la ville et le syndicat est une délégation de service public (et non un mandat) et le second une subdélégation de ce service public. D'autres exemples visant à dire que la jurisprudence administrative reconnaît un mandat – au sens du code civil – tacite ne sont pas plus convaincant et, en tout état de cause ne s'appliquent pas à notre matière. Cf. l'arrêt CE 19 mars 1956 *Sieur Jean dit François Rolland-Nouvelles*, rec. p. 130 cité par les *Grands Avis du Conseil d'État*, Paris, *Dalloz*, 2^e ed. 2002, p. 417, note F. ROLLIN. Cet arrêt ne qualifie le contrat contesté de mandat tacite que parce qu'il est conclu entre deux personnes privées solidairement responsables et que cette qualification lui est donnée pour refuser à l'une des parties le bénéfice de la tierce opposition.

α) *La teneur*

459. Le premier cas de mandat administratif véritablement original est celui de la fameuse jurisprudence du Tribunal des conflits du 8 juillet 1963 *Société Entreprise Peyrot*⁴⁰⁹ qui a suscité en doctrine de nombreux commentaires sur la possibilité ou l'impossibilité de qualifier cette situation de mandat. En effet, afin de juger que les litiges consécutifs à un contrat entre un concessionnaire d'autoroute et des entreprises ressortissaient à la compétence administrative⁴¹⁰ le Tribunal s'est fondé non pas sur les critères posés par le code civil, mais sur le fait que les travaux routiers « appartenaient par nature à l'État ». S'il y a mandat, il est alors lié dans cette jurisprudence et ses suites⁴¹¹ à la nature des travaux. L'argument permettant de raccrocher cette situation à un mandat consiste à dire que les travaux routiers étant par nature de la compétence de l'État, les faire faire par une autre personne, même privée, ne peut être analysé que comme la volonté de la personne publique de se faire représenter et non de déléguer cette compétence⁴¹².

L'intérêt de cette qualification de mandat est de « transmettre » la compétence administrative aux litiges entre les deux personnes privées que sont le concessionnaire d'autoroute et l'entrepreneur qui la construit. Dire qu'il s'agit d'un mandat⁴¹³, c'est faire primer l'idée de « représentation » sur tous les autres critères du mandat. Plus encore, la vision de la représentation qu'il faut alors retenir est spécialement extensive, le « pour le compte »⁴¹⁴ au sens très large de l'arrêt *Entreprise Peyrot*.

⁴⁰⁹ TC 8 juillet 1963 *Société entreprise Peyrot c/ Société de l'autoroute Estérel-Côte d'Azur*, rec. p. 787 ; *GAJA*, 14^e ed. n° 85 ; *Dalloz* 1963 p. 534, concl. C. LASRY, note P.-L. JOSSE ; *RDP* 1963 p. 776, concl. C. LASRY ; *Sirey* 1963 p. 273, concl. C. LASRY ; *AJDA* 1963 p. 463, Chr. M. GENTOT et J. FOURRÉ ; *AJDA* 1966 p. 474, Chr. COLIN ; *Garç. Pal.* 1964.2 p. 58 note BLAVOET ; *JCP* 1963, II n° 13375, note J.-M. AUBY ; *RDP* 1964 p. 767, note FABRE et MORIN.

⁴¹⁰ Ces contrats sont alors des contrats administratifs auxquels on applique tout le régime lié à cette qualification.

⁴¹¹ La solution de l'arrêt *Sté entreprise Peyrot* a en effet été reprise pour d'autres contrats de travaux « routiers » en dehors de la construction d'autoroutes. C'est notamment le cas des travaux sur des tunnels routiers cf. CE 24 mai 1968 *Société concessionnaire française pour la construction et l'exploitation du tunnel routier du Mont-Blanc*, rec. p. 256 et TC 12 novembre 1984 *Sté d'économie mixte du tunnel de Sainte-Marie-aux-Mines*, rec. p. 666 ; *AJDA* 1985 p. 156 concl. B. GENEVOIS ; *JCP* 1985.II.20508 note ABELLA ; *RFDA* 1985 p. 353 note F. LLORENS. L'extension a aussi été organique puisque l'arrêt *Sté entreprise Peyrot* s'applique à une SEM et que d'autres arrêts postérieurs ont étendu cette solution du mandat « de travaux routiers » à des sociétés entièrement privées Cf. CE 3 mars 1989 *Sté des autoroutes de la Région Rhône-Alpes*, rec. p. 69, concl. E. GUILLAUME, *AJDA* 1989 p. 391, note J. DUFAU ; *JCP* 1989.II.21323, note LEVEL ; *RFDA* 1989 p. 619, note B. PACTEAU.

⁴¹² Notons que le commissaire du Gouvernement LASRY estimait pour sa part dans ses conclusions sur *Société entreprise Peyrot* que c'est la nature de société d'économie mixte du concessionnaire qui mettait en place une forme de mandat implicite. Les arrêts postérieurs concernant les sociétés à capital privé concessionnaires auraient eu une solution différente si le Conseil d'État l'avait suivi... Peut-être est-ce la situation de ces sociétés qui a justifié que le Conseil d'État se fonde sur un motif différent.

⁴¹³ Le terme de « Mandat administratif » que nous utilisons est celui du Président B. GENEVOIS dans ses conclusions sur TC 12 novembre 1984 *Sté d'économie mixte du tunnel de Sainte-Marie-aux-Mines*, *Op. Cit.* Notons qu'il estime à l'occasion de ces conclusions que le fondement de cet arrêt devrait être la « représentation [de ce] mandat administratif, qui est plus souple que celle du mandat civil ». Il n'a pas été suivi à cette occasion par le Tribunal des conflits.

⁴¹⁴ 4^e considérant de l'arrêt « *la construction est assurée [...] à titre exceptionnel par un concessionnaire agissant en pareil cas pour le compte de l'État* ».

460. Une extension plus importante – car non limitée aux seuls travaux routiers nationaux – a définitivement poussé la doctrine vers une notion autonome de mandats administratifs⁴¹⁵. Cette évolution est principalement due à deux arrêts de 1975 : l'arrêt du Conseil d'État du 30 mai *Société d'équipement de la région montpelliéraine (SERM)*⁴¹⁶ et l'arrêt du Tribunal des conflits du 7 juillet *Commune d'Agde*⁴¹⁷. Dans ces deux espèces, les juges se sont fondés sur des indices divers et non plus seulement sur la nature des travaux pour estimer que la société privée concessionnaire avait agi « pour le compte » de la personne publique, ce qui avait pour conséquence que le contrat entre cette société concessionnaire et une autre société privée était un contrat administratif. Les critères posés par ces arrêts sont nombreux et pour ainsi dire propres à chaque espèce. La méthode employée par le juge administratif s'assimile en effet plus à celle du faisceau d'indices qu'à des critères fixés, le but étant en quelque sorte de discerner une « ambiance de mandat » et non un mandat strict au sens du Code civil⁴¹⁸. La raison à cette recherche tient notamment au fait que le mandat est implicite, c'est-à-dire qu'il doit être recherché au sein d'un contrat dont l'objet initial est une concession. L'analyse de ce contrat comme un mandat vient *a posteriori*, lorsqu'il y a litige et qu'il s'agit de rechercher s'il y a compétence des juridictions administratives ou judiciaires. C'est alors le fait qu'il y ait un mandat qui permet de dire que, dans certaines de ses actions, le concessionnaire a agi pour le compte de la personne publique, ce qui permet de dire que ce contrat est en réalité passé par elle et que le contrat est donc un contrat administratif.

Parmi ces indices, on peut trouver le financement public, la remise des ouvrages aux collectivités dès la fin de la concession avec la transmission de la garantie décennale, la présence d'un cahier des charges qui montre une volonté publique d'obligations imposées au cocontractant privé mais aussi un contrat qui n'est pas sans lien avec des travaux publics.

461. La jurisprudence est allée encore plus loin dans des cas – heureusement – isolés en utilisant des « indices » dont on a du mal à déceler la spécificité par rapport à une délégation de service public sans idée de représentation. Il en a notamment été ainsi dans

⁴¹⁵ Selon le Président R. ODENT, *in Contentieux administratif*, p. 561, l'arrêt *Société entreprise Peyrot* et ses suites ne sont pas les premiers cas d'une exception qui se prolonge par les arrêts de 1975. Pour lui, l'arrêt *Société entreprise Peyrot* est une véritable exception alors que les autres constituent un inflexionnement de la notion de représentation. La doctrine postérieure (*cf.* notamment A. de LAUBABÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ *Traité des contrats administratifs*, Tome 1 p. 263) a une position différente, fondée sur l'utilisation, dans tous ces arrêts, de l'expression « pour le compte », ce qui tend à fonder une unité entre ces différentes situations.

⁴¹⁶ CE Sect. 30 mai 1975 *Société d'équipement de la région montpelliéraine*, *rec.* p. 326 ; *AJDA* 1975 p. 345, *chr.* FRANC et BOYON ; *Dalloz* 1976 p. 3, note F. MODERNE.

⁴¹⁷ TC 7 juillet 1975 *Commune d'Agde*, *rec.* p. 798 ; *Dalloz* 1977 p. 8 note Ch. BETTINGER ; *JCP* 1975.II.18171, note F. MODERNE. Peu de temps après, ces deux décisions ont été suivies d'autres arrêts moins commentés mais qui allaient dans le même sens : *Cf.* CE 11 juin 1975 *Sté d'équipement d'Auvergne*, *rec.* p. 1127 ; *Droit Adm.* 1975 n° 279 ; CE 30 juin 1976 *Société d'économie mixte d'équipement de la ville d'Aix-en-Provence*, *rec.* p. 806 et TC 17 novembre 1975 *Cie française des pétroles*, *rec.* p. 799.

⁴¹⁸ Notons toutefois que certaines jurisprudences postérieures employant le raisonnement des arrêts de 1975 utilisent expressément le terme de « mandat » pour qualifier le contrat de concession. *Cf.* CE 27 novembre 1987 *Société provençale d'équipement*, *rec.* p. 384, *RFDA* 1988 p. 384 *concl.* M. FORNACCIARI, note F. MODERNE

l'arrêt du Tribunal des conflits du 10 mai 1993 *Wanner Isofi Isolation*⁴¹⁹ dans lequel une société à forme privée a été considérée comme ayant passé un « *marché de travaux publics* » avec une autre société privée sous-traitante parce qu'un certain nombre d'indices laissaient penser que cette société agissait « *pour le compte* » d'Électricité de France. Afin d'aboutir à cette conclusion, le Tribunal a examiné le statut de la société Nersa et ses liens avec EDF. Il a conclu à un mandat implicite après avoir noté que la société avait été créée par décret en application d'une loi conforme à la loi du 8 avril 1946 sur la création d'EDF, que le personnel de la société Nersa avait le même statut que le personnel d'EDF et qu'EDF détenait 51 % des actions de la société Nersa⁴²⁰.

À la suite des auteurs du *Traité des contrats*⁴²¹, on peut se demander si ce rattachement à la notion de contrat administratif n'a pas pour objectif de soumettre à la juridiction administrative et au droit administratif des litiges qui devraient leur revenir si la pratique administrative et l'organisation institutionnelle de l'administration n'avaient pas interposé entre la personne publique et celui qui aurait dû être son cocontractant une personne privée « fictive ». Ce faisant, la juridiction administrative va rechercher l'activité administrative là où elle est, dissimulée derrière une personne privée. La question qui se pose alors est le lien entre la notion de « mandat administratif », création jurisprudentielle qui serait – et qui est à notre avis – limitée à la volonté de rattraper l'activité administrative et le « vrai » mandat du droit privé.

β) *Les critères différents*

462. À l'analyse des critères stricts du mandat du Code civil, on ne peut que remarquer l'inadéquation entre ces dispositions et les critères du faisceau d'indices que l'on trouve dans la théorie du « mandat administratif ». La différence porte notamment sur deux points : la notion de « *pour le compte de* » et celle de « *au nom de* ». En fait de différence, la notion de « *pour le compte de* » pourrait passer pour une similitude entre le mandat administratif et le mandat du Code civil puisque cette expression est utilisée dans les deux cas. En réalité, il s'agit bien de deux visions divergentes d'un même terme. Dans le cadre du Code civil, le fait que le mandataire agisse pour le compte du mandant signifie qu'il a

⁴¹⁹ TC 10 mai 1993 *Société Wanner Isofi Isolation et société Nersa*, *CJEG* 1994 p. 86 conclusion P. MARTIN, note D. DELPIROU ; *RDP* 1996 p. 1171, note F. LICHÈRE

⁴²⁰ Le Conseil d'État a confirmé l'utilisation de ces critères à l'occasion d'un arrêt du 17 décembre 1999 *Société Ansaldo Industria et SA Bouygues*, rec. p. 424, *BJCP* 2000 p. 136 ; *CJEG* 2000 p. 124, concl. conformes H. SAVOIE ; dans lequel il considère que la Cour administrative d'appel de Lyon n'a pas commis d'erreur de droit en jugeant que le marché en cause (celui du Synchrotron), passé entre deux personnes privées avait le caractère d'un contrat de droit privé, dans la mesure où la CAA avait recherché si une des personnes privées avait agi pour le compte d'une personne publique par l'analyse de différents critères. Ces critères étaient la participation minoritaire de personnes publiques – le CNRS et le CEA – dans le capital, la soumission du personnel à un autre statut que celui de ces établissements publics et la destruction des ouvrages en fin d'exploitation. Si la solution est inverse de celle de l'arrêt *Wanner Isofi Isolation*, les critères employés sont donc strictement identiques. Notons que le commissaire du Gouvernement Savoie dans ses conclusions sur cet arrêt *Société Ansaldo* estime que l'arrêt *Wanner Isofi* constitue « l'avancée extrême de cette branche de la jurisprudence [sur le mandat administratif] ».

⁴²¹ A. de LAUBABÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ *Traité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, Tome 1, 1982, p. 262

pour objectif de faire primer les objectifs du mandant sur les siens et que le mandant va se trouver engagé comme une partie au contrat conclu par le mandataire. À l'inverse, dans le mandat administratif, le concessionnaire-mandataire va bien souvent faire valoir ses intérêts, notamment ses intérêts financiers puisque c'est lui qui porte normalement le risque des investissements stipulés au contrat de concession. De plus, c'est lui qui va être engagé au contrat de concession et les relations entre le concédant-mandant (la personne publique) et le cocontractant du mandataire ne vont être que rarement des rapports contractuels. Par exemple, si l'entreprise cocontractante du concessionnaire-mandataire veut engager la responsabilité de la personne publique concédante-mandante, elle ne pourra bien souvent⁴²² pas le faire sur le fondement d'une responsabilité contractuelle, elle devra se placer sur le plan délictuel⁴²³.

463. Plus encore que celle de « pour le compte » dont on voit à quel point elle est plus large dans un cas que dans l'autre, c'est la condition de « au nom de » qui fait vraiment défaut dans le mandat administratif. Dans le cadre des concessions, le concessionnaire va agir en son nom, non seulement pour les biens qui lui sont propres, mais aussi pour les biens de retour ou de reprise⁴²⁴. Le contrat est d'ailleurs passé au nom du concessionnaire. Par ailleurs, notons qu'aucun des arrêts qui concernent les mandats administratifs n'utilisent l'expression « au nom et pour le compte », ils se contentent de la seconde partie de cette formule.

C'est principalement l'absence de ces deux conditions, qui insiste sur le rôle actif du « concessionnaire-mandataire » de l'administration, qui explique que Marguerite CANEDO considère que le mandat administratif n'est pas un mandat de sous-représentation mais un mandat de sur-représentation.

464. Enfin, si l'on acceptait effectivement de considérer que le mandat administratif était un mandat tel qu'il peut se concevoir dans le cadre du Code civil, il faudrait qu'il remplisse les conditions de l'article 1988. Cet article dispose que les mandats doivent être exprès « *s'il s'agit d'aliéner ou hypothéquer, ou de quelque autre acte de propriété* ». Or les concessionnaires considérés comme disposant d'un mandat administratif ont tous pour mission non seulement de gérer un service public mais aussi de construire un ouvrage. Le lien avec les travaux publics est une constante⁴²⁵ dans toutes ces jurisprudences. Pour que les dispositions du Code civil fussent respectées, il faudrait que tous ces mandats fussent

⁴²² Le contrat peut bien évidemment stipuler un transfert de responsabilité contractuelle.

⁴²³ Le cas de l'arrêt du Conseil d'État du 27 janvier 1984 *Ville d'Avignon c/ Da Costa Nunes*, rec. p. 28, LPA 4 août 1984 p. 2, obs. F. MODERNE ; LPA 5 avril 1985, p. 9 note F. LLORENS, va dans ce sens même s'il s'agit d'un recours de la personne publique contre le cocontractant de son mandataire. Dans cet arrêt, le marché passé entre un aménageur et une entreprise est considéré comme un marché de travaux publics, parce qu'il est passé par un aménageur « pour le compte » de la Ville d'Avignon (du fait de conditions de financement et de la remise à la Ville d'Avignon des ouvrages en fin de contrat), ce qui a pour conséquence de donner compétence au juge administratif pour résoudre le litige. Pourtant, le juge administratif considère que la ville d'Avignon n'est pas partie au contrat, ce qui entraîne pour la commune l'impossibilité de se fonder sur le contrat pour engager la responsabilité de l'entreprise (après avoir elle-même payé des dommages-intérêts à des ouvriers à la suite de la chute d'un mur).

⁴²⁴ Sur ce point, cf. *Traité des contrats administratifs*, Op. Cit. Tome 2, 1983, n° 1506 et s., p. 742 et s.

⁴²⁵ Cf. *infra*

exprès, or justement, le propre des mandats administratifs lorsqu'ils sont liés à une concession est qu'ils sont tacites.

La différence fondamentale entre le mandat administratif que le juge trouve dans certaines concessions de travaux et service public et le mandat du Code civil porte donc sur la *notion de représentation*. Dans le premier cas, il y a réalisation d'activités « pour le compte » d'une personne publique, c'est-à-dire représentation au sens très large. De plus, cette représentation est nécessairement éloignée du Code civil en ce qu'elle s'insère dans un contrat de « délégation de service public » dont le but premier n'est pas la représentation mais au contraire la transmission de compétence⁴²⁶. Il n'y a donc pas de transparence véritable, nécessaire à la qualification de mandat au sens du droit privé. Dans le second cas, la représentation est bien plus forte, ne serait-ce parce qu'il y a transparence du mandataire. Certes, dans le sens le plus large que lui donne la doctrine privatiste, le mandat du droit privé peut se rapprocher du mandat administratif, mais il n'atteint jamais le même niveau d'opacité.

465. Les liens qu'ont tous les contrats de « mandat administratif » les plus poussés – les mandats tacites associés à des concessions de services et travaux publics ou d'aménagement – avec les travaux publics ne sont pas fortuits. Tout se passe comme si, recherchant un fondement textuel à la compétence administrative, les juges s'étaient référés à la plus ancienne des lois de compétence : celle du 28 pluviôse An 8. L'utilisation de ce texte était d'autant plus naturelle qu'ils utilisaient déjà ce fondement pour qualifier de contrats administratifs des mandats plus proches de ceux du Code civil⁴²⁷. Si l'on devait analyser la place des faisceaux posés par les arrêts *SERM*, *Commune d'Agde* et leurs suites, il nous semble qu'il faille distinguer deux choses. D'une part les conditions, diverses et propres à chaque contrat, qui démontrent un contrôle du concédant malgré sa volonté de « faire faire ». Ces conditions seraient la marque du « pour le compte », l'idée large d'un mandat. D'autre part, et c'est cela qui rattache le plus le « mandat » à la compétence administrative, la constante des « travaux publics ».

Mais, comme nous l'avons montré, le droit des marchés publics n'est pas seulement le droit des travaux publics et surtout, paradoxalement, c'est en droit des marchés publics qu'il est le plus difficile de faire référence au mandat administratif. Même si ce n'est pas la raison principale, cela est notamment dû à l'existence de qualifications légales de mandat.

⁴²⁶ Cf. *infra* pour une analyse visant à démontrer que les mandats administratifs sont pour l'essentiel – et sauf lorsqu'ils remplissent les stricts critères du code civil – des contrats d'entreprise.

⁴²⁷ Certains arrêts jugent en effet que le contrat entre une personne bénéficiant d'un mandat *explicite* et le tiers privé est un contrat administratif quand il porte sur des travaux publics. Cf. TC 12 janvier 1970 *GDF c/ Société d'économie mixte d'aménagement et d'équipement du grand ensemble de Massy-Antony (SAEGEMA)*, *rec. T.* p. 968 et 1108, *AJ* 1970 p. 249, à propos d'une concession d'aménagement mandataire de deux communes pour un mandat non légal. Pour des mandats légaux mais proches du droit privé cf. CE 2 juin 1961 *Sieur Leduc*, *rec. p.* 365, *AJDA* 1961 p. 345 concl. G. BRAIBANT pour une société coopérative de reconstruction, bénéficiant d'un mandat légal de la loi du 16 juin 1948 et devant reconstruire une église ; CE 16 octobre 1966 *Ville de Montdidier (Somme)*, *rec. p.* 539 là aussi pour une société coopérative de reconstruction devant cette fois reconstruire une école.

c) Les mandats administratifs par la loi

466. Les différentes définitions des mandats telles que l'on a pu les envisager avec les mandats stricts et larges du droit civil ou avec les différentes facettes du « mandat administratif » sont déjà spécialement variées. Pourtant, un panorama de cette question ne saurait oublier que des textes ont, au cas par cas, qualifié de « mandat » des contrats dont ils précisaient le contenu.

La plus connue de ces lois aujourd'hui est la loi *relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée*, le plus souvent appelée loi MOP⁴²⁸. Mais elle n'est ni la première ni la seule. Sans rentrer dans une typologie complète de ces dispositions, on peut distinguer les cas dans lesquels la loi pose explicitement la mise en place d'un mandat et ceux dans lesquels le mandat est implicite. Comme exemple des premières, on peut citer l'article R. 321-20 du Code de l'urbanisme qui met en place des conventions d'aménagement entre les personnes publiques et des organismes aménageurs, conventions dans lesquelles les seconds agissent au nom et pour le compte des premières⁴²⁹. Par ailleurs, le mandat est tout aussi explicite dans la loi MOP⁴³⁰. Certaines lois peuvent ensuite être considérées comme mettant en place des mandats implicites. C'est par exemple le cas de la COFACE à qui le code des assurances donne la mission de garantir pour le compte de l'État les activités commerciales des exportateurs⁴³¹.

En tout état de cause, la spécificité des mandats légaux est qu'on ne peut leur retirer cette qualification de mandat quand bien même ils ne rempliraient aucun des critères du mandat au sens du Code civil. Cette constatation oblige à une certaine circonspection dans l'application de toutes les conséquences des mandats aux mandats légaux, même si, bien souvent, ils mettent en place des phénomènes de représentation proches de ceux du droit privé ou, en tout état de cause, plus proches de la représentation que ce que l'on peut trouver dans le cadre des « mandats administratifs » les plus caractéristiques.

467. L'analyse de la notion de mandat montre que ce qui en fait la disparité, c'est la façon dont on entend la notion de représentation qui est au cœur de ce type de contrats. C'est ainsi que l'on peut faire une gradation selon le degré de transparence du mandataire, cette « échelle » partant du mandat strict au sens du code civil, pour ensuite arriver à des visions plus larges en droit privé (comme celle de commission du code de

⁴²⁸ Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 *Loi relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée*, J.O. 13 juillet 1985

⁴²⁹ Ces organismes aménageurs, qui peuvent être des sociétés d'économie mixte, des établissements publics ou certains organismes d'HLM se voient décrits aux articles L. 321-1 à L. 325-4 du Code de l'urbanisme.

⁴³⁰ L'article 3 al. 1^{er} emploie les termes de « mandataire » et d'exercice d'attributions « en son nom et pour son compte ». Les deux textes auxquels il est ici fait référence sont d'ailleurs liés puisque l'article 1^{er} de la loi MOP vise expressément l'article L. 321-1 du code de l'urbanisme.

⁴³¹ La *Compagnie française d'assurance pour le commerce extérieur* voit ses missions précisées aux articles L. 432-1 à 4 du Code des assurances.

commerce que certains assimilent aux mandats). Après ces deux mandats que l'on retrouve aussi bien en droit privé qu'en droit public, d'autres mandats réservés au droit administratif sont encore moins transparents : c'est le cas des mandats concernant la construction de travaux routiers et plus encore ceux tels qu'on peut en voir dans les suites des jurisprudences *SERM* et *Commune d'Agde*.

Si ces dernières catégories de mandat propres au droit public ont toutes un lien indéniable avec les travaux publics, il faut pourtant se garder d'une analyse trop rapide qui tirerait de cela la conséquence inexacte que la définition qu'il faut retenir du mandat dans le cadre de la commande publique est la définition la plus large. Ces « mandats administratifs », très éloignés du droit privé, ont en effet pour objectif la seule dévolution au juge administratif de litiges qui, *a priori*, devraient relever de la compétence judiciaire parce que passés entre deux personnes privées. Si cette modification a des conséquences de fond – l'application du régime des contrats administratifs – on peut sans hésitation dire qu'en devenant « mandat administratif », le mandat passe d'une « technique contractuelle » à une « technique contentieuse » de l'administration.

La soumission des litiges à un contentieux et à un régime d'exécution administratifs ne se confondant pas avec la soumission à un régime de passation de ces contrats, régime dépendant non pas de la qualification de contrat administratif mais de celle de « contrat de la commande publique », la notion de mandat peut être différente selon le moment de vie du contrat en question. C'est cette deuxième notion qu'il nous faut maintenant préciser.

B) Le mandat spécifique de la commande publique, un retour aux sources

468. Le fait, pour une personne soumise à des procédures de passation, de passer un contrat consistant à transférer à une autre personne – le plus souvent privée – le droit de conclure un « marché public » en son nom et pour son compte correspond à une situation de mandat. Le « mandat de la commande publique » est en réalité à un mandat différent du mandat administratif, il se définit par application de critères bien plus stricts. L'évolution des marchés publics, qui commence à envisager la matière de la commande publique comme une globalité, conduit en effet à qualifier le contrat qu'est le « mandat administratif » lui-même de marché public – ou de convention de délégation de service public – le soumettant ce faisant à des procédures de passation (1). Dans cette perspective d'extension du droit des marchés, le mandat légal le plus connu et qui a été spécialement conçu pour s'appliquer aux marchés publics de travaux, à savoir le mandat de la loi MOP, s'en trouve fortement ébranlé ; au point que l'on pouvait dire qu'il était, jusqu'à une ordonnance de 2004, incompatible avec le droit communautaire (2).

1) L'impossible recours à la théorie du mandat administratif dans le cadre de la commande publique

a) L'annulation de l'article 7-3° du Code des marchés publics de 2001

469. Le mandat a, pour la première fois, reçu un statut réellement particulier en droit des marchés publics à l'occasion de la rédaction du code de 2001. L'article 7-3° de ce texte en faisait, en effet, une exception à l'application des mesures de publicité et de mise en concurrence. Les fondements de cette règle, bien que non exprimés, étaient doubles : d'une part l'idée qui prévalait était que *l'intuitus personae* devait primer sur les considérations de transparence du choix. D'autre part, accessoirement, l'idée que le mandataire devait lui-même passer ses contrats après une mise en concurrence conduisait à estimer qu'il n'était pas nécessaire que le contrat qui lui donnait la charge du mandat fût passé après une mise en concurrence. Pourtant, cette disposition a été annulée par le Conseil d'État dans un arrêt *Union nationale des services publics industriels et commerciaux et autres* du 5 mars 2003⁴³².

Cet arrêt, loin d'être une condamnation générale et absolue du mandat comme exception à l'application du Code des marchés publics fixe en réalité les limites de cette exception. Le Conseil d'État, bien que se référant aux dispositions et aux objectifs de la directive communautaire 92/50 sur les services, participe par cet arrêt à la création de la notion de « mandat de la commande publique » dont nous essayons ici de déterminer la substance. Cependant, il ne détermine que partiellement à notre avis les contours de cette notion. Pour reprendre les motifs de cet arrêt, on voit qu'il met en place un raisonnement général mais qu'il ne dépasse pas les faits de l'affaire dans les conséquences de ce raisonnement, ce qui l'oblige à une solution inutilement limitée à un double titre.

Le raisonnement général de la Haute juridiction consiste à laisser entendre que le contrat de mandat, lorsqu'il est conclu « à titre onéreux » et qu'il contient, en plus du mandat « la réalisation de prestations d'autres services » s'assimile lui-même à un marché de services au sens du droit communautaire. Si l'on décompose le raisonnement du Conseil, cela signifie que faire du mandat (au sens mandat administratif, c'est-à-dire au sens le plus large possible) une exception à l'application de la directive sur les services est une mauvaise transposition de celle-ci dans la mesure où le mandat administratif est alors, en lui-même, un marché soumis aux procédures de passation.

⁴³² CE Ass. 5 mars 2003 *Union nationale des services publics industriels et commerciaux (UNSPIC) et autres*, req. n° 233372, *Contrats et Marchés publics*, 2003, chro. n° 4, concl. D. PIVETEAU, comm. n° 69 note Ph. DELELIS ; *AJDA* 2003, p. 722, chr. F. DONNAT et D. CASAS ; *Droit administratif*, Mai 2003, comm. n° 107 p. 26 A. MÉNÉMÉNIS ; *JCP A*, 2003, p. 424, note F. LINDTICH ; *BJCP* n° 28/2003, p. 209 concl. D. PIVETEAU ; *RDI* 2003, n° 3 p. 269 : « Sur les conclusions dirigées contre le 7° de l'article 3 du code des marchés publics : Considérant que la directive n° 92/50/CEE susvisée soumet la passation des marchés publics de services à des règles de transparence et de mise en concurrence ; que si le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie soutient que les **contrats de mandat** qui ont pour **objet exclusif de confier au mandataire mission de représenter une personne publique mandante** n'entrent pas dans le champ d'application des annexes I A et I B de cette directive, le 7° de l'article 3 ne pouvait, sans méconnaître les objectifs de cette dernière, **soustraire de façon générale et absolue tous les contrats de mandat** à l'application des dispositions du code des marchés publics prises pour assurer la transposition des dispositions de cette directive, y compris ceux qui, conclus à titre **onéreux**, sont passés en vue de la **réalisation de prestations d'autres services** »

Ce raisonnement qui nous convainc parfaitement dans les limites qu'il contient nous paraît pourtant par trop circonscrit dans sa portée. Pourquoi en effet limiter les mandats à la qualification de marché de services alors qu'il est envisageable, selon nous, de considérer qu'ils sont parfois des concessions de travaux et service public.

b) Le mandat de la commande publique, un mandat au sens strict

470. Si, aujourd'hui, le mandat n'est plus une exception à l'application des règles du Code des marchés publics, l'utilisation de ce contrat, en pratique⁴³³, conduit naturellement à lui laisser un statut particulier. Dans le sens très strict que nous allons détailler, il doit rester une exception à l'application des règles de mise en concurrence, et ce non seulement dans le cadre des marchés publics au sens du Code, mais pourquoi pas aussi au sens des lois du 3 janvier 1991 et 11 décembre 1992, voire des délégations de services publics.

Pour ce qui est de la définition de ces « *mandats de la commande publique* », on peut penser que si l'on exclut la possibilité de les voir correspondre à des marchés ou à des délégations, on peut penser qu'ils se rapprochent alors des mandats du Code civil. Pour confirmer cette démarche, il est nécessaire d'analyser la pertinence, dans notre matière, des critères posés par les articles 1984 et 1986 du Code civil.

471. Le premier critère est que le mandat doit être un contrat. Rien ne s'oppose à ce qu'un contrat soit passé par une personne publique sans procédure de passation tant qu'elle ne rentre pas dans le champ d'application des réglementations de commande publique. Le seul point qui pourrait en faire douter est la gratuité du contrat que requiert le code civil dans son article 1986. En effet, si l'un des cocontractants n'apporte rien en échange de ce qu'il reçoit, le caractère contractuel de l'acte peut apparaître fictif, même si, rappelons le, la contradiction vient des dispositions du code civil⁴³⁴. En réalité, si le mandat gratuit est bien un contrat, c'est que les deux parties ont donné leur accord à sa signature, quand bien même leurs obligations respectives seraient déséquilibrées. En droit des marchés publics, la gratuité est aussi un élément important pour éviter une qualification de marché public ; l'arrêt *Union nationale des services publics industriels et commerciaux et autres* met d'ailleurs en avant le caractère onéreux du contrat pour sa qualification de marché public. Un marché public qui serait à titre gratuit ne saurait être un marché public. À ce titre, on note une différence entre les mandats de la commande publique et les mandats du code civil : si dans les seconds la gratuité n'est qu'une règle permettant de pallier l'absence de stipulation relative à la rémunération, dans les premiers, il est une condition suffisante pour que le contrat ne soit pas un marché public, même s'il n'est pas une conditions nécessaire. Sur ce point, le mandat de la commande publique apparaît légèrement plus strict que le mandat du code civil.

⁴³³ On peut notamment à ce sujet penser aux nombreux mandats dont bénéficient les Sociétés d'économie mixte

⁴³⁴ Rappelons toutefois que la gratuité est simplement le principe en l'absence de stipulation à propos d'une éventuelle contrepartie pécuniaire dans le contrat de mandat, mais qu'il peut y avoir rémunération du mandataire sans illégalité du contrat.

472. Le second critère est que le mandataire doit faire quelque chose. Sur ce point, la contradiction entre le mandat de la commande publique et les « mandats administratifs » notamment est flagrante. Cette question recoupe par ailleurs une controverse doctrinale au sein du droit civil entre ceux qui estiment que le mandataire ne doit effectuer que des actes juridiques, et les autres qui acceptent qu'il ait un rôle plus important⁴³⁵. Or c'est justement ce critère de l'activité qui peut faire rentrer le « mandat » dans la catégorie des contrats d'entreprise⁴³⁶, donc des marchés en droit public⁴³⁷. Si l'on se place dans le cadre de l'arrêt du Conseil d'État *Union nationale des services publics industriels et commerciaux et autres* du 5 mars 2003⁴³⁸, le mandat est sanctionné justement quand il a pour objet « la réalisation de prestation d'autres services », sous-entendu d'autres services que la simple représentation à l'occasion d'un acte juridique.

Selon cette limite, tous les mandats implicites qualifiés de « mandats administratifs » sont, pour le droit de la commande publique, soit des marchés publics, soit des délégations de service public. L'arrêt va dans ce sens en faisant référence aux dispositions communautaires sur les marchés de services. Il insiste ainsi selon nous sur le fait que transférer l'ensemble de la procédure de passation oblige le « mandataire » a bien plus d'interventions que la simple représentation. En organisant les procédures, en négociant éventuellement avec les cocontractants, en mettant en place les publicités et, surtout, en prenant *in fine* la décision, le mandataire a plus une activité de prestataire de service qu'une activité de représentant⁴³⁹.

473. C'est sur ce point que l'on peut étendre la portée de cet arrêt. On peut en effet *mutatis mutandis* transposer ce raisonnement pour constater que certains contrats aujourd'hui qualifiés de « mandats » en droit administratif sont des marchés de travaux ou des délégations de service public. On peut ainsi estimer que les « mandats administratifs » sont tous soumis aux contraintes de la commande publique. Le point commun qu'ils ont est en effet de tous avoir un lien avec les travaux publics. Ce lien, dont on a dit qu'il permettait de soumettre les contrats entre le mandataire et les entreprises à la compétence administrative, permet aussi, parce que les travaux publics sont avant tout des travaux, de les soumettre aux directives communautaires 93/37 et 2004/18 sur les travaux. Si l'on se réfère aux contrats qualifiés de « mandats administratifs » qui ont pour objet la

⁴³⁵ Certains auteurs civilistes notent d'ailleurs la proximité entre les mandats qui comprennent des services importants en plus de la représentation pure et simple et les contrats d'entreprise.

⁴³⁶ Pour un développement sur les analogies entre le mandat – quand il n'est pas défini de la façon la plus stricte – et le contrat de louage d'ouvrage en droit privé, cf. J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, in *Traité de droit civil*, sous la direction de J. GHESTIN, Paris, LGDJ, 2002, 2^e ed. n° 31124

⁴³⁷ Sur ce point, cf. F. LLORENS, *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics - contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif*, Paris, LGDJ coll. *Bibliothèque de droit public* 1981 n° 139, et nos développements, 1^{ère} partie, titre 1^{er}.

⁴³⁸ *Précité*.

⁴³⁹ On peut en revanche estimer que l'impression par le mandataire du document qu'il doit signer avec une entreprise tierce au nom et pour le compte du mandant n'est pas une activité tellement importante qu'elle doive constituer une prestation de service dont le « mandat » serait une mesure d'exécution. Il est probable que les juges qui auraient à se prononcer à ce sujet estimerait la proportion de « mandat » par rapport à la « prestation de service » au cas par cas dans le contrat.

construction, dans les conditions de la jurisprudence *Entreprise Peyrot*, d'une autoroute, on constate que le contrat est administratif, mais aussi qu'il est, au sens du droit communautaire, une « concession de travaux ». Le « mandat » implicite étant inclus dans la concession⁴⁴⁰, cette dernière prévaut et c'est bien le caractère de « contrat de la commande publique » qui impose à cette concession d'être passée après publicité ; quand bien même elle serait qualifiée de mandat.

474. La distinction que nous faisons entre le « *mandat de la commande publique* » et les autres mandats (au premier rang desquels le mandat administratif, mais aussi d'autres formes plus souples de mandats privés) permet de comprendre une des questions qui se posaient lors de l'entrée en vigueur de la loi Sapin en 1993⁴⁴¹. Il s'agissait de savoir si l'on pouvait déclarer l'incompatibilité entre les mandats et les délégations de service public, alors que cette déclaration aurait pour conséquence d'exclure des délégations de service public la gérance et la régie intéressée qui sont considérées comme deux formes de mandat⁴⁴². Pour nous, lorsqu'il s'agit d'un « *mandat de la commande publique* », il ne saurait y avoir de service public délégué et par conséquent d'incompatibilité entre mandat et délégation de service public. Ce qui conduit les gérances ou les régies intéressées à se voir, parfois, refuser la qualification de délégations de service public, c'est que la rémunération peut ne pas être fonction des résultats de l'exploitation⁴⁴³. Elles sont alors dans ce cas des marchés publics de services ou de travaux. Pourtant, dans aucun des cas elles ne peuvent être des mandats « de la commande publique » dans la mesure où leur fonction est bien trop importante et contient bien plus de services que la seule représentation, ne serait-ce que la gestion du service dont elles ont la charge. En revanche, si l'on se place dans le cadre d'un « mandat administratif », alors effectivement, on peut considérer que ces contrats sont assimilés à des mandats pour conclure à la compétence de la juridiction administrative ; mais il ne saurait y avoir alors d'incompatibilité entre les « mandats administratifs » et la qualification de délégation de service public⁴⁴⁴.

On voit assurément une différence entre le cas de l'arrêt du 5 mars 2003 et celui des « mandats administratifs », mais ils vont tous deux dans le sens d'une approche très stricte du mandat. Dans le cas de l'arrêt, le contrat qui pourrait n'être qu'un mandat est en réalité un marché de services en ce qu'il oblige le « mandataire » à être aussi prestataire de services ; dans le second, le mandat étant un « greffon » sur le contrat original, il apparaît plus normal que le régime de passation du premier contrat s'applique.

⁴⁴⁰ Les concessions d'autoroutes sont, en droit interne, des concessions de services et travaux publics, mais en droit communautaire des concessions définies à l'article 1, d) de la directive 93/37 comme des marchés publics de travaux « à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix ».

⁴⁴¹ Voir notamment J.-B. AUBY et Ch. MAUGÜÉ, « Les contrats de délégation de service public », *JCP (G)* 2 mars 1994, doctrine n°3743 p. 115-124, spé. p. 118 n° 32 à 34. *Idem in* Ch. MAUGÜÉ et Ph. TERNEYRE, « Les délégations de service public en questions », *CJEG* avril 1997 p. 131 à 146, spé. p. 133

⁴⁴² *ibid*, n° 33 et J.-Cl. DOUENCE, « La dévolution contractuelle du service public local », par Francis-Paul BENOÎT, *in* Collectivités Locales, *Dalloz* n° 6150-1 et s.

⁴⁴³ *Cf. supra*

⁴⁴⁴ Au contraire, rappelons que les concessions de services et travaux publics sont qualifiées en droit interne de délégations de service public et soumises à la loi Sapin.

Pourtant, le phénomène est le même dans la mesure où le droit de la commande publique ne reconnaît pas ici un « mandat » qui conduirait à l'application d'un régime dérogatoire de passation.

475. La question de ces missions, de ce « quelque chose » que doit faire le mandataire est par ailleurs liée à un autre critère du mandat au sens du Code civil : le fait que les missions du mandataire doivent être effectuées « au nom et pour le compte » du mandant. Sur ce point encore, le mandat administratif ne correspond en aucun cas à un mandat tel qu'il pourrait être une exception au sens du droit de la commande publique, il se rapproche en revanche du mandat du code civil. Ainsi, si les missions du mandataire n'étaient pas effectuées « au nom » et accessoirement « pour le compte de » son mandant, le mandataire n'aurait pas à appliquer les obligations de mise en concurrence et de publicité de son mandant. Or, si tel était le cas, l'utilisation d'un mandataire par une personne publique aurait pour effet (voir pour fonction), de détourner les règles de passation. Ce détournement constituerait une illégalité patente⁴⁴⁵, sinon en droit interne où cela a pu être accepté, au moins en droit communautaire⁴⁴⁶. Or c'est précisément à propos de ces deux conditions que le « mandat administratif » ne saurait être qualifié de mandat dans le cadre des contrats de la commande publique, c'est-à-dire qu'il ne saurait permettre une exception aux procédures de passation.

En effet, comme le démontre le professeur Marguerite CANEDO dans sa thèse, la différence entre le mandat administratif et le mandat du code civil n'est pas dans un « déficit » de représentation du mandant par le mandataire en droit administratif mais au contraire par une « sur-représentation ». Cette sur-représentation se caractérise par une mission bien plus large du « mandataire » que la simple représentation puisqu'elle va jusqu'à la délégation de la maîtrise d'ouvrage. Cette délégation conduit le titulaire du mandat – le concessionnaire – à être le seul bénéficiaire des contrats qu'il passe avec les entreprises tierces au contrat de mandat. Cette délégation a non seulement pour effet que le contrat est passé « en son nom », mais en plus qu'il l'est, au moins temporairement, « pour son compte ». En effet, tant que la concession n'est pas arrivée à son terme, les ouvrages sont réalisés – au moins pour les biens propres et les biens de reprise – pour le compte du concessionnaire.

Le « mandat de la commande publique » est donc un mandat particulier, dont la définition est très proche de celle du mandat du code civil. À l'inverse, le mandat administratif ne saurait constituer une exception à l'application des procédures de passation. D'ailleurs, les deux justifications traditionnelles de la non-application de ces

⁴⁴⁵ Cette solution a été confirmée par le Conseil d'État à la suite de deux arrêts CE 28 juillet 1995 *Préfet de la Région Ile-de-France c/ Sté Jeanne d'Arc*, rec. p. 321 ; RDP 1996 p. 569, concl. S. FRATACCI ; RDI 1995 p. 742 obs. F. LLORENS et Ph. TERNEYRE ; *Dalloz* 1996 Somm. p. 319, obs. Ph. TERNEYRE ; JCP 1996 n° 22577, note V. HAÏM ; et CE 22 janvier 1997 *SA Bivater*, rec. p. 24 ; *Dalloz* 1998 Somm. p. 225 obs. Ph. TERNEYRE ; RFDA 1997 p. 421, *Marchés publics*, n° 1/98 p. 16

⁴⁴⁶ On peut penser aux très nombreux mandats donnés par les collectivités locales aux sociétés d'économie mixte qui n'avaient pour but que de faire passer le marché selon les procédures imposées aux SEML afin d'éviter celles imposées aux collectivités elles-mêmes. De nombreuses SEML ont d'ailleurs été créées au seul dessein de simplifier la passation de ces marchés.

procédures au mandat ne s'appliquent pas du tout au mandat administratif : d'une part parce que la part de mandat dans une concession – archétype des mandats administratifs – n'a jamais justifié la non application des procédures de passation ; d'autre part parce que jamais le « mandataire administratif » n'a eu à passer ses contrats dans les conditions de son « mandant administratif ».

La question des contrats portant sur des travaux trouve pourtant une validation législative dans la loi MOP, validation qui est en réalité très contestable et qui, en tout état de cause, ne saurait constituer un modèle pour appréhender le « mandat de la commande publique ».

2) Le mandat de la loi MOP : Un mandat légal et adapté à la commande publique ?

476. Deux idées pourraient prévaloir à propos de la loi *relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée*⁴⁴⁷ et du mandat qu'elle met en place. La première idée est que le mandat de cette loi est topique de la notion de mandat telle qu'on doit l'appréhender dans le cadre de la commande publique. Certes, la loi n'est une contrainte que dans le cadre des marchés de travaux⁴⁴⁸, mais l'approche du mandat qu'elle véhicule, devrait pouvoir s'appliquer à l'ensemble des marchés. La seconde idée est que, puisque ce mandat est posé par la loi, les problèmes de définition et de légalité que la notion de mandat pose en général sont ainsi évités. Ces deux idées sont fausses. On peut toutefois remarquer que la loi MOP pose une notion de mandat qui se rapproche plus de la notion du code civil que de celle du mandat administratif (a), sans pour autant que cela compense les éléments qui font de ce mandat un marché public au regard des directives communautaires (b).

⁴⁴⁷ Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 *Loi relative à la maîtrise d'ouvrage publique et ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée*, J.O. 13 juillet 1985. Pour des commentaires généraux, voir J. MORAND-DEVILLER, « La loi du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée. Genèse et champ d'application », *RDI* 1986 p. 281 ; F. LLORENS, « La maîtrise d'ouvrage publique », *RDI* 1986 p. 283 ; F. MODERNE « La maîtrise d'œuvre privée », *RDI* 1986 p. 313 ; F. LLORENS « Une nouvelle application du mandat en droit administratif : la délégation de maîtrise d'ouvrage public », *LPA* 27 juin 1986 p. 10 ; R. ROUQUETTE « La maîtrise d'ouvrage publique », *AJDA* 1985 p. 596 ; M. HUET, « Maîtrise d'œuvre privée et maîtrise d'ouvrage publique (interrogations sur les fondements et l'application des décrets du 29 novembre 1993 de la loi " MOP ") », *RDI* 1994 pp. 619-632. Voir aussi Y. GAUDEMET, « La maîtrise d'ouvrage publique : délégations et transferts », *LPA* 2 février 2000, n° 23 p. 17

⁴⁴⁸ Au plan matériel, l'article 1 de la loi dispose « *Les dispositions de la présente loi sont applicables à la réalisation de tous ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure ainsi qu'aux équipements industriels destinés à leur exploitation* », suit une liste des maîtres d'ouvrage dans laquelle on retrouve toutes les personnes publiques mais aussi des personnes privées comme les organismes d'HLM, et enfin une liste d'exclusion qui contient notamment les ouvrages dans le cadre des ZAC ou des lotissement ainsi que les ventes d'immeubles à construire.

a) Le mandat de la loi MOP ne correspond pas au mandat de la commande publique.

477. Une grande partie des mandataires dans le cadre des marchés publics le sont à la suite d'une application de la loi MOP, il en est par exemple souvent ainsi des sociétés d'économie mixte locales « mandataires » des collectivités territoriales. L'article 7-3° du Code des marchés publics de 2001 récemment annulé visait d'ailleurs principalement à exclure de l'application des procédures de passation les mandats de la loi MOP. Or on ne peut pas assimiler les mandats de maîtrise d'ouvrage et les *mandats « de la commande publique »* tels que nous venons de les définir.

478. Pour ce qui est des points communs, on ne peut que reconnaître que le mandat mis en place par l'article 3 de la loi relative à la maîtrise d'ouvrage est bien plus proche du mandat du code civil⁴⁴⁹, et partant du mandat de la commande publique, que du mandat administratif. Cette proximité est notamment due à la transparence du mandataire quant à l'application des procédures de passation. L'article 3 de la loi est à cet égard très clair puisqu'il dispose que « *le maître de l'ouvrage peut confier à un mandataire [...] l'exercice, en son nom et pour son compte, de tout ou partie des attributions [...] de la maîtrise d'ouvrage* ». Comme dans le code civil, le mandataire – qualifié expressément comme tel par la loi – est transparent, c'est-à-dire qu'il ne va pas seulement agir « *pour le compte* » du mandant mais aussi « *en son nom* ». De cette transparence, l'article 4 de la loi tire la principale conséquence logique : les marchés que le mandataire va passer doivent l'être dans les mêmes conditions que si c'était le maître de l'ouvrage lui-même qui les passaient⁴⁵⁰. Cette position est d'ailleurs celle retenue par un avis du Conseil d'État⁴⁵¹, non seulement pour l'application des règles de passation mais aussi pour l'application des contrôles financiers⁴⁵² ou de légalité⁴⁵³.

479. En revanche, sur le point fondamental du rôle du mandataire, le mandat de la loi MOP ne correspond pas au « mandat de la commande publique ». Le même article 3 qui qualifie le contrat de « mandat » fixe les différentes missions du mandataire,

⁴⁴⁹ Rappelons qu'il s'agit ici du mandat du *Code civil* et non du *droit civil*, le premier étant bien plus strict que ce que la jurisprudence et la doctrine civiliste acceptent de qualifier de mandat.

⁴⁵⁰ L'article 4 actuel est issu de l'ordonnance n° 2004-566 du 17 juin 2004 *portant modification de la loi no 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée*, J.O. 19 juin 2004, texte n° 27. Les points III & IV actuels disposent « III. – *Le mandataire est soumis aux dispositions de la présente loi dans l'exercice des attributions qui lui sont confiées par le maître de l'ouvrage, en application de l'article 3. IV. – Les règles de passation et d'exécution des contrats signés par le mandataire sont celles applicables au maître de l'ouvrage, sous réserve d'adaptations éventuelles prévues par décret pour tenir compte de l'intervention du mandataire.* » l'ancien article Art. 4 *in fine* reprenait le IV actuel. Notons qu'aucun décret d'adaptation n'a jamais été pris à la suite de cette disposition.

⁴⁵¹ CE Avis Assemblée générale (Section des finances) du 22 janvier 1998, n° 361.425, *GACE* 2^e ed. 2002, n° 40 pp. 413-422 note F. ROLIN ; *BJCP* 1/1999, n° 2, pp. 136-138 obs. Ph. TERNEYRE. Notons que l'avis fonde expressément sa solution sur le « principe de représentation du mandant par le mandataire à l'égard des tiers » sachant qu'il s'agit des tiers au contrat de mandat (§ I B de l'avis). Cet avis fait l'objet d'une circulaire ministérielle d'application du ministre de l'intérieur du 7 septembre 1998, *MBTP textes officiels*, 11 décembre 1998 p. 285. Certains auteurs voient une confirmation de cet avis dans l'arrêt du Conseil d'État du 4 novembre 1996 *Département de la Dordogne*, *rec. p.* 433, mais sa lecture ne nous en a pas convaincu.

⁴⁵² Avis, *Ibid*, I A) concernant l'application de la loi du 10 août 1922 ou du décret du 16 juillet 1996 relatifs au contrôle financier de l'État notamment.

⁴⁵³ Avis, *Ibidem* pour le contrôle de légalité des article L. 2131-1, L. 3131-1 ou L. 4141-1 du CGCT.

parmi lesquelles on trouve la définition des conditions administratives et techniques selon lesquelles l'ouvrage sera étudié et exécuté, la préparation du choix des entrepreneurs, la signature du contrat de travaux, le versement de la rémunération de la mission de maîtrise d'œuvre et des travaux ou la réception de l'ouvrage. Or on ne peut que constater que *le mandat qui est mis en place par ces dispositions confie au mandataire bien plus que la mission de représentation*, et qu'en réalité sa mission peut s'assimiler à une *prestation de service au profit du maître de l'ouvrage*. Cette qualification est par ailleurs facilitée par la contrepartie du service qui est la rémunération du mandataire, rémunération dont les modalités sont une clause obligatoire du contrat, sanctionnée de nullité en cas d'absence⁴⁵⁴.

480. En conséquence, malgré une transparence réelle du mandat posé par la loi MOP, *on ne peut pas assimiler ce mandat à un « mandat de la commande publique »* tel qu'il se doit d'être limité pour ne pas être assimilé à un marché. Le fait que la doctrine qualifie ce contrat de « délégation de maîtrise d'ouvrage »⁴⁵⁵ montre d'ailleurs la proximité entre ce mandat et un contrat de service, l'exécution du service étant effectivement *déléguée*.

Cette proximité a été l'une de raisons de la non-conformité de la loi MOP au droit communautaire et de sa modification.

b) La modification de la loi MOP pour cause de non-conformité au droit communautaire

481. La non-conformité de la loi MOP au droit communautaire, implicitement reconnue par la modification de ce texte par l'ordonnance du 17 juin 2004⁴⁵⁶, porte définitivement atteinte à l'idée que ce mandat, tel qu'il existait, pût être le *modèle* du mandat pour le droit de la commande publique.

La Commission européenne a été à l'origine de cette modification en faisant une lettre de mise en demeure au gouvernement français⁴⁵⁷ afin qu'il retire ou modifie les dispositions litigieuses avant qu'un arrêt de la Cour de Justice ne vienne l'y contraindre. La commission faisait deux principales critiques, toutes deux tout à fait fondées, même si la position française tendant à mettre en avant le particularisme de ce contrat de mandat était partiellement convaincante. La première critique portait sur la soumission des mandats aux directives communautaires en tant que marchés de services. La loi MOP n'a pas été modifiée sur ce point et l'on se demande encore aujourd'hui à laquelle des procédures ces contrats sont soumis (α). La seconde critique portait sur les personnes susceptibles d'être mandataires et a été la raison de la modification textuelle par l'ordonnance (β).

⁴⁵⁴ Article 5 a) de la loi MOP

⁴⁵⁵ Le mandataire de maîtrise d'ouvrage est souvent qualifié de « maître d'ouvrage délégué » ou MOD.

⁴⁵⁶ Ordonnance n° 2004-566 du 17 juin 2004 *portant modification de la loi no 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée*, J.O. 19 juin 2004, texte n° 27.

⁴⁵⁷ Pour une analyse complète des moyens invoqués par la Commission et par le Gouvernement français dans des échanges de lettre, cf. J. MICHON, *Commission européenne et réglementation française. La non-conformité de la loi MOP au droit européen*, MBTP 25 octobre 2002, pp. 72-77.

α) *Les mandats de la loi MOP sont des marchés de service*

482. La première critique qui est faite à la loi MOP touche de près ce qui a déjà été dit à propos des missions du mandataire-délégué de maîtrise d'ouvrage publique. Depuis l'entrée en vigueur de la directive 92/50 sur les services et encore aujourd'hui sous l'empire de la directive 2004/18, le mandat de la loi MOP peut en effet être assimilé à un marché de services, ce qui le soumet en théorie aux dispositions de la directive et à leurs transpositions au dessus du seuil d'application⁴⁵⁸. L'argumentation de la commission, toujours d'actualité, se fait en trois temps et n'est pas sans rappeler l'arrêt du Conseil d'État *Union nationale des services publics industriels et commerciaux et autres* du 5 mars 2003⁴⁵⁹. Dans un premier temps, l'analyse des maîtres d'ouvrages susceptibles de conclure un tel mandat montre qu'ils sont tous qualifiables de « pouvoir adjudicateur » dans le cadre des directives « services ». Dans un deuxième temps, le mandat MOP est un contrat conclu à titre onéreux, ce qui correspond encore une fois à l'une des conditions requises pour la qualification de marchés de services. Dans un troisième et dernier temps, l'analyse des missions – diverses et variées – du mandataire de la loi MOP montre qu'il rend d'autres services au mandant que la simple représentation. Sur ce dernier point, la commission et certains membres de la doctrine en France n'ont pas les mêmes positions.

La directive soumet en effet les différents services à plus ou moins de procédures de publicité ou de mise en concurrence selon leur nature, c'est ce qui a été matérialisé en deux listes annexées aux dispositions générales. Ainsi, les services listés en annexe II A)⁴⁶⁰ sont-ils soumis à toutes les procédures de passation en vertu de l'article 20 de la directive⁴⁶¹, tandis que ceux listés en annexe II B) sont soumis à un régime de passation allégé⁴⁶². Les *missions du mandataire* n'étant expressément listées dans aucune des annexes, c'est en raisonnant *par analogie* qu'il est possible de trouver le droit applicable aux mandats. Pour la Commission, la mission du Maître d'ouvrage délégué est assimilable à celle de la douzième catégorie de l'annexe 1 A⁴⁶³. Pour le professeur Y. GAUDEMET et

⁴⁵⁸ Les seuils sont fixés à l'article 7 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004, *relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services*, JOUE L134 du 30 avril 2004 à 162 000 et 249 000 €

⁴⁵⁹ CE 5 mars 2003 *Union nationale des services publics industriels et commerciaux et autres*, req. 233.372, Cf. *supra*. note 380

⁴⁶⁰ L'annexe II A) de la directive 2004/18 regroupe les services qui étaient auparavant à l'annexe I A) de la directive 92/50. Les débats doctrinaux qui existaient sous l'empire de la directive de 1992 n'ont pas été résolus par la directive de 2004.

⁴⁶¹ Il s'agit de l'article 20 de la directive 2004/17 qui correspond à l'article 8 de la directive 92/50. On retrouve la transposition de ces dispositions à l'article 29 du Code des marchés publics de 2004.

⁴⁶² L'annexe II B) de la directive 2004/18 correspond à l'annexe I B) de la directive 92/50. Les services visés sont soumis à un régime de passation allégé des articles 23 et 35 § 4 en vertu de l'article 21 de la directive 2004/18. Cela correspond à l'article 9 de la directive 92/50 qui soumettaient les services de l'annexe I B) au régime de passation à ses articles 14 et 16. On retrouve la transposition de ces dispositions à l'article 30 du Code des marchés publics de 2004.

⁴⁶³ Cette position fondée à l'époque sur la directive 92/50 semble encore applicable aujourd'hui dans la mesure où la douzième catégorie de l'annexe II A) de la directive 2004/18 est identique à la douzième catégorie de l'annexe 1 A) de la 92/50. Il s'agit des « *Services d'architecture ; services d'ingénierie et services intégrés d'ingénierie ; services d'aménagement urbain et d'architecture paysagère ; services connexes de consultations scientifiques et techniques ; services d'essais et d'analyses techniques* ».

Mme Ch. MAUGÜÉ⁴⁶⁴ en revanche, cette mission fait partie des « *autres services* » qui sont la catégorie par défaut de l'annexe 1 B. La difficulté vient semble-t-il du fait que certaines des missions du maître d'ouvrage délégué ne se rapportent pas à des *prestations d'architecture, d'ingénierie ou de consultations scientifiques et techniques*, ces missions, qui font rentrer le contrat dans « l'annexe A », *pouvant*, mais n'étant *pas obligatoirement* déléguées⁴⁶⁵. La soumission à des procédures différentes selon les missions pourrait être la solution à cette controverse, mais il faut bien reconnaître qu'elle ne ferait pas montre, ni d'une grande clarté, ni d'une grande sécurité juridique.

β) *La modification des personnes susceptibles d'être mandataires*

483. La seconde contrariété qui existait entre la loi MOP et le droit communautaire touchait non plus à la mauvaise *application* du droit communautaire dérivé mais à une double *inconventionnalité* de la loi⁴⁶⁶. La première était constituée par une atteinte de la loi MOP à la *libre prestation de services* tirée des articles 49 à 55 du Traité de l'Union⁴⁶⁷, notamment en ce qu'elle réservait la mission de maîtrise d'ouvrage déléguée à un nombre *limité* de personnes morales qu'elle visait à l'article 4⁴⁶⁸. C'est sur ce point que porte la plus grande modification de l'ordonnance du 17 juin 2004⁴⁶⁹ : elle modifie l'article 4 de la loi en ouvrant à *tous* la possibilité d'être mandataire. Elle met un terme à la liste⁴⁷⁰ des personnes susceptibles d'être mandataires et la remplace par la formule suivante : « *Le mandat prévu au présent titre, exercé par une personne publique ou privée [...]* ». Cet élargissement paraissant trop important, l'article pose deux exceptions : d'abord, le mandataire d'ouvrage public ne peut pas avoir pour la même opération de « *mission de maîtrise d'oeuvre, de réalisation de travaux ou de contrôle technique* », interdiction étendue aux « *entreprises liées* »⁴⁷¹ du mandataire ; ensuite, le

⁴⁶⁴ Y. GAUDEMET, en collaboration avec Ch. MAUGÜÉ « La maîtrise d'ouvrage publique : délégations et transferts », *LPA* 2 février 2000, n° 23 p. 17

⁴⁶⁵ Il en est ainsi du versement de la rémunération de la mission de maîtrise d'oeuvre ou des travaux, de la définition des conditions administratives et techniques selon lesquelles l'ouvrage sera étudié ou exécuté ou encore de la préparation du choix des maîtres d'oeuvres (article 3 de la loi n° 85-704 MOP).

⁴⁶⁶ Une des principales conséquences de l'inconventionnalité est que les critiques formulées s'appliquent aussi aux contrats en dessous des seuils de passation.

⁴⁶⁷ Les numéros des articles sont ceux issus du Traité d'Amsterdam du 2 octobre 1997 entré en vigueur le 1^{er} mai 1999. Ils correspondent aux articles 59 à 66 du Traité de Maastricht mais ont été modifiés.

⁴⁶⁸ Sans rentrer dans les détails du texte, les personnes visées par l'article 4 sont avant tout l'État et ses établissements publics, les collectivités locales et leurs établissements publics, les personnes morales dont la moitié au moins du capital est directement ou indirectement détenu par une personne publique, les organismes privés d'HLM, les aménageurs de ZAC et les lotisseurs dans la limite de leurs opérations. Pour des développements sur ce champ d'application organique, cf. L. RICHER « Les personnes susceptibles d'être maîtres d'ouvrage délégués », *RDI* 1996 p. 457.

⁴⁶⁹ Ordonnance n° 2004-566 du 17 juin 2004 *portant modification de la loi no 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'oeuvre privée*, J.O. 19 juin 2004, texte n° 27.

⁴⁷⁰ Points a à h

⁴⁷¹ L'article 4 nouveau de la loi MOP issu de l'ordonnance du 17 juin 2004 précise le sens qu'il faut donner à « entreprise liée ». On remarquera une similitude avec la notion de « contrats-maison » ou « in house », cf. *infra*.

texte précise que « ces dispositions ne sont pas applicables lorsque le maître de l'ouvrage ne peut confier le mandat qu'à une personne désignée par la loi »⁴⁷².

La seconde inconventionnalité, était une atteinte au principe de la non-discrimination fondé sur la nationalité. Cette critique était spécialement fondée dans la mesure où les personnes visées à l'article 4 de la loi MOP étaient toutes des personnes morales françaises. Le texte ne contenant plus aucune limite aujourd'hui, cette critique est, elle aussi, caduque.

Par cette modification, le droit français s'est donc rangé à la vision économique des marchés qui est celle du droit communautaire. Il a clairement abandonné une vision trop large du mandat – celle du mandat administratif – au bénéfice d'une approche double : soit il s'agit d'un mandat au sens strict, de pure représentation, à laquelle s'ajoute éventuellement la réalisation d'actes juridiques⁴⁷³, et il ne s'agit alors pas d'un marché public. Soit il s'agit d'un mandat qui comprend des services rendus par le mandataire, comme c'est le cas des mandats de la loi MOP, auquel cas il s'agit de marchés. Seul le choix de la procédure de passation est encore en question, mais le critère de la nature des services rendus semble être une solution acceptable.

484. Conclusion du § 1^{er} : L'analyse de chacun des critères montre deux choses : D'une part le mandat de la commande publique, celui auquel il ne faut pas appliquer des procédures de passation est un mandat au sens très strict, légèrement plus même que le mandat tel qu'il est strictement définit dans le Code civil. D'autre part, le mandat administratif tel qu'il est utilisé par la jurisprudence administrative pour qualifier de contrat administratif le contrat du « mandataire » avec une personne privée est à l'inverse toujours soumis aux procédures de la commande publique.

La pratique du mandat allait d'ailleurs bien plus loin que ce que la théorie de ce contrat permettait puisque, bien que fondée sur l'idée de représentation, il était bien souvent utilisé pour faire passer un contrat dans les conditions du mandataire et non du mandant. Cette vision du mandat au sens strict va donc conduire à une grande modification des pratiques. En sortant des confusions actuelles dans la notion de mandat, on retire au mandat son caractère de « détournement légal des procédures » en matière de commande publique. En revanche, dire que cette évolution pourrait considérablement

⁴⁷² On notera que la France a modifié son droit positif, ce qui signifie qu'elle a refusé de continuer à considérer que le mandat MOP pourrait éventuellement être assimilé à une délégation de prérogatives de puissance publique, et à ce titre faire partie des exceptions à l'application du principe de libre prestation de service posées par l'article 45 (ancien article 55) du Traité. Cet article est applicable à la matière de la libre prestation de service du fait d'un renvoi contenu dans l'article 55 nouveau. L'article 45 stipule « Sont exceptées de l'application des dispositions [...], en ce qui concerne l'État membre intéressé, les activités participant dans cet État, même à titre occasionnel, à l'exercice de l'autorité publique ».

⁴⁷³ Par exemple la signature des contrats. Si l'article 3 de la loi n° 85-704 MOP prévoit comme missions déléguées la signature des contrats de maîtrise d'œuvre, ou la signature des contrats de travaux, on ne peut pourtant pas considérer que ce sont des mandats « au sens strict » dans la mesure où le mandataire n'a pas *seulement* ces missions.

alourdir le mandat est une erreur : si le fait, pour une personne publique, de demander à une autre de procéder à sa place à des publicités et des mises en concurrence devient un marché de service, ce dernier ne dépassera que rarement les seuils de passation et l'on aboutira effectivement à un choix relativement libre de son cocontractant. L'excuse de *l'intuitus personae* ne pourra pas jouer. En revanche, les principes du droit de la commande publique devront être respectés, ce qui pourrait à l'occasion éviter certains abus.

La clef de la compréhension de cette question est donc bien de distinguer entre les différents contrats que la jurisprudence, la doctrine et la pratique qualifient de mandat. Les « mandats de la commande publique⁴⁷⁴ » sont les plus stricts et sont une exception à l'application des procédures de passation, les « mandats MOP » sont des mandats légaux intéressants pour les missions qu'ils délèguent, mais partiellement contraires au droit communautaire. Les « mandats administratifs » sont des contrats qui ont été ainsi qualifiés dans le but de les soumettre à la compétence administrative, et qui, à l'inverse de ce que l'on pourrait penser n'ont jamais été une exception à l'application des procédures de passation mais au contraire sont eux-mêmes des « contrats de la commande publique », parce qu'ils sont des marchés publics ou des délégations de service public aux modalités un peu particulières.

§ 2^e: Les autres extensions internes de la soumission des personnes privées à des procédures de passation

485. Outre le cas du mandat dont on a vu qu'il était une fausse extension des cas de marchés publics, le droit interne a développé l'application d'un droit des marchés publics à certaines entités au-delà des exigences communautaires. Il en est notamment ainsi de deux catégories de personnes privées dont les activités sont, malgré leur statut, proches des activités des personnes publiques. Il s'agit tout d'abord de certaines sociétés d'économie mixte qui sont reconnues comme étant un mode d'action administrative⁴⁷⁵ plus qu'une simple modalité de partenariat public-privé lorsqu'elles agissent dans le cadre de contrats de travaux, d'études et de maîtrise d'œuvre (A). Il s'agit ensuite des organismes privés d'HLM et d'autres SEM de logements sociaux dont les activités à mi-chemin entre des activités administratives et industrielles et commerciales sont les mêmes que celles des offices publics d'HLM (B).

⁴⁷⁴ la terminologie est propre à ces développements, elle n'est pas officielle.

⁴⁷⁵ Le titre et le contenu de l'article de J-M. GARRIGOU-LAGRANGE « les sociétés d'économie mixte, instruments d'interventionnisme des collectivités locales », *Mélanges Péquignot*, 1984 Tome 1 p. 309, montrent bien cet aspect des SEM.

A) Les contrats de travaux des sociétés d'économie mixte

486. Les sociétés d'économie mixte sont des structures administratives et privées marquées par une très grande diversité. Diversité d'abord de leurs formes. Il faut en effet distinguer selon qu'il s'agit d'une SEM locale, dont les statuts sont alors fixés par la loi du 7 juillet 1983⁴⁷⁶, ou d'une SEM nationale dont les statuts sont libres et pour lesquelles le seul critère est que leur capital soit détenu de façon conjointe par des personnes publiques et privées⁴⁷⁷. Diversité, ensuite de leurs missions puisqu'elle peuvent être créées aussi bien pour gérer un service public à caractère industriel et commercial, que pour réaliser des opérations d'aménagement ou des constructions, ou que pour toute autre activité d'intérêt général⁴⁷⁸, les SEM nationales en ayant encore moins. Diversité, enfin dans le droit qui leur est applicable pour la passation de leurs contrats.

487. La situation des sociétés d'économie mixte au regard du droit de la commande publique est en effet pour le moins disparate⁴⁷⁹. Les dispositions qui soumettent ces personnes privées à des procédures de passation sont pour l'essentiel d'origine communautaire. Elles sont tout d'abord soumises aux dispositions des lois n° 91-3 du 3 janvier 1991 et n° 92-311 du 11 décembre 1992, bien entendu lorsqu'elles en remplissent les conditions. Elles sont de plus régulièrement mandataires des collectivités locales qui les ont créées, parfois même dans l'unique but de leur confier cette mission⁴⁸⁰. À ces cas⁴⁸¹, il faut enfin en ajouter deux autres, celui des contrats de construction et celui du logement social⁴⁸².

⁴⁷⁶ Cette loi est aujourd'hui aux articles L. 1521-1 à L. 1522-3 du CGCT. Pour des développements doctrinaux sur cette loi, cf. M. BAZEX « la loi du 7 juillet 1983 relative aux sociétés d'économie mixte locales » *RDI* 1984 p. 121 ; P. DELVOLVÉ, « Le nouveau statut des sociétés d'économie mixte locales », *Droit et Ville*, 1983 p. 125 ; C. DEVÈS, « Nouveau départ pour l'économie mixte locale ? » *AJDA* 1983 p. 596 ; pour des articles plus récents, notamment sur la réforme des SEML par la loi du 2 janvier 2002 cf. C. DEVÈS « la modernisation du statut de sociétés d'économie mixte locales » *AJDA*, 2002, p. 139, et « SEM et gestion déléguée » *DA*, 1997 chron. n° 13 et 16 ; L. JANICOT, « La réforme du statut des sociétés d'économie mixte locales » *Rev. Gen. Coll. Territ.* 2001 p. 1121

⁴⁷⁷ Il peut n'y avoir d'ailleurs qu'une personne publique ou qu'une personne privée.

⁴⁷⁸ Et encore ces limites ne s'appliquent-elles qu'aux SEM locales. Elles sont posées par le premier alinéa de l'article L. 1521-1 du CGCT, sachant que la loi du 7 juillet 1983 dont il est issu est venue organiser l'utilisation des SEM par les collectivités locales après que les lois sur la décentralisation leur ont donné une plus grande liberté de gestion et de plus nombreuses compétences. La volonté du législateur était de limiter ou au moins contrôler le développement des SEM locales.

⁴⁷⁹ Avant les lois du 3 janvier 1991 et 11 décembre 1992, les marchés passés par les SEM étaient totalement libres. Elles constituaient alors un bon moyen pour la personne publique de s'affranchir du respect des procédures du Code des marchés publics puisqu'il était possible dans certains cas de créer une SEM pour gérer un service public dont les marchés étaient passés librement.

⁴⁸⁰ C'était le cas par exemple dans l'arrêt CE 28 juillet 1995 *Préfet de la région Ile-de-France, préfet de Paris c/ Société de gérance Jeanne d'Arc*, rec. p. 321, *JCP (G)*, 1996.II.22577, note V. HAÏM

⁴⁸¹ Pour une analyse dans le même sens, voir Ch. MAUGÜÉ et Ph. TERNEYRE « Achèvement (ou presque) de la transposition des directives marchés publics (commentaire de la loi du 22 janvier 1997 et des décrets du 27 février 1998) » *RFDA*, 1998 p. 593, spé. p. 607 *in fine*. ; et Ph. TERNEYRE « Les sociétés d'économie locales et les contrats » *LPA*, 25 octobre 1995, n° 128 pp. 22-25

⁴⁸² Ces contrats relatifs au logement social seront traités dans le B) qui suit parce qu'ils s'appliquent non seulement aux SEM mais aussi aux sociétés d'HLM.

488. L'article 48-I de la loi Sapin du 29 janvier 1993⁴⁸³ pose le principe de l'application des « *principes du code des marchés publics, aussi bien pour la passation que pour l'exécution* » aux contrats de travaux, d'étude et de maîtrise d'œuvre des SEM⁴⁸⁴. La mise en œuvre de cette disposition a été faite par un décret du 26 mars 1993⁴⁸⁵ que certains auteurs appellent le « *petit code* » des marchés publics⁴⁸⁶ tant ses dispositions sont proches du véritable code. La question qui se pose aujourd'hui a trait au seuil d'application de ces procédures particulières puisque l'article 2 du décret du 26 mars 1993 se réfère à l'article 104-I-10° de l'ancien Code des marchés publics et que, d'une part, le décret faisant entrer en vigueur le code de 2001⁴⁸⁷ a abrogé l'ancien code et changé les seuils de passation, et que, d'autre part, ces derniers ont encore été modifiés dans le cadre du code de 2004. Si on peut trouver raisonnable d'appliquer le seuil de 230 000 € HT⁴⁸⁸ aujourd'hui en vigueur, il est possible que le juge sanctionne encore un marché pour non-respect du seuil de 700 000 F (106714,31 € TTC)⁴⁸⁹, voire qu'il assimile les anciens « *marchés négociés à raison de leurs montants* » aux actuels « *marchés sans formalité préalable à raison de leurs montants* » et qu'il applique par conséquent un seuil de 90 000 € HT⁴⁹⁰.

Cette disparité du droit applicable aux sociétés d'économie mixte ne s'arrête pas là puisque le droit interne a encore étendu l'application de procédures de passation à leur endroit dans le cadre des logements sociaux, cette législation s'appliquant aussi à des organismes privés d'habitations à loyer modéré dont le capital est entièrement privé.

B) Les contrats de construction de logements sociaux des SEM et sociétés d'HLM

⁴⁸³ L'article 48-I fait partie d'un chapitre 5 de la loi intitulé « marchés publics » qui est sans lien avec la législation sur les délégations de service public

⁴⁸⁴ « *les contrats de travaux, d'études et de maîtrise d'œuvre conclus pour l'exécution ou les besoins du service public par les sociétés d'économie mixte, en leur nom ou pour le compte de personnes publiques, sont soumis aux principes de publicité et de mise en concurrence prévus par le Code des marchés publics dans les conditions fixées par décret en Conseil d'État.* » Notons qu'il s'agit de toutes les SEM, nationales comme locales, à la suite de la sanction par le Conseil Constitutionnel de l'article 48-2 qui excluait les SEM nationales. Cf. Conseil. Constit. 20 janvier 1993, n° 92-316 DC, rec. p. 14, J.O. du 22 janvier, §§. 49 et 50, la sanction étant fondée sur le principe d'égalité.

⁴⁸⁵ Décret n° 93-584 du 26 mars 1993 *Relatif aux contrats visés au I de l'article 48 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.*

⁴⁸⁶ Ce « petit code » contient toutefois seulement 18 articles.

⁴⁸⁷ Il s'agit du décret n° 2001-210 du 7 mars 2001

⁴⁸⁸ Article 28-III du Code des marchés publics de 2004

⁴⁸⁹ Sur un plan purement juridique et dans le cadre de l'établissement d'une notion nouvelle de « commande publique », on ne saurait que se féliciter d'une unité – ou au moins d'une cohérence – des seuils de passation.

⁴⁹⁰ Cette baisse « de fait » des seuils n'est pourtant pas dans le sens de la politique actuelle, même si c'est l'évolution qui a été choisie en matière de délégation du conseil municipal au maire dans l'article L. 2122-22-4° issu de l'article 9 de la loi du 11 décembre 2001. En ce sens Cf. *Droit des marchés publics*, *Le Moniteur* fasc. II.200.2/16, *contra* S. BRACONNIER *Droit des marchés publics*, *Imprimerie nationale* 2002 p. 52.

489. L'activité de construction de logements sociaux a une double nature de service public industriel et commercial et de service public administratif. Elle se rapproche en effet d'une activité industrielle et commerciale en ce qu'elle demande une gestion proche de celle d'une entreprise privée telle que pourrait en avoir un investisseur ou un promoteur immobilier. Elle est pourtant administrative en ce qu'elle répond à des nécessités de mixité sociale, de maîtrise des coûts des biens immobiliers, mais aussi parce qu'elle est la réponse à l'objectif de valeur constitutionnelle de droit à un logement décent⁴⁹¹. C'est en se fondant sur le rôle « administratif » des sociétés privées d'HLM que le juge communautaire a considéré qu'elles devaient être qualifiées d'organismes de droit public⁴⁹².

En plus de la soumission au droit communautaire lorsque le marché dépasse les seuils d'application, le droit français a imposé des procédures de passation et d'exécution non seulement aux sociétés d'HLM mais aussi aux sociétés d'économie mixte de ce secteur en deçà de ces seuils⁴⁹³. Cette extension s'est faite en deux temps, dans deux législations différentes.

490. Le premier texte, la loi MOP de 1985, oblige les sociétés d'économie mixte et les sociétés d'HLM comprises dans son champ d'application à respecter certaines procédures de passation pour certains de leurs contrats de construction en tant que « Maîtres d'ouvrage publics ». En plus des cas dans lesquels les SEM sont mandataires (au sens de la loi MOP) des collectivités locales, ces organismes ou sociétés sont donc soumis aux procédures édictées dans les décrets d'application de cette loi⁴⁹⁴ pour les travaux⁴⁹⁵ relatifs aux « logements à usage locatif aidés par l'État » qu'ils réalisent. Ce texte est donc en grande partie fondé sur une approche pécuniaire ; le fondement de l'application de ces procédures est la « bonne gestion » des subventions étatiques ce qui justifie que les procédures de passation aient été aussi limitées⁴⁹⁶.

491. Le second texte est la loi Sapin du 29 janvier 1993 dont l'article 48-III modifie les articles L. 481-4 et L. 433-1 respectivement pour les « sociétés d'économie

⁴⁹¹ La décision n° 94-274 DC du 19 janvier 1995 §§. 6 et 7 fait découler des articles 10 et 11 du préambule et du principe de sauvegarde de la dignité de la personne humaine issu de l'alinéa 1^{er} que « la possibilité pour toute personne de disposer d'un logement décent est un objectif de valeur constitutionnelle. »

⁴⁹² CJCE 1^{er} février 2001, *Commission c/ France, Contrats et marchés publics*, 2001, comm. n° 64, note Ph. SOLER-COUTEAUX. Pour être plus précis, la Cour de justice s'est aussi fondée sur le critère de la personnalité juridique que les sociétés d'HLM remplissaient évidemment, ainsi que sur celui de l'influence publique en considération notamment des dispositions du Code de la construction et de l'habitation français.

⁴⁹³ Cf. sur ce point Ph. TERNEYRE « Les sociétés d'économie locales et les contrats » *LPA*, 25 octobre 1995, n° 128 pp. 22-25 et R. ROUQUETTE, « les H.L.M. et les S.E.M. après la loi Sapin » *MBTP*, 28 mai 1993, p. 28

⁴⁹⁴ Décret n° 93-1268 *Relatif aux missions de maîtrise d'œuvre confiées par des maîtres d'ouvrage publics à des prestataires de droit privé* ; décret n° 93-1269 *Relatif aux concours d'architecture et d'ingénierie* ; décret n° 93-1270 *Relatif aux contrats de « conception-réalisation »*. Le droit applicable aux SEM et sociétés d'HLM est bien entendu celui applicable aux entités non soumises au Code des marchés publics puisque ces décrets font la différence entre celles soumises au C.M.P. et celles qui n'y sont pas.

⁴⁹⁵ Et non pour d'autres objets puisque la loi MOP ne s'applique qu'aux travaux

⁴⁹⁶ Le texte actuel qui limite à la « construction de logements à usage locatif aidé par l'État » est issu de la loi n° 88-1090 du 1^{er} décembre 1988 *modifiant la loi 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage public et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée*.

mixte exerçant une activité de construction ou de gestion de logements sociaux » et pour les « organismes privés d'habitations à loyer modéré ». Ces dispositions soumettent ces personnes aux *principes de publicité, de mise en concurrence et d'exécution prévus par le code des marchés publics dans des conditions fixées par décret en Conseil d'État*. Le décret en question est celui du 27 mars 1993 codifié dans le Code de la construction et de l'habitation⁴⁹⁷ dont les dispositions sont très proches de celles applicables aux SEM dans le cadre de leurs travaux, études ou maîtrise d'œuvre, le fameux « petit code ».

492. À la suite de MM. F. MODERNE et J. DEQUÉANT⁴⁹⁸, on ne peut que remarquer les difficultés que pose cette double soumission à des procédures de passation pour les sociétés d'économie mixte et pour les sociétés d'HLM. On ne peut en effet que se poser la question de la pertinence de cette double soumission alors qu'il s'agit dans les deux cas de la construction de logements sociaux, même si effectivement la loi MOP ne s'applique que lorsque les travaux sont aidés par l'État alors que les articles du Code de la construction et de l'habitation s'appliquent pour tous les marchés des organismes privés et des SEM de construction de logements sociaux.

Le droit interne ne s'est pourtant pas seulement étendu dans ces deux des SEM et de la construction et du logement, une évolution récente va conduire à un rapprochement entre les marchés publics et les phénomènes d'achat privés : les groupements de commandes. Ces derniers, comme c'est le cas pour les phénomènes de recherche de synergies entre filiales d'une même groupe privé, conduisent à une baisse des prix par les volumes de biens commandés.

C) Les groupements de commandes

493. Les articles 7, 8 et 9 du Code des marchés publics sont regroupés dans un chapitre III intitulé *Coordination, groupement de commandes et centrales d'achat*⁴⁹⁹. L'article 7, qui porte sur la coordination des marchés, au sein de la même personne publique, entre des services qui disposent d'un budget propre ne pose pas de problème particulier. Le critère organique des marchés publics étant justement fondé sur la personnalité morale, il serait même anormal que l'organisation interne de ces personnes s'opposât à l'application du critère organique. En revanche, le groupement des commandes entre des personnes morales différentes peut être assimilé à une modification du critère organique, notamment

⁴⁹⁷ Décret n° 93-746 du 27 mars 1993 codifié aux articles R. 433-1 et suivants du Code de la construction et de l'habitation.

⁴⁹⁸ F. MODERNE, « Les contrats de maîtrise d'oeuvre des S.E.M., observations sur une réglementation éclatée », *RFDA*, 1994, p. 1071 ; J. DEQUÉANT, « Le regard critique des S.E.M. sur les décrets M.O.P. », *MBTP*, 1^{er} avril 1994, p. 38

⁴⁹⁹ Ce titre est celui du code de 2004, l'intitulé du chapitre III du code de 2001 était : « *Coordination et groupement de commandes* ». Pour une étude de ce texte à sa sortie, cf. A. TAILLEFAIT, « Coordination, groupements de commande et centrales d'achat », *Contrats et marchés publics*, février 2004, chr. 4 pp. 31-32.

lorsque les procédures suivies par le *groupement* ne sont pas celles qui auraient été suivies par chacun de ses membres pris *individuellement*.

494. L'atteinte portée aux critères organiques – du Code ou des directives – par l'utilisation des groupements de commande se fait dans l'intérêt des personnes publiques, intérêt qui est pourtant en parfaite adéquation avec les objectifs de la commande publique. Le premier avantage est qu'en rassemblant les commandes on augmente les quantités de biens et que cela permet de négocier de meilleurs prix à l'unité avec les entrepreneurs ou vendeurs. On retrouve dans cet objectif du « meilleur prix » un des fondements du droit de la commande publique, même si les économies d'échelle remplacent dans ce cas le formalisme des procédures. Le second avantage est la simplicité de ne passer qu'un marché là où il aurait fallu en passer plusieurs. Cette simplification des modalités permet de limiter les coûts de personnel – les différents agents qui mettent en place la procédure⁵⁰⁰ ou les frais d'avocats – mais aussi les coûts inhérents à la procédure – par exemple les publications ou les réunions des commissions d'appel d'offres⁵⁰¹. Enfin, dernier avantage, cela permet à l'éventuelle personne publique qui va mener la procédure de vérifier l'utilité et la pertinence des achats des autres personnes publiques ou privées du groupement. En cela, on peut analyser une partie de ces groupements comme des formes de tutelles, tout en constatant que celles-ci ont aussi un objectif de « meilleur achat » et qu'en cela elles correspondent encore aux objectifs de la commande publique.

L'ensemble de ces avantages a conduit le droit français à développer deux mécanismes de groupements, l'un général que l'on retrouve aujourd'hui à l'article 8 du Code des marchés publics ; l'autre réservé à l'Union des groupements d'achats publics (UGAP) dans le Code des marchés publics de 2001 et étendu aujourd'hui aux « centrales d'achat » que l'on retrouve aux articles 9 et 32 du Code de 2004.

1) Un mouvement général de regroupement des achats

495. Le mouvement général de regroupements des achats date de peu de temps avant le code de 1964. Dès sa création en 1959, la commission centrale des marchés⁵⁰² a étudié l'intérêt que pouvaient avoir pour l'achat public des phénomènes d'économies d'échelle comme ceux qui commençaient à apparaître dans le cadre de

⁵⁰⁰ Pour ce qui concerne les agents pouvant passer les marchés, le regroupement permet par ailleurs de ne pas avoir à multiplier les personnes suffisamment formées à la passation des contrats, personnes qualifiées et par conséquent chères, d'autant qu'une formation permanente leur est nécessaire...

⁵⁰¹ Voir ceux, répercutés sur le « client » public, des études préalables

⁵⁰² La Commission centrale des marchés était un service à vocation interministérielle rattaché au ministère de l'économie et des finances, qui avait pour objectif d'étudier les incidences des textes sur les marchés publics et de faire des propositions d'évolutions. Elle a aujourd'hui disparu dans sa forme antérieure (article 3 à 21 de l'ancien C.M.P.) pour être remplacée par la Direction des affaires juridiques du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie (qui n'est cité pour sa part qu'à l'article 120 du C.M.P. à propos de la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés publics et les délégations de service public.)

centrales d'achat dans la vie commerciale⁵⁰³. Les groupements d'achat locaux ont alors été mis en place en 1966 avec la création d'un titre IV nouveau dans le Code d'alors⁵⁰⁴. Le code de 2001 est revenu sur ces dispositions et les a fortement simplifiées – modernisées diront certains⁵⁰⁵ – en les intégrant dans son article 8, repris presque à l'identique par le code de 2004⁵⁰⁶. Au plan organique, les groupements de commandes n'ont pas la personnalité morale, pourrait donc considérer qu'ils ne sont pas, en eux-mêmes, une extension du critère organique⁵⁰⁷. On défendra la position inverse pour deux raisons : d'une part parce les personnes qui peuvent faire partie d'un groupement ne sont pas toutes soumises aux mêmes obligations de passation – un groupement peut réunir, par exemple, un établissement public administratif de l'État et des collectivités locales – et que le groupement appliquera la procédure d'une partie seulement de ses membres. Certains membres des groupements ne se verront donc pas appliquer les procédures qui leur sont normalement applicables. En cela, s'il n'est pas à proprement parler augmenté, le champ d'application du code est modifié puisque l'État pourra être soumis aux dispositions qui concernent les collectivités territoriales s'il fait partie d'un groupement avec ces dernières en application du V de l'article 8⁵⁰⁸. D'autre part, la participation à ces groupements de personnes privées ou publiques qui ne sont normalement pas soumises au Code des marchés publics⁵⁰⁹ augmente en effet le champ d'application *rationae personae* de celui-ci. On

⁵⁰³ D'autant que ce type de pratique existait aussi pour les personnes publiques dans des pays comme le Royaume-uni, le Canada, les États-Unis, les Pays-Bas, le Danemark et la Belgique. Sur ce point, cf. J. BERNARD-CHATELOT « Un effort de rationalisation : les groupements nationaux d'achats. » *RFAP* 1985 n° 33 pp. 9-21.

⁵⁰⁴ Le Titre IV du Code des marchés publics intitulé *Coordination des commandes publiques sur le plan local* date d'un décret du 28 novembre 1966. Ces articles consacraient l'existence de pratiques qui existaient entre certains ministères comme ceux de l'éducation nationale et de la santé publique pour le regroupement des achats de produits alimentaires. Pour une approche très complète de tous les cas et de tous les problèmes de groupements d'achat sous l'empire de l'ancien code, cf. P. RAMBAUD « Les groupements d'achat dans le secteur public », *AJDA*, juin 1976 pp. 276-290.

⁵⁰⁵ A. TAILLEFAIT, « Les nouveaux groupements de commande publique », *Contrats et marchés publics*, août 2001, Chron. n° 12 p. 4-9. Il faut reconnaître que la fin du rôle prépondérant du préfet et de l'intervention de la « commission de coordination de la commande publique » au profit de la liberté contractuelle des collectivités va dans le sens de la volonté actuelle de rationalisation.

⁵⁰⁶ Les modifications, relativement techniques, ne nous intéresseront pas ici. Elles portent principalement sur la participation à la commission d'appel d'offre du comptable du groupement, d'un représentant de la DGCCRF ou de « personnes compétentes » avec voix consultatives (point IV nouveau). Les autres modifications sont avant tout des clarifications textuelles.

⁵⁰⁷ L'absence de personnalité morale, reconnue sous l'empire de l'ancien code, est encore aujourd'hui la règle, cf. CAA Lyon, 10 juillet 1992 *Sté Bethenod*, req. 91LY00119, *Gaz. Pal.* 1993, Panorama du droit public 189. Il faut prendre conscience de l'intérêt de cette absence de personnalité morale au regard du droit européen : cela permet de penser que les membres du groupement n'ont pas à mettre en concurrence celui-ci avec d'autres entreprises après la procédure. Pour une analyse de ces groupements au regard de l'arrêt CJCE 18 novembre 1999 *Teckal*, *BJCP* n° 8, janvier 2000 p. 43 concl. G. COSMAS, obs. Ch. MAUGÜÉ ; Cf. D. CHABANOL « La rationalisation de la commande publique », *BJCP* n° 16, mai 2001, pp. 201-205

⁵⁰⁸ Le point V du code de 2004 reprend en y ajoutant des dispositions le point IV du code de 2001.

⁵⁰⁹ Au terme de l'article 8, les groupements de commande peuvent en effet être constitués de personnes soumises au Code des marchés publics mais aussi de « personnes privées, [d']établissements publics nationaux à caractère industriel et commercial et [de] groupements d'intérêt public [...] a condition d'appliquer les règles prévues par le présent code. » (article 8, point 1, dernier alinéa). Les « personnes non soumises aux procédures de passation » à qui le code devient applicable dans le cadre d'un groupement peuvent donc

notera de plus que, comme des personnes qui ne sont normalement contraintes par aucune procédure, des personnes pouvant être soumises aux lois des 3 janvier 1991 et 11 décembre 1992 peuvent être soumises au Code des marchés publics par leur participation à un groupement.

2) Les centrales d'achat

496. Le champ d'application organique du code des marchés publics a été aussi modifié par l'évolution des dispositions sur les centrales d'achat. En effet, non seulement dès 2001 il intégrait l'Union des groupements d'achats publics⁵¹⁰, or cette entité a la personnalité morale, mais l'article 9 nouveau du code de 2004 crée la catégorie juridique des « centrales d'achat » et la soumet en partie à ses dispositions.

a) La centralisation de achats, une idée contraire à l'esprit des marchés publics ?

497. L'idée qui prévalait avant 2001⁵¹¹ pour le régime juridique applicable à l'UGAP, était que la mise en concurrence ayant été faite une fois, il n'était pas nécessaire pour les personnes publiques de faire une seconde mise en concurrence pour acheter à l'UGAP. Ce second achat s'apparentait donc à un achat sur catalogue comme on pourrait en faire en droit privé.

La phase ultérieure, qui n'a prévalu que le temps du code de 2001, confirmait la soumission de l'UGAP aux dispositions du Code des marchés publics⁵¹², alors qu'il devrait en être exclu puisqu'il s'agit d'un EPIC de l'État⁵¹³. Si, sur ce point, le code n'avait pas modifié l'état du droit mais l'avait seulement confirmé, le régime des contrats que les autres personnes publiques passaient avec l'UGAP avait, lui, été modifié. En effet, en application du décret du 28 septembre 2001⁵¹⁴, et suivant en cela l'arrêt du Conseil d'État

être aussi bien des personnes privées que des personnes publiques (les EPIC qui ne rentrent pas dans la définition des organismes de droit public). La disposition de l'article 8-II du code de 2001 qui ajoutait que ces personnes ne pouvaient être coordonnateur du groupement a même été retirée du code de 2004.

⁵¹⁰ Malgré son nom, cet établissement public n'est en aucun cas une fédération des différents groupements d'achat locaux, le code de 2001 qui le citait expressément aurait pu en profiter pour lui trouver une dénomination plus appropriée. On peut penser que cette dénomination vient des conditions de création de l'UGAP, celui-ci étant au départ la fusion de deux services d'achat groupé : le *service des domaines* (ce qui justifiait le monopole qu'avait l'UGAP jusqu'au code de 2001 pour l'achat des véhicules automobiles), notamment pour sa fonction de fournitures de bureaux, et le *service des groupements d'achat de matériel* (SGAM), Cf. décret n° 68-54 du 17 janvier 1968.

⁵¹¹ Et plus précisément le décret 2001-887 du 28 septembre 2001 (J.O. du 29 septembre 2001 p. 15368)

⁵¹² L'article 9 précisait exactement « l'[UGAP] est soumise, sous réserve des dispositions qui lui sont propres, au présent code ». Sur le régime institué par le code de 2001 et notamment cet article 9, cf. D. CHABANOL « La rationalisation de la commande publique », *BJCP*, n° 16, mai 2001, pp. 201-205

⁵¹³ À sa création service administratif de l'État sans personnalité morale (décret n° 68-54 du 17 janvier 1968), l'UGAP est devenue un EPIC de l'État sous la tutelle du ministère de l'économie et des finances par le décret 85-801 du 30 juillet 1985 *relatif au statut et au fonctionnement de l'UGAP*

⁵¹⁴ Précité

du 27 juillet 2001 *Camif*⁵¹⁵, les collectivités publiques et les établissements publics qui voulaient conclure des marchés avec l'UGAP ne pouvaient le faire qu'après avoir effectué une mise en concurrence à laquelle participait l'UGAP⁵¹⁶. L'intérêt de passer par l'UGAP était alors bien réduit : certes, les collectivités et établissements publics pouvaient continuer à bénéficier des éventuelles économies d'échelle que cela représentait⁵¹⁷, mais ils perdaient le principal avantage de cette centrale d'achat : l'absence d'obligation de mettre en place une procédure de passation. Or, sur ce point, le droit interne allait plus loin que ce que demandait le droit communautaire puisqu'il appliquait le droit issu de la directive 93/36 du 14 juin 1993 *Fournitures* tel qu'il découlait de l'arrêt *Camif*⁵¹⁸ aux marchés en dessous des seuils communautaires⁵¹⁹.

b) Les centrales d'achat, un élément d'amélioration des marchés publics

498. La situation a été complètement remise à plat par le Code des marchés publics de 2004⁵²⁰, par une anticipation bienvenue des dispositions des directives communautaires adoptées quelques mois plus tard. Non seulement le code ne traite pas

⁵¹⁵ CE 27 juillet 2001 *Camif*, req. 218067, *JCP (G)*, 2001.I n° 318, obs. S. BRACONNIER, F. LLORENS « Les marchés de l'UGAP à l'épreuve du droit communautaire. À propos de l'arrêt du Conseil d'État du 27 juillet 2001 *Camif*, req. n°218067 » *Contrats et marchés publics*, 2001, chron. n° 14 pp. 4-9. Sur cette question, cf. B. BRENET, « groupement d'achats publics et droit communautaire », *AJDA* 2000 p. 784

⁵¹⁶ Notons que dans ces cas, les marchés entre l'UGAP et ses clients se passaient dans les conditions relativement favorables de l'article 28 du Code des marchés publics, c'est-à-dire sans formalité préalable en dessous des seuils de 130 000 € pour l'État et 200 000 € pour les collectivités locales. La soumission à l'article 28 (et non 29) du Code permettait ainsi d'éviter les procédures de passation entre 90 000 € et le second seuil.

⁵¹⁷ Et encore cet avantage risquait-il de ne pas durer, un groupement d'achat ne pouvant bénéficier de prix bas que par l'effet de la multiplication de ses clients, la baisse du nombre de clients qui devait inexorablement résulter de la nécessité de recourir à des mises en concurrence devait conduire, tout aussi inexorablement à une hausse de ses prix et à une attractivité encore moins grande. La mort de l'UGAP était pour ainsi dire programmée.

⁵¹⁸ L'arrêt applique les critères de l'arrêt CJCE 18 novembre 1999 *Teckal Srl c/ Commune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC)*, Aff. C-107/98 ; BJCP n° 8/2000, p. 43, concl. G. Cosmas ; DA 2000, comm. n° 31, repris dans l'article 1^{er} du Code des marchés publics de 2001 et considère que les marchés entre l'UGAP et les collectivités et leurs établissements ne sont pas des marchés « maison » ou « *in House* » et que la directive leur est bien applicable. Notons par ailleurs que l'arrêt ne considère pas que le statut de l'UGAP la met en situation « d'abus automatique de position dominante » comme le soulevait le requérant.

⁵¹⁹ Le droit interne avait toutefois ouvert une possibilité pour éviter la mise en concurrence. Elle consistait en la création d'un groupement d'achat – dans les conditions de l'article 8 du code – entre une collectivité ou un établissement public et l'UGAP. Ce dernier ayant le rôle de coordonnateur, les autres membres du groupement n'avaient pas à mettre en place de procédure et ne mettaient pas en concurrence à la fin. L'esprit qui avait présidé à la création de l'UGAP était par conséquent préservé dans cette hypothèse.

⁵²⁰ Sur cette réforme, cf. A. MÉNÉMÉNIS, « Centrales d'achat : une nouvelle chance », *ACCP*, mars 2004, n° spécial, p. 25 ; O. GUÉZOU, « Les centrales d'achat dans le nouveau code », *AJDA*, 2004, n° 7 pp. 371-377.

expressément de l'UGAP, mais il met en place la notion de « centrale d'achat » qui l'englobe⁵²¹, et modifie le régime applicable à ces centrales.

499. La notion de centrale d'achat, ainsi que les missions qu'elles peuvent accomplir, sont fixées à l'article 9 du Code des marchés publics de 2004⁵²². La référence au droit communautaire dans cet article est patente : les centrales d'achat doivent avoir la qualité de pouvoir adjudicateur, c'est ce qui justifie la référence à la loi du 3 janvier 1991. La raison en est que la directive 2004/18 du 31 mars 2004 définit, elle aussi, les centrales d'achat dans son article 1^{er} point 10⁵²³ en faisant référence à cette qualité de pouvoir adjudicateur⁵²⁴. En cela, on peut dire que le champ d'application du droit des marchés publics n'a pas été étendu puisque, comme pouvoir adjudicateur, toutes les centrales d'achat étaient déjà soumises à des procédures de passation. Il résulte de cette définition que l'UGAP, qui est un pouvoir adjudicateur (dont on a vu qu'il était normalement soumis à la loi de 1991 en tant qu'EPIC de l'État) voit sa position changée sur deux points : non seulement il n'est plus la seule centrale d'achat⁵²⁵, mais en plus le décret qui le soumettait au Code des marchés publics n'a plus lieu d'être puisque la seule soumission à la loi de 1991 suffit.

500. Le régime des centrales d'achat a, pour sa part, retrouvé son intérêt premier : il est de nouveau possible de passer un contrat avec les centrales d'achat sans

⁵²¹ Le décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004, portant Code des marchés publics a, par son article 5-II « À l'article 1^{er} du décret du 30 juillet 1985 susvisé relatif au statut et au fonctionnement de l'Union des groupements d'achats publics, il est ajouté un alinéa ainsi rédigé : « L'Union des groupements d'achats publics est une centrale d'achat au sens de l'article 9 du code des marchés publics. » modifié le statut de l'UGAP. Il en résulte une complète application du Code nonobstant les dispositions antérieures contraires à l'article 32 actuel.

⁵²² Pour se limiter à la notion, le premier alinéa de l'article 9 dispose : « Une centrale d'achat est une personne publique ou un organisme de droit privé remplissant les conditions fixées au c) de l'article 9 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991, relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence, qui peut : » suivent les a) à d) précisant leur rôle.

⁵²³ Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, JOUE L134 du 30 avril 2004, article 1^{er} point 10 : « Une «centrale d'achat» est un pouvoir adjudicateur qui: — acquiert des fournitures et/ou des services destinés à des pouvoirs adjudicateurs, ou — passe des marchés publics ou conclut des accords-cadres de travaux, de fournitures ou de services destinés à des pouvoirs adjudicateurs. ». La directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, JOUE L. 134 du 30 avril 2004 a la même définition à son article 1^{er}, point 8, seul le terme de « pouvoirs adjudicateurs » étant remplacé par celui d'« entités adjudicatrices ».

⁵²⁴ À la suite de O. GUÉZOU, *Op. Cit.* spé. p. 372, on notera qu'il pourrait y avoir des cas dans lesquels les établissements publics visés à l'article 9 ne seraient pas des organismes de droit public, donc qui ne seraient pas des pouvoirs adjudicateurs. Cette hypothèse, qui pourrait rester théorique, conduit à dire que la transposition n'est pas parfaite parce qu'elle étend une exception alors que le droit interne n'aurait le droit que de la restreindre. Nous voyons ici encore un intérêt à avoir recours à une notion interne de commande publique et notamment aux principes qui lui sont attachés (*Cf.* 2^e partie, Titre 2) afin que le recours à ces principes permette de compenser la lettre par l'esprit. Par ailleurs, sur un plan plus technique, remarquons que, même pour les secteurs spéciaux, c'est la qualité de pouvoir adjudicateur qui est requise et non pas celle, plus large, d'entité adjudicatrice.

⁵²⁵ Juste après l'entrée en vigueur du Code des marchés publics de 2004 a été pris le décret n° 2004-216 du 11 mars 2004, *Portant organisation et fonctionnement de l'économat des armées*, qui réorganise cet établissement public industriel et commercial (il l'était depuis une loi du 22 juillet 1959) et qui précise dans son article 2 que : « L'économat des armées est une centrale d'achat au sens du code des marchés publics ».

avoir à les mettre obligatoirement en concurrence avec d'autres entreprises, la mise en concurrence initiale par la centrale elle-même étant jugée conforme, aussi bien au droit communautaire⁵²⁶ qu'au Code des marchés publics⁵²⁷. Les centrales d'achat sont par conséquent aujourd'hui relancées, et le champ d'application du droit des marchés publics est encore modifié, notamment dans le sens d'une perte de spécificité du code par rapport à la loi de 1991. En effet, les personnes bénéficiaires des centrales d'achat ne sont, elles aussi, que des pouvoirs adjudicateurs. Cela ouvre la possibilité que des personnes qui ne sont normalement soumises qu'à la loi de 1991, en passant par une centrale d'achat soumise au Code des marchés publics, voient leurs biens achetés à la suite d'une *procédure qui n'est normalement pas la leur*. L'inverse étant par ailleurs possible. Encore une fois, il ne s'agit pas à proprement parler d'une modification de champ d'application, mais on notera que le droit communautaire désacralise ici les procédures du Code des marchés publics par rapport aux autres procédures de mise en concurrence.

501. Conclusion du Chapitre : Il existe deux notions de marchés publics : l'une issue du droit interne, du Code des marchés publics, l'autre issue des directives communautaires. La différence principale entre les deux est bien une différence organique. Là où le droit français continue à avoir une approche fondée sur la personnalité morale de droit public (rappelons que le Code des marchés publics ne vise que ce type de personnes même s'il ne les vise pas toutes) ; le droit communautaire ne cherche qu'à analyser le « caractère public » de l'activité d'une personne, caractère dont la nature de la personnalité est un indice plus qu'un critère. Ainsi, les nouvelles catégories issues des directives que sont les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices incluent-elles les personnes publiques – toutes les personnes publiques – mais aussi, chose nouvelle, des personnes privées. Ce qui peut apparaître comme une évolution simple est en réalité une véritable révolution de la notion, et c'est contre cette modification fondamentale que le droit interne résiste depuis les années mille neuf cent quatre-vingt. Le Code français – les codes français – n'ont jamais modifié leur champ d'application et il faut s'attacher à des lois externes disparates pour apprécier l'étendue actuelle du droit des marchés communautaires.

Pourtant, l'influence européenne nie aussi les évolutions interne du droit de la commande publique : le droit français qui mettait en place depuis de nombreuses années une vision extensive du mandat se voit limité par l'approche communautaire de ce type de contrats. À l'inverse, les marchés publics de travaux sont abordés en droit interne en ajoutant au critère organique celui de la « maîtrise d'ouvrage publique ». Cette perte

⁵²⁶ L'article 11 point 2 de la directive 2004/18 précise que : « *Les pouvoirs adjudicateurs qui acquièrent des travaux, fournitures et/ou des services en recourant à une centrale d'achat dans les hypothèses visées à l'article premier, paragraphe 10, sont considérés comme ayant respecté les dispositions de la présente directive pour autant que cette centrale d'achat les ait respectées.* ». Il en est de même en substance de l'article 29 point 2 de la directive 2004/17 (qui ajoute notamment la possibilité que la centrale d'achat ait respecté les dispositions de la directive 2004/18).

⁵²⁷ Art. 32 du Code des marchés publics de 2004 : « *Les personnes publiques qui ont recours à une centrale d'achat sont considérées comme ayant respecté leurs obligations en matière de publicité et de mise en concurrence pour autant que la centrale d'achat applique, pour la totalité de ses achats, [ses procédures de passation]. Les contrats passés entre les personnes publiques qui relèvent du présent code et une centrale d'achat sont soumis aux seules dispositions du présent article.* »

d'influence du critère organique au profit d'éléments extérieurs qui pourrait rapprocher le droit interne du droit communautaire est au contraire aujourd'hui critiqué par l'Union qui, pour une fois, se concentre sur l'organique au détriment du matériel.

Les personnes qui doivent passer leurs contrats en appliquant des mesures de publicité ou de mise en concurrence n'ont cessé de s'étendre. Ceux que l'on peut regrouper sous le terme de « commanditaires » ne sont pourtant pas les seules parties à ces contrats de la commande publique, leurs « cocontractants » ont eux aussi évolué au point de modifier encore la notion de marchés publics.

CHAPITRE 2^E : LES PERSONNES POUVANT POSTULER À UN MARCHÉ PUBLIC

502. LITTRÉ définit le « marché », dans son huitième sens, comme « [...] *des conventions qui se font pour prendre un fermier, un domestique, pour louer une voiture, une place dans un navire, etc. [...] Marché d'ouvrages : convention entre un ouvrier ou un entrepreneur, d'une part, et celui qui commande¹ un ouvrage quelconque, un bâtiment par exemple, d'autre part* ». Si l'on peut se permettre un désaccord sur l'utilisation du terme de marché pour les seuls contrats d'entreprise et non pour les ventes – les marchés de fournitures ne sont, en effet, pas évoqués² – on ne peut que noter l'utilisation du terme de « convention ». Un marché est en effet une convention, et même plus précisément un contrat, sous-catégorie des conventions si l'on s'en réfère à une partie importante de la doctrine³. L'exigence qu'un acte ait une forme contractuelle pour être qualifié de marché et pour être soumis à des procédures de passation, vraie historiquement, s'est prolongée aujourd'hui dans toutes les réglementations de la commande publique.

L'une des conséquences de l'exigence d'un contrat – et d'un contrat synallagmatique comme on le verra – est la nécessité d'un cocontractant. La situation classique, celle que décrit LITTRÉ, est que ce cocontractant soit une personne privée ayant une activité commerciale. Or bien qu'il n'ait jamais été spécifié que le cocontractant dût être une personne privée, cela a tellement été unanimement sous-entendu que l'on dire qu'il s'est agi, jusqu'à il y a peu, d'une condition non-écrite (Section 1^{re}), la pratique entérinée par le Code des marchés publics de 2001, confirmée par celui de 2004 et précédée par le droit communautaire permet aujourd'hui que le cocontractant de « l'administration » soit une autre administration⁴. Plus encore, puisque le droit communautaire a étendu l'application du droit de la commande publique à des personnes privées, la personne devant passer le marché peut être une personne privée et son

¹ On notera l'utilisation de ce terme qui est aussi celui de la notion dont nous essayons de donner la teneur et de démontrer l'utilité.

² Ce qui permet aussi de dire que tous les contrats d'entreprise ne sont pas pris en compte dans cette définition puisque certains marchés de fournitures rentreraient dans la catégories des contrats d'entreprise s'ils relevaient du droit privé, notamment lorsque le bien en cause n'est pas un bien de série (*cf. sur ce point le Chapitre 2, titre 2, 1^e partie.*).

³ *Cf. L. DUGUIT, Traité de droit constitutionnel, Paris, Anc. Librairie Fontemoing ed., E. Boccard successeur. 3^e ed. 1927, Tome 1 p. 380 et s.* Cet auteur estime en effet que les contrats sont une sous-catégorie des conventions, ces dernières comprenant en outre les « Unions » ou des « actes collectifs » qui, comme les contrats sont des accords de volonté mais qui à la différence des contrats ne sont pas générateurs d'obligations. *Cf. supra.*

⁴ Voire, on le verra *infra*, la même administration.

cocontractant une personne publique. Le schéma classique peut donc aujourd'hui être inversé. (Section 2^e)

SECTION 1^{RE} :

LES COCONTRACTANTS ORIGINAIREMENT

PERSONNES PRIVÉES

503. Les cocontractants potentiels de l'administration ont d'abord, de façon implicite, été des personnes privées. Plus précisément, il s'agissait des entreprises qui répondaient aussi bien aux besoins d'autres personnes privées dans le cadre normal de leur activité commerciale, qu'aux personnes publiques dans le cadre des « marchés publics » (§ 1^{er}). L'officialisation, dans les textes, de cette possibilité n'a pourtant eu lieu que récemment. Elle conduit à se poser des questions sur les personnes privées que ces textes visent, personnes qui pourraient bien être différente selon que l'on envisage la question à travers le droit français ou communautaire (§ 2^e).

§ 1^{er} : Des personnes d'abord implicitement privées

504. Les textes post-révolutionnaires relatifs aux marchés, de travaux publics ou de fournitures, ne font pas appel à la notion de personne privée pour qualifier les cocontractants de l'administration. Ils utilisent simplement les termes que l'on retrouve ensuite dans l'ensemble des textes postérieurs d'« entrepreneurs »⁵ ou de « fournisseurs »⁶. On trouve pourtant parfois des termes qui ne laissent pas de doute quant à la nature privée du cocontractant, par exemple celui de « citoyens »⁷.

Le Code des marchés publics de 1964 n'a pas non plus abordé la question de la nature privée ou publique du cocontractant. L'article 1^{er} définissant les marchés publics ne

⁵ On pense par exemple au décret des 7-11 septembre 1790 *Décret relatif à la forme de procéder devant les autorités administratives et judiciaires, en matière de contributions, de travaux publics, et de commerce, et à la suppression des cours, tribunaux et juridictions d'ancienne création*, DUVERGIER *Lois et décrets*, Tome 1 p. 359. La loi du 28 pluviôse An 8 (17 février 1800) *Loi concernant la division du territoire français et l'administration* qui fonde la compétence administrative en matière de travaux publics est topique de cela : « article 4 : Le conseil de préfecture se prononcera... sur les difficultés qui pourraient s'élever entre les entrepreneurs de travaux publics et l'administration concernant le sens ou l'exécution des clauses de leurs marchés ; sur les réclamations des particuliers qui se plaindront de torts et dommages procédant du fait personnel des entrepreneurs et non du fait de l'administration [...] »

⁶ Loi 14 mars 1793 *relative à la caution des entrepreneurs et fournisseurs de l'État à la date de l'adjudication*. Absent du recueil DUVERGIER. ; décret des 26-29 frimaire An 2 (16-19 décembre 1793) *Décret portant des peines contre les fonctionnaires publics, fournisseurs ou entrepreneurs qui auront touché deux fois leur traitement ou perçu des sommes plus fortes que celles qui leur revenait*, DUVERGIER *Lois et décrets*, Tome 6 p. 341 (L. 16, 688 ; B. 37, 219.) & loi du 4 juillet 1837 qui rend obligatoire l'utilisation du système métrique dans tous les actes des fournisseurs et entrepreneurs

⁷ Décret 20 septembre-14 octobre 1791 *Relatif aux commissaires des guerres*, DUVERGIER *lois et décrets* Tome 3 p. 319 « Titre 2, Article 6 Attendu la part que les citoyens sont dans le cas de prendre aux [marchés] »

fait absolument pas référence à celui-ci et l'on ne retrouve, au long des articles de ce premier Code, que des références aux « entrepreneurs », « fournisseurs »⁸ ou « prestataires de services »⁹.

L'absence de précision sur la qualité du cocontractant aurait pu être source d'une ouverture des marchés à toutes les catégories de cocontractants. Mais l'interprétation a pendant longtemps été inverse. Non seulement on considérait que les personnes publiques ne pouvaient répondre à un marché passé par une autre personne publique, mais en outre on considérait que certaines personnes privées, par exemple les personnes sans but lucratif, ne le pouvaient pas non plus. Cette position que l'on trouve dans l'instruction d'application du code¹⁰ était spécialement destinée aux associations de la loi de 1901. L'idée qui sous-tend cette exception est que l'association sans but lucratif n'exerce pas une activité commerciale, qu'elle est en quelque sorte « hors marché » et qu'elle ne peut donc être mise en concurrence¹¹. La soumission des sociétés d'économie mixte aux dispositions du Code des marchés publics n'était pas beaucoup plus certaine. L'article L. 1523-2 du Code général des collectivités territoriales dispose en effet, qu'en dehors des cas de prestations de services, les rapports entre les sociétés d'économie mixte et les collectivités sont régies par une convention dont il précise les clauses¹². Cet article a été au départ compris comme interdisant les marchés entre les SEM et les collectivités locales¹³, d'où il ressortait que lorsque les SEM et les collectivités voulaient passer un contrat, elles n'avaient pas à le faire dans les conditions du Code des marchés publics. La tendance du droit des marchés à l'extension a entraîné une évolution jurisprudentielle admettant la soumission des SEM au Code des marchés publics, cette question n'ayant toutefois pas été soumise au juge administratif avant le Code de 2001¹⁴

505. Hors ces hypothèses particulières, les personnes privées pouvant répondre aux marchés publics étaient largement entendues. C'est ainsi que l'on considérait que les Groupements d'intérêt économique pouvaient répondre aux marchés publics, pour

⁸ La Section 2 du livre 2, titre 1^{er} chapitre 1^{er} du Code des marchés publics de 1964 qui regroupe les articles 46 à 74 s'intitule par exemple « *entrepreneurs et fournisseurs contractants* ».

⁹ Par exemple aux articles 181, 372 ter, 379-1, 388, 389-1 et 395. On remarquera qu'il s'agit essentiellement d'articles modifiés ou créés après la directive 92/50 sur les marchés publics de services, c'est-à-dire après que le droit communautaire a officiellement reconnu cette catégorie.

¹⁰ Dans le commentaire de l'article 1^{er} de celui-ci

¹¹ En ce sens, on peut faire référence à une réponse ministérielle JOAN (Q) 15 juin 1998, *Le Moniteur* 31 juillet 1998, *BJCP* 1998, n° 1 p. 117 qui estime que les structures d'insertion soumises à la loi de 1901 sont du secteur concurrentiel sauf si elles ne pourraient concourir à un marché de ce type avec de réelles chances de remporter la mise en concurrence. Le critère est donc réellement la possibilité d'agir sur un « marché » au sens économique du terme.

¹² L'article a été modifié par la loi 2002-1 du 2 janvier 2002 art. 7, II. Il s'agissait auparavant de la codification de l'article 5 de la loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 *Loi relative aux sociétés d'économie mixte locales*. Les points précisant les exigences de ces contrats sont à cette occasion passés de 5 à 6.

¹³ Cf. TA Rennes, 30 janvier 1996, *Préfet des Côtes d'Armor c/ SEMIG 22 et département des Côtes d'Armor, Droit administratif*, 1996, n° 136 ; note M.-Y. BENJAMIN qui dispose : « *Considérant qu'en ne prévoyant pas de clauses obligatoires pour la passation des contrats de prestation de services entre les collectivités locales et les SEM, la loi n° 83-597 du 7 juillet 1983 (art. 5-2) avait entendu instituer un régime de liberté de prestations* ».

¹⁴ Cf. notamment CAA Bordeaux, 17 mars 1997, *Département de l'Hérault, Droit administratif* 1997, n° 315, note M.-Y. Benjamin, et TA Versailles, 4 décembre 1997, *Préfet de l'Essonne c/ Département de l'Essonne, Droit administratif*, 1998, n° 119.

autant que l'objet du marché corresponde à l'activité statutaire du GIE¹⁵, de même que les sociétés nationales¹⁶, les sociétés étrangères et spécialement des sociétés des pays membres de l'Union européenne, voire des délégataires de services publics. Pour ces derniers, la question se posait notamment de savoir si les travaux que la collectivité demandait à son fermier ou son concessionnaire – notamment des prolongations de réseaux d'eau ou l'amélioration d'usines d'assainissement – étaient la simple prolongation de la concession ou s'ils constituaient, par eux-mêmes, des marchés publics. La passation d'un marché public pourrait en effet apparaître comme une modification détournée de la délégation de service public initiale, comme elle pourrait, à l'inverse, être considérée comme un moyen de ne pas briser l'équilibre financier du contrat de délégation. La jurisprudence a alors considéré que si ces travaux étaient rémunérés sous forme de redevances perçues sur les usagers – le critère serait aujourd'hui la rémunération en fonction des résultats de l'exploitation – elle pouvait être un avenant au contrat de concession¹⁷ ou une nouvelle concession selon l'importance de ces travaux. En revanche, si le paiement était un prix payé par la collectivité, il s'agissait d'un nouveau contrat qualifié de marché public et soumis comme tel au Code des marchés publics.¹⁸ On peut ajouter que ce type de contrat peut aussi, en fonction des sommes en jeu, être une concession de travaux au sens des directives communautaires 2004/17 et 2004/18 et, comme telle, soumis à la loi du 3 janvier 1991.

§ 2^e : Des personnes privées aujourd'hui explicitement visées par les textes

506. Aujourd'hui, la possibilité de voir des personnes privées cocontractantes d'un marché public ou d'un autre contrat de la commande publique est directement inscrite dans les textes. Le droit français a introduit cette précision dans le code des marchés publics de 2001 et l'a conservée en 2004¹⁹ ; comme il a introduit cette possibilité dans la définition des délégations de service public issue de la loi MURCEF de 2001²⁰.

¹⁵ Cf. *Marchés publics*, n° 255, janvier-février 1991, p. 7

¹⁶ Pour l'exemple de l'Imprimerie nationale, une réponse ministérielle formulait notamment cet avis. Cf. JOAN (Q) 5 janvier 1998, p. 49, *Marchés publics*, n° 98/1, p. 6.

¹⁷ Cf. CE 6 mai 1991 *Syndicat intercommunal du bocage*, rec. p. 170 ; *AJDA* 1991 p. 717, note P. SUBRA de BIEUSSES ; *Dalloz* 1991, SC p. 374, obs. Ph. TERNEYRE ; *JCP* 1991.II. 21749, note M. GUIBAL

¹⁸ Cf. CAA Paris, Plen, 11 décembre 1997, *Syndicat des eaux d'Île-de-France et Compagnie générale des eaux*, *RFDA* 1998 p. 297, concl. Ch. LAMBERT.

¹⁹ Article 1^{er} : « I. - Les marchés publics sont les contrats conclus [...] avec des personnes publiques ou privées par [...] ».

²⁰ Cette définition a été transposée à l'article 38 de la loi no 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques et à l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales : « Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé [...] ». Notons que parmi les personnes privées, il en existe qui sont sous forte influence publique comme c'est le cas des SEM locales. Sur ce point, Cf. C. BOITEAU, « La société d'économie mixte locale, délégataire de service public », *AJDA*, 2 décembre 2002, pp. 1318-1326.

507. Pour leur part, les directives communautaires n'ont jamais fait de différence entre les cocontractants selon qu'ils sont une personne publique ou privée, pas plus qu'elles n'en font pour leur accorder la qualité de pouvoirs adjudicateurs ou d'entités adjudicatrices²¹. Les directives de 2004 renouvellent pourtant la question en utilisant le terme d'« *opérateur économique* »²². C'est en effet ainsi que sont désignés les cocontractants potentiels des pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices, et l'explication que la directive donne de ce terme peut paraître insuffisante²³. Elle précise que les « opérateurs économiques » ne sont qu'un terme d'usage qui n'est utilisé que pour simplifier le texte des directives. Ce terme insiste pourtant sur une difficulté que le droit français a évitée et que le droit communautaire rencontre : la qualité d'opérateur économique laisse entendre que seules des personnes agissant sur un « marché », donc des personnes dont l'activité est économique, peuvent répondre aux offres.

508. On peut alors se demander ce qu'il en est d'une association sans but lucratif qui fait une offre à un prix symbolique, voire gratuite, parce qu'elle est désintéressée. L'association agit elle réellement sur le marché dans ce cas ? Si l'on prend l'exemple d'une association de formation de chômeurs, son activité gratuite ne peut être mise en concurrence, soit en considération du fait qu'elle n'est pas « sur le marché » en étant une offre sans demande, soit en considération du fait qu'en tout état de cause, la nature de l'association rend son offre inégale par rapport aux autres opérateurs privés, par exemple des entreprises de formation ou de reclassement. En droit communautaire, il semble que ces associations pourraient ne pas être qualifiées « d'opérateur économique », et par conséquent ne serait pas autorisées à répondre à un marché public ou une concession au sens communautaire.

509. En droit français, on peut aussi se poser la question de savoir si l'utilisation des termes de « *personnes publiques ou privées* » ouvre la possibilité à des associations non-mercantiles de répondre à un marché public. La réponse est nuancée. Il nous semble que, si ces associations sont en concurrence avec des personnes exerçant une activité industrielle et commerciale, cela n'est pas possible. Cette impossibilité est notamment due au fait que cette situation porterait atteinte à l'égalité entre les candidats²⁴. Mais ce fondement de l'interdiction ouvre en revanche la possibilité que plusieurs associations – ou autres personnes non-mercantiles – soient mises en concurrence sur le

²¹ De nombreux arrêts reconnaissent implicitement, et on ne peut plus logiquement, la possibilité que le cocontractant soit une personne privée. La possibilité que le cocontractant soit une personne publique, trouve une confirmation avec l'arrêt CJCE 18 novembre 1999 *Teckal Srl c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, Aff. C-107/98, rec. I-8121 ; BJCP 2000, n° 8, p. 51 concl. G. COSMAS

²² On retrouve dans l'utilisation de ces termes l'approche du droit des marchés publics en tant que droit de la concurrence. Pour une utilisation de ces qualifications dans ce cadre, cf. M. LOMBARD, « A propos de la liberté de concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés », *Dalloz*, 1994, n° 22, chron. pp. 163-169

²³ Article 1^{er}, point 8 de la directive 2004/18 et 1^{er}, point 7 de la directive 2004/17. : « *Le terme "opérateur économique" couvre à la fois les notions d'entrepreneur, fournisseur et prestataire de services. Il est utilisé uniquement dans un souci de simplification du texte* ».

²⁴ Cf. *supra*, on verra que ce principe est l'un des « principes de la commande publique ».

fondement d'autres critères que le prix. Il faudrait alors que l'aspect financier ne soit pas le motif de la mise en concurrence. Il s'agirait en somme d'un mécanisme de « marché » au sens économique du terme, mais qui ne serait pas fondé sur de l'économie²⁵. Il y aurait donc une différence de solutions entre le droit communautaire qui ne considérerait pas ce contrat comme un « marché publics » parce qu'il ne rentre pas dans sa logique économique, et le droit français qui, historiquement fondé sur le service public ou la puissance publique, pourrait permettre ce type de mise en concurrence. La seule restriction interne serait que le contrat reste à titre onéreux, c'est-à-dire que les prestations ne soient pas gratuites. Un marché sans « opérateur économique » mais qui ne soit pas « gratuit » est envisageable mais on peut raisonnablement penser qu'il s'agit d'une hypothèse d'école.

L'appréhension des personnes privées comme les cocontractants naturels de l'administration a donc toujours été celle du droit des marchés et, plus largement, de la commande publique. Leur rôle économique leur donne à dire vrai logiquement cette place. La question est plus délicate pour les personnes publiques dont le rôle économique est essentiellement celui de régulateur, et qui, quand ils agissent sur les marchés en tant qu'acteur, ont du mal à se départir des avantages liés à leur statut de personne publique.

SECTION 2^E :

L'OUVERTURE AUX PERSONNES PUBLIQUES DE LA QUALITÉ DE COCONTRACTANT

510. De la même manière que l'on a pu dire que les contrats entre personnes publiques avaient une « certaine spécificité au sein des contrats administratifs »²⁶, on peut dire qu'ils ont aussi une certaine spécificité au sein des « marchés publics ». Historiquement, la soumission des contrats entre personnes publiques à des procédures de passation est confrontée à une double opposition. D'une part, jusqu'au début du XX^e siècle, on ne pouvait imaginer que des procédures qui étaient déjà considérées comme des « mesures d'ordre intérieur »²⁷ et qui ne s'imposaient pas à la personne publique lorsqu'elle contractait avec des personnes privées puissent s'imposer à des contrats entre les personnes publiques. Elles étaient en effet « doublement » des procédures non contraignantes. D'autre part, les relations entre personnes publiques n'ont bien évidemment été possibles qu'à partir du moment où l'on a reconnu une personnalité juridique à ces « autres personnes publiques » que sont les collectivités territoriales et les établissements publics²⁸. C'est cette seconde considération qui justifie aussi que la question des contrats entre personnes publiques se

²⁵ En ce sens, l'approche du droit communautaire est logique en ce qu'elle respecte la vision essentiellement économique qui irrigue ce droit.

²⁶ D. POUYAUD, « Contrats entre personnes publiques », *Jurisclasser* fasc. 675, 5/98, n° 5.

²⁷ Cette expression est celle de l'arrêt CE 14 mai 1886 *Augustinetty*, rec. p. 415, cf. note 109

²⁸ Cette possibilité a d'ailleurs été ouverte dans les lois du 10 août 1871 pour les départements (à l'article 89) et du 5 avril 1884 pour les communes (cette disposition a ensuite été codifiée, d'abord à l'article L. 161-1 al. 2 du Code des communes, puis à l'article L. 5221-1 du CGCT).

soit posée spécialement à partir du début des années 1980, c'est-à-dire au moment de la grande réforme de la décentralisation²⁹. C'est d'ailleurs en 1983 que le Tribunal des conflits a rendu son arrêt *UAP*³⁰ qui fonde le régime de ces contrats entre personnes publiques en tant qu'ils sont en principe des contrats administratifs³¹. Pour ce qui concerne la commande publique, cette question s'est posée un peu plus tard, notamment sous l'influence du droit communautaire.

La situation actuelle soumettant par principe les marchés entre personnes publiques aux règles de passation résulte de cette évolution historique. Elle est simplement délimitée par les compétences et les limites intrinsèques au statut public du cocontractant (§ 1^{er}). Par exception, dans trois hypothèses les droits interne ou communautaire ont estimé que l'on pouvait éviter l'application des procédures de passation (§ 2^e).

§ 1^{er} : Une possibilité encadrée

511. On l'a vu, le Code des marchés publics³² comme la loi Sapin³³ ouvrent la possibilité de voir des personnes publiques être cocontractantes d'autres personnes

²⁹ On peut se référer à F. MODERNE, « L'évolution récente du droit des contrats administratifs : les conventions entre personnes publiques », *RFDA* 1984, n° 0 p. 1 ; E. FATÔME et J. MOREAU, « les relations contractuelles entre collectivités publiques. L'analyse juridique dans le contexte de la décentralisation », *AJDA* 1990, p. 142. Les prémisses sur cette réflexion datent de 1974 avec l'article de J.-C. DOUENCE, « Les conventions entre personnes publiques », in *Mélanges en l'honneur de M. Stassinopoulos*, LGDJ, 1974 pp. 113-134.

³⁰ TC 21 mars 1983, *Union des assurances de Paris et autres assureurs du Centre national pour l'exploitation des océans (CNEXO) c/ Ministre des P. et T.*, rec. p. 21 ; *AJDA* 1983, p. 536, concl. D. LABETOUILLE ; *Dalloz* 1984 p. 33, note J.-B. AUBY et H.-G. HUBRECHT ; *RA* 1983, p. 368, note B. PACTEAU.

³¹ L'arrêt suit les conclusions du commissaire du gouvernement D. LABETOUILLE et pose une présomption : « *considérant qu'un contrat conclu entre deux personnes publiques revêt en principe un caractère administratif [...] sauf pour les cas où, en égard à son objet, il ne fait naître que des rapports de droit privé* ». Cette solution a par la suite été interprétée comme nécessitant d'autres critères que la présence de deux personnes publiques pour faire du contrat un *contrat administratif*, notamment par le recours au critère de la participation au service public. Sur ces suites, cf. F. ROLIN, *Accord de volontés et contrat dans les relations entre personnes publiques*, Thèse, Paris 2, 1996 et D. POUYAUD, *Op. Cit.* n° 45 et s. Notons que cet arrêt n'a pas spécialement d'intérêt dans le cadre des marchés publics passés en application du Code des marchés publics dans la mesure où la loi MURCEF a pour conséquence qu'ils sont, quel que soit le cocontractant, des contrats administratifs.

³² L'arrêt CE 28 avril 2003, *Fédération nationale des géomètres experts et a.*, req. n° 233360, *Droit administratif*, Juillet 2003, comm. n° 143, p. 17 obs. A. MÉNÉMÉNIS ; juge que l'article 1^{er} du Code des marchés publics a pu légalement prévoir cette extension aux personnes publiques alors que les requérants soutenaient que le Code des marchés publics avait été pris par décret et que, au moins pour les collectivités locales, cette compétence aurait dû revenir au législateur. Le Conseil d'État a refusé ce moyen en poursuivant sur ce point sa jurisprudence CE Ass. 5 mars 2003, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris*, cf. *supra* note 155

³³ Il s'agit en réalité de la loi Sapin et de l'article L. 1411-1 du CGCT tels qu'ils résultent de la loi MURCEF de 2001. La question faisait auparavant débat, en doctrine mais aussi entre des réponses ministérielles et des avis du Conseil d'État. Sur l'ensemble de ces tergiversations, cf. J.-D. DREYFUS, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, Paris, L'Harmattan coll. *Logiques juridiques*, 1997, 525 pp., spé. pp. 288 à 294. Cet auteur considère que la loi MURCEF est « *une harmonisation heureuse avec la définition du marché public posée par le nouveau code des marchés publics* » in « *La définition légale des délégations de service public* », *AJDA*, 2002, pp. 38-41, spé. p. 39.

publiques dans le cadre de marchés publics ou d'une délégation de service public. Si ce principe est d'application générale (A), il ne s'exerce que dans le cadre des compétences de chaque personne publique et dans le respect des principes de la commande publique (B).

A) Un principe d'application générale

512. Les textes ne laissent aujourd'hui que peu de doutes quant à la possibilité pour les personnes publiques de répondre à des marchés publics, des délégations de service public ou des contrats de partenariat (1). Cela pose le problème des certaines formes de collaborations entre personnes publiques, que ce soit les concours techniques entre l'État et les collectivités territoriales ou entre ces dernières (2) ou le rôle des établissements publics de coopération intercommunale (3).

1) Les textes

513. La loi Sapin et le Code des marchés publics permettent à une personne publique d'être cocontractante d'une autre. Les contrats de partenariats, sont pour leur part conclus avec « *un tiers* »³⁴, mais le nom même de cette catégorie de contrats, qui est passé, durant sa préparation, de *Contrats de partenariat public-privé* à *Contrats de partenariat*, montre la volonté de l'ordonnance de ne pas limiter la qualité de cocontractant aux personnes privées. Il en est de même des cocontractants des pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices pour le droit communautaire. Connaissant le caractère impératif – d'ordre public – de ces dispositions, cette possibilité est en réalité aussi à analyser comme une obligation : obligation pour les personnes publiques voulant *répondre* à un contrat de la commande publique de le faire dans en respectant toutes les phases de la procédure de publicité et de mise en concurrence éventuellement prévues par les textes, comme le font les personnes privées.

2) Les concours techniques

514. À ces textes généraux dont on aurait pu faire une interprétation stricte s'est ajoutée la loi MURCEF de 2001³⁵ dont l'article 1^{er} modifie deux lois concernant, d'une

³⁴ Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 *sur les contrats de partenariat*, J.O. 19 juin 2004, texte 2. Cette ordonnance est codifiée aux articles L. 1414-1 et s. pour les collectivités territoriales. Son décret d'application, n° 2004-1145 du 27 octobre 2004 *pris en application des articles 3, 4, 7 et 13 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat et L. 1414-3, L. 1414-4 et L. 1414-10 du code général des collectivités territoriales*, J.O. n° 253 du 29 octobre 2004 page 18260, texte n° 4, ne précise aucunement si le cocontractant doit être public ou privé, mais la possibilité que celui-ci soit public ne fait aucun doute.

³⁵ Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 *portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier*; J.O. n° 288 du 12 décembre 2001 p. 19703

part, le concours technique de l'État, des régions et des départements aux communes et aux établissements publics³⁶ ; et d'autre part, le concours des services centraux et déconcentrés de l'État aux collectivités locales et aux établissements publics³⁷. Dans les deux cas, la loi MURCEF modifie le droit existant en affirmant le principe selon lequel ces contrats doivent être passés « *dans les conditions prévues par le code des marchés publics* »³⁸. La précision de ces dispositions ne laisse plus de doute quant à la généralité de la soumission au Code des marchés publics, elles clarifient d'ailleurs plusieurs cas dans lesquels il était auparavant permis de douter.

515. Il en est notamment ainsi des contrats qui font de l'État le prestataire des collectivités locales, sauf pour l'exception des petites communes que nous aborderons plus loin. Une longue tradition juridique laissait en effet l'État apporter son concours aux collectivités locales, notamment dans des matières à la fois techniques et demandant de lourds investissements en matériels et en hommes, comme la *construction des routes*³⁹ et le *génie rural*. Cette aide trouve ses fondements dans des textes anciens, datant notamment d'un temps où les collectivités locales n'avaient pas de personnalité morale. L'aide de l'État paraissait alors plus logique⁴⁰. Les textes postérieurs, jusqu'à la décentralisation et aux lois modifiées par la loi MURCEF⁴¹, présentaient ce concours technique comme la continuité des pouvoirs de tutelle de l'État. Un certain nombre d'éléments rapprochent pourtant fortement cette pratique des marchés publics et justifient l'actuelle soumission de ces contrats au Code. En effet, non seulement les services rendus par les directions départementales sont des services qui pourraient être rendus par les entreprises privées, au point que l'on puisse dire que l'État est en concurrence avec le secteur marchand. Mais il faut ajouter à cela que les collectivités ne bénéficient plus de ce « service » à titre gratuit, mais qu'elles payent une « *redevance pour services rendus* », ainsi que des indemnités aux agents

³⁶ Il s'agit d'une modification de l'article 12 de la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 *relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État*

³⁷ Il s'agit d'une modification de l'article 7 de la loi n° 92-125 du 6 février 1992 *d'orientation relative à l'administration territoriale de la République*

³⁸ La formule est présente dans les deux textes modifiés.

³⁹ On trouvait auparavant un décret n°61-371 du 13 avril 1961 qui fixait les conditions d'exercice du concours technique du service des ponts et chaussées en matière de voirie des collectivités locales.

⁴⁰ On peut utilement se référer à la loi spéciale du 23 décembre 1809 *Loi qui autorise des aliénations, acquisitions, concessions à rentes et échanges en faveur des pauvres et hospices de différentes communes*. 4, Bull. 258, n° 5111 ; Mon du 24 décembre ; dont les articles 46 à 49 précisent le rôle des services de l'État : article 49 : « *Tous les travaux qu'un hospice aura à faire en vertu de la présente loi seront, si fait n'a déjà été, évalués par devis, adjugés au rabais et ensuite faits, reçus et payés comme les travaux publics nationaux, sous l'inspection gratuite d'un ingénieur du département et sous la surveillance du préfet.* » Cette loi est d'ailleurs citée par A. CHRISTOPHLE, *traité théorique et pratique des travaux publics*, Paris, A. Marescq ed., Tome 1, 1862, p. 11.

⁴¹ Pour ne les citer que rapidement, la loi du 5 octobre 1941 prévoyait le concours de l'État aux départements pour les routes de leur compétence. Ce rôle des DDE a été étendu par l'article 3 de la loi n° 48-1530 du 29 septembre 1948 à toute forme de concours techniques pour toutes les personnes morales de droit public et les entreprises publiques. La compétence des DDAF résulte pour sa part de la loi n° 55-985 du 26 juillet 1955 qui est une extension de la loi de 1948 précitée. Enfin, l'ensemble de ce dispositif a été remanié par l'article 12 de la loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 précitée et l'article 7 de la loi 92-125 du 6 février 1992 précitée, mêmes si les lois de 1948 et 1955 n'ont en réalité été abrogées que par la loi du 30 décembre 1999 portant budget pour l'année 2000.

exécutant la prestation⁴². Il est difficile de ne pas assimiler ces rémunérations à des prix, notamment au regard du droit communautaire. Enfin, les bénéficiaires de ces services concluent avec l'État une « convention »⁴³ précisant les missions de chacun et la redevance⁴⁴.

516. Ce principe a pourtant trouvé une limite dans le décret du 19 octobre 2004 portant création de la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariats⁴⁵. Ce décret d'application de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariats⁴⁶ met en place un « organisme expert » dont le rôle est de d'évaluer l'opportunité du recours à ce type de contrat. En effet, suivant en cela les réserves d'interprétation faites par le Conseil constitutionnel dans sa décision 2003-473 DC⁴⁷, les rédacteurs de l'ordonnance ont limité le recours à ces contrats à quelques hypothèses, notamment l'impossibilité pour la personne publique d'estimer ses besoins en raison de la complexité du montage juridique et

⁴² La rémunération en question est réglée par un arrêté ministériel du 20 avril 2000 (J.O. du 29 avril 2000) modifié le 27 novembre 2001 (J.O. du 6 décembre 2001). Le professeur L. RICHER, in « L'assistance technique de l'État aux communes peut-elle réellement s'affranchir de la concurrence ? », *AJDA*, 2002, n° 16 pp. 1056-1058, spé. p. 1056 précise que l'État a perçu environ 17 millions d'euros par an à ce titre depuis plusieurs années.

⁴³ On appréciera la volonté du législateur ayant mis en place cette « convention » de ne pas l'appeler « contrat » ou « marché » en un temps où la soumission de ces actes aux procédures de passation voulait être évité. Les « conventions » en questions sont une obligation issue de l'article 6 la loi n° 92-1255 du 2 décembre 1992. C'est par ailleurs ce même texte qui a organisé les DDE et DDA en entités économiques propres ayant des comptes de commerce personnels. Le rapprochement de ce qui reste des démembrements étatiques à des entreprises commerciales est clairement affiché par ces règles comptables et leur soumission au droit des marchés publics qui est un « droit de la concurrence » (cf. *supra*, 2^e partie, titre 2^e) est plus que logique. Sur les hésitations qui prévalaient avant la loi MURCEF, voir la note de F. MODERNE sous CE 2 octobre 1968, *Ministre de l'équipement, Commune de La Chapelle-Vieille-Forêt et Sté auxiliaire génie civil*, JCP 1969.II.15809.

⁴⁴ Sur les différentes étapes de la procédure de demande de concours des collectivités à l'État, cf. J.-D. DREYFUS, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, Paris, L'Harmattan coll. *Logiques juridiques*, 1997, 525 pp., spé. pp. 282 et s.

⁴⁵ Décret n° 2004-1119 du 19 octobre 2004 portant création de la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat, J.O. n° 246 du 21 octobre 2004, p. 17821, texte n° 19

⁴⁶ Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, J.O. 19 juin 2004, texte 2. Cette ordonnance a été suivie d'un autre décret d'application : le décret n° 2004-1145 du 27 octobre 2004 pris en application des articles 3, 4, 7 et 13 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat et L. 1414-3, L. 1414-4 et L. 1414-10 du Code général des collectivités territoriales, J.O. n° 253 du 29 octobre 2004 page 18260, texte n° 4. Notons que cette ordonnance a été contestée au contentieux et que le Conseil d'État a jugé de sa légalité dans un arrêt du 19 octobre 2004 *Jean-Pierre Sueur et autres*, req. n° 269814, 271119, 271357 et 271362.

⁴⁷ Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, 18^e considérant. *AJDA*, 2003, p. 1391, note J.-E. SCHOETTL ; E. FATÔME et L. RICHER, « Le Conseil constitutionnel et le “droit commun” de la “commande publique” et de la domanialité publique. À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2002-473 DC du 26 juin 2003 », *AJDA*, 22 décembre 2003, n° 44 pp. 2348-2354 ; *DA*, 2003, comm. 188 et 191, note A. MÉNÉMÉNIS ; *RDP*, 2003, p. 1163, note F. LICHÈRE « Le Conseil constitutionnel, la commande publique et le partenariat public-privé : *bis repetita non placent* » ; *Contrats et marchés publics*, 2003, chron. 18, note F. LINDITCH, « Les partenariats public-privé devant le Conseil constitutionnel » ; mais aussi les articles faisant référence à cette décision : A. TESSIER, « Le droit de la commande publique et les articles 5 et 6 de la loi du 2 juillet 2003 autorisant le gouvernement à simplifier le droit », *BJCP*, 2003 p. 354 ; J.-B. AUBY, « Le partenariat public-privé et la constitution », *Droit administratif*, Repères n° 10 ; F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, « Le futur partenariat public-privé ou les limites de la troisième voie », *Contrats et marchés publics*, 2003, Repères n° 7.

financier. L'organisme expert effectue donc une mission « *d'appui dans la préparation, la négociation et le suivi des contrats de partenariat* ». La difficulté que cela soulève est, comme le précise l'article 2 du décret, qu'il « *fournit aux personnes publiques qui le demandent* » un service. Or ce service aurait aussi bien pu être rendu par le secteur marchand, avocats ou maîtres d'ouvrages délégués chacun pour ses compétences. Le seul point qui laisserait à penser qu'il ne s'agit pas d'un détournement de procédure est que le service en question n'est pas rémunéré. Si cette circonstance est susceptible d'éviter une illégalité au regard du droit des marchés publics, en aucun cas cela ne résout la question de la légalité de ces dispositions au regard du droit de la concurrence.

La question est bien moins délicate pour les contrats entre les collectivités publiques et les établissements publics ou entre les établissements publics entre eux, qu'ils soient des établissements publics administratifs, notamment de coopération intercommunale ou des établissements publics sous forme d'entreprise publique.

3) Les liens entre les communes et les établissements publics intercommunaux

517. On trouve une illustration des services que peut rendre un syndicat mixte – ou un établissement public de coopération intercommunale – à une commune qui en fait partie dans l'arrêt *Communauté de communes du Piémont de Barr*⁴⁸. Cet arrêt, qui a fondé la réflexion du droit français sur la question des marchés entre personnes publiques, est rendu dans le cadre d'un référé précontractuel⁴⁹, mais cela ne diminue pas l'intérêt du débat, au contraire, cela montre bien que la réflexion à ce sujet est valable pour l'ensemble du droit de la commande publique et pas seulement dans le cadre du Code⁵⁰. En l'espèce, la solution ne considère pas qu'il y avait soumission au Code – mais nous sommes avant les codes de 2001 et de 2004 – mais qu'il y avait bien « marché public » au sens de l'article L. 22, notamment parce que le contrat était un marché public au sens communautaire. Notons, puisque la passation de ces contrats entre établissements publics est aujourd'hui clairement soumise au Code ou aux règles de passation des délégations de service public, que la question de ces contrats prend depuis quelques années une importance de plus en plus grande avec le développement des établissements publics de coopération intercommunale – qui sont un palliatif aux communes trop petites et politiquement impossibles à regrouper – qui veulent passer des contrats avec des syndicats dont ils sont membres ou des communes qui forment ses membres.

⁴⁸ CE 20 mai 1998 *Communauté de communes du Piémont de Barr, service des eaux et de l'assainissement du Bas-Rhin*, rec. p. 201, concl. H. SAVOIE ; *RFDA*, 1998, p. 533, concl. H. SAVOIE ; *AJDA*, 1998, pp. 553-559 chr. F. RAYNAUD et P. FOMBEUR ; *Marchés publics*, juillet 1999, n° 3 pp. 25-26 ; *MBTP*, 29 mai 1998, p. 425, concl. H. SAVOIE ; *Revue des concessions et des DSP*, 1998 ; pp. 99-131, note G. GUIAVARC'H

⁴⁹ Ancien article L. 22 du Code des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel, aujourd'hui article L. 551-1 du Code de justice administrative

⁵⁰ Rappelons que le référé précontractuel est aussi applicable en matière de délégations de service public, catégorie contractuelle dont on a dit que la définition de 2001 précisait clairement que le cocontractant pouvait être une personne publique.

518. Pour ce qui est des établissements publics non territoriaux, et notamment ceux ayant une activité industrielle et commerciale⁵¹, le Conseil d'État a clairement considéré dans un avis contentieux du 8 novembre 2000 *Jean-Louis Bernard consultants*⁵² qu' « aucun texte ni aucun principe n'interdit, en raison de sa nature, à une personne publique, de se porter candidate à l'attribution d'un marché public ou d'un contrat de délégation de service public ». On ne saurait être plus clair⁵³. Pourtant, quelle que soit la personne publique voulant être cocontractante d'une autre ou, plus largement, d'un pouvoir adjudicateur, sa candidature comporte des limites.

B) Les limites communes

519. La première de ces limites découle de l'avis précité du 8 novembre 2000 : les personnes publiques – la solution pour les établissements publics visés par l'avis est applicable il nous semble à l'ensemble des personnes publiques – ne doivent pas bénéficier pour leur activité concurrentielle d'avantages issus de leur qualité de personne publique. L'avis vise notamment les obligations fiscales et le régime des agents des personnes publiques ; il précise ensuite que le prix proposé par la personne publique doit prendre « en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix » et que ce prix ne doit pas être avantagé par « les ressources et les moyens qui lui sont attribués au titre de la mission de service public », l'ensemble devant bien entendu pouvoir être prouvé par des « documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié ». Cette limite n'est en réalité pas étonnante dans la mesure où elle découle directement de l'application du principe d'égalité concurrence, dont on verra qu'il est l'un des principes les plus importants parmi les principes de la commande publique⁵⁴.

520. La deuxième limite, plus nuancée, est la compétence des personnes publiques. Ainsi, un établissement public ne pourra répondre à un marché que dans le cadre de sa compétence, elle-même limitée par le principe de spécialité auquel il est

⁵¹ Qu'ils soient EPIC, EPA ou établissements publics à double visage

⁵² CE Sect, avis, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, rec. p. 492, req. n° 222208 ; *AJDA* 2000, p. 1066 pour l'avis et chron. M. GUYOMAR et P. COLLIN p. 987-992 ; *BJCP* 2001, p. 111 concl. C. BERGEAL ; *RFDA* 2001, p. 112 concl. C. BERGEAL ; *CJEG* 2001, p. 58, note M. DEGOFFE et J.-D. DREYFUS ; *JCP* 2001.I.357, note E. DELACOUR, *ACL* 2001, n° 86 ; *Contrats et marchés publics* 2001, n° 2 p. 4, comm. G. ECKERT ; *CTI* janv. 2001, comm. CÉLÉRIER ; *Droit. Adm.* n° 4 chr. LAIDIÉ. Ce avis a ensuite été suivi non seulement d'un jugement du Tribunal administratif de Dijon du 20 février 2003, *Sté Jean-Louis Bernard Consultants c/ District de l'Agglomération dijonnaise*, req. 99-245, *AJDA* 2003 p. 790 concl. B. HECKEL ; *BJCP* juillet 2003, n° 29, pp. 276-280, concl. B. HECKEL, obs. Ch. MAUGÜÉ ; *RDI* septembre 2003, p. 462, obs. M. DEGOFFE et J.-D. DREYFUS, devenu définitif depuis l'ordonnance de désistement de la CAA Lyon du 29 mars 2004 ; mais aussi par une décision du Conseil de la concurrence du 18 décembre 2003 *Relative à des pratiques relevées dans l'attribution d'un marché d'étude par l'agglomération dijonnaise*, n° 03-D-62 qui reprennent les critères posés dans l'avis du Conseil d'État en considérant qu'en l'espèce, il n'y a pas d'atteinte à la concurrence.

⁵³ L'arrêt CE 23 mai 2003 *Communauté de communes Artois-Lys*, req. 249995, à publier au Lebon, ne montre d'ailleurs aucune difficulté d'application de l'avis *Jean-Louis Bernard Consultants*.

⁵⁴ Sur ce point, cf. *supra* 2^e partie, titre 2.

soumis. Un autre avis du Conseil d'État⁵⁵ est à cet égard spécialement intéressant en ce qu'il pose le principe d'une absence de compétence générale des établissements publics industriels et commerciaux et précise les conséquences concrètes du principe de spécialité. Il ne leur permet une diversification que dans des cas très réduits : ils doivent rester dans le cadre d'activités techniquement et commercialement complémentaires de leur mission statutaire principale et ces activités doivent être à la fois d'intérêt général et directement utiles à l'établissement⁵⁶, c'est-à-dire à son objet principal. En réalité, cette limite qui – comme certaines autres – s'imposait aux personnes publiques voulant passer un contrat de la commande publique, s'appliquent de manière similaire aux personnes publiques voulant répondre à un marché public.

521. On peut pourtant dire que la compétence territoriale des personnes publiques ne semble pas pouvoir toujours leur être opposée lorsqu'elles répondent à un marché public ou à une délégation de service public. Pour les rapports entre collectivités territoriales, l'article L. 5111-1 du CGCT a précisément pour objet de permettre qu'une collectivité propose des prestations à une autre, et cet article ne semble pas exclure que ces prestations puissent prendre la forme de marchés publics ou de délégation de service public⁵⁷. Si le dépassement de la compétence territoriale trouve ici un fondement textuel, ce n'est pas le cas pour les rapports entre les établissements publics, notamment intercommunaux⁵⁸, et les communes non membres de ces établissements. Le droit administratif est jusqu'à présent très réticent au dépassement de la compétence territoriale dans ce cas, que cela soit pour un syndicat de commune à qui le Conseil d'État a refusé d'intervenir sur une autre commune⁵⁹, que pour le cas des EPCI auquel l'arrêt *Communauté de commune du Piémont de Barr* n'a pas clairement répondu⁶⁰ mais qui est interprété dans ce sens par la doctrine, guidée en cela par le rapport du Conseil d'État de 2002⁶¹. Pourtant, un jugement du TA d'Amiens du 21 novembre 2002 semble revenir sur ces points en

⁵⁵ Avis CE Section des travaux publics du 7 juillet 1994, n° 356089 à propos du principe de spécialité dans le cadre de la diversification des activités d'EDF-GDF, Y. GAUDEMET *et alii*, *Les grands avis du Conseil d'État (GACE)*, Paris, Dalloz *ed.*, 2^e ed. 2002, n°31 pp. 315-325, note Ch. VIGOUROUX et D. CASAS.

⁵⁶ Notamment précise l'avis « *par son adaptation à l'évolution technique, aux impératifs d'une bonne gestion des intérêts confiés à l'établissement, le savoir faire de ses personnels, la vigueur de sa recherche et la valorisation de ses compétences [...]* »

⁵⁷ Le deuxième alinéa de l'article L. 5111-1 CGCT dispose « *Les collectivités territoriales peuvent conclure entre elles des conventions par lesquelles l'une d'elles s'engage à mettre à la disposition d'une autre collectivité ses services et moyens afin de lui faciliter l'exercice de ses compétences.* » La qualification de « convention » de ces actes permet de fait deux solutions : soit l'acte est synallagmatique, auquel cas il s'agit d'une prestation de services, d'une fourniture ou d'un travail de la part d'une collectivité au bénéfice d'une autre et l'on doit clairement envisager qu'il puisse s'agir de délégations de service public ou de marchés publics ; soit la prestation est gratuite, auquel cas il ne saurait s'agir de contrats de la commande publique, ce ne sont alors que de simples « conventions » pouvant prendre la forme de contrats unilatéraux.

⁵⁸ Nous regroupons sous ce terme les syndicats de commune et les établissements publics de coopération intercommunale.

⁵⁹ CE 25 mai 1994, *Syndicat intercommunal des eaux de Gravelotte et de la vallée de l'Orne*, DA 1994, n° 435

⁶⁰ Cet arrêt a été rendu dans le cadre d'un référé L. 22 du code TA-CAA, ce qui a conduit à ne pas juger de la compétence mais seulement du respect des procédures de publicité et de mise en concurrence.

⁶¹ EDCE 2002, p. 262 et s.

acceptant l'extension des missions de distribution d'eau potable et d'assainissement d'un syndicat intercommunal, à une commune qui n'en est pas membre, dans le cadre d'une délégation de service public⁶². Le principe permettant aujourd'hui aux personnes publiques de répondre à un contrat de la commande publique serait-elle en train de développer le caractère marchand des personnes publiques ? Le Conseil d'État devra vraisemblablement fixer plus clairement les limites au principe en rappelant ou infirmant un certain nombre de règles « classiques » de notre droit public.

Le principe permettant que les personnes publiques puissent être cocontractantes des personnes devant passer un contrat de la commande publique est aujourd'hui général. Il est toutefois doublement limité : d'une part par une série de conditions à respecter pour que d'autres principes – principe de spécialité ou principes spécifiques à notre matière – soient eux aussi pris en compte, d'autre part par trois exceptions précises dans lesquelles les procédures de passation ne sont plus obligatoires.

§ 2^e : Les exceptions

522. Dans trois situations différentes, les règles internes ou communautaires permettent que le « commanditaire »⁶³ puisse contracter avec une personne publique sans avoir à procéder à des mesures de publicité ou de mise en concurrence. Il s'agit tout d'abord de l'exception de l'assistance technique de l'État aux petites communes (A), ensuite des « contrats maison » (B) et enfin des contrats entre pouvoirs adjudicateurs (C).

A) L'exception de l'assistance technique de l'État aux petites communes

523. Cette exception constitue une des meilleures traces de ce qu'était la tutelle de l'État sur les communes telle qu'elle existait avant 1982. Elle constitue aussi, il faut le reconnaître, une règle de bonne gestion de l'argent public si l'on veut bien considérer que le budget des communes, comme celui de l'État sont alimentés, en somme, par les « mêmes » contribuables⁶⁴. Pourtant, l'exception des règles de passation pour qu'une commune bénéficie de ces prestations, renouvelée récemment, est critiquable à plusieurs égards.

La situation actuelle est issue de la loi MURCEF qui pose elle-même une exception à la règle générale de soumission qu'elle affirme : elle modifie les articles que

⁶² TA Amiens, 21 novembre 2002, *Compagnie générale des eaux c/ commune de Saint-Michel*, AJDA 19 janvier 2004, p. 73-75, note L. RICHER. Dans cette affaire, la CGE avait perdu la procédure de délégation de service public face au syndicat de commune et le Tribunal administratif considère que le principe de « spécialité territoriale » (sic) ne s'oppose pas à ce type de contrat.

⁶³ Cf. 2^e partie, titre 1^{er}, ce terme recouvre toutes les personnes soumises aux procédures de passation, c'est-à-dire les personnes publiques mais aussi plus largement les pouvoirs adjudicateurs et les entités adjudicatrices.

⁶⁴ Même si ce ne sont pas les mêmes du fait de l'assiette différente

nous avons dit, mais elle ajoute par ailleurs à la loi du 6 février 1992 un article 7-1⁶⁵ qui prévoit cette aide technique – étendue⁶⁶ – sans mise en concurrence. La loi prévoyait un décret qui a été pris fin 2002⁶⁷ et dont on peut, à la suite d'autres auteurs, douter de la complète conventionnalité au regard des règles communautaires⁶⁸. L'assistance contient en effet une mission de base en matière de voirie qui est rémunérée selon un barème de tarifs fixé par arrêté ministériel.

La soumission de ce type de contrats aux directives communautaires est claire sur le plan de la qualification contractuelle : il s'agit bien de marchés publics au sens des directives 2004/17 et 2004/18. La non-conformité de ces contrats avec les directives n'est pourtant pas absolue et l'on peut trouver de nombreux cas dans lesquels ils peuvent être légaux puisque la plupart d'entre eux ne dépassent normalement pas les seuils de passation des directives. Ne touchant que les petites communes et leurs groupements, cette situation doit normalement suffire à rendre légaux la plupart des marchés ainsi passés. En droit interne, cette exception n'est pas inscrite dans le Code des marchés publics mais elle constitue une règle spéciale qui lui est opposable⁶⁹.

524. Cependant, ces contrats qui devraient être soumis aux directives communautaires au dessus des seuils s'opposent plus largement aux principes de la commande publique dont on verra qu'ils ont, en droit français, une valeur constitutionnelle⁷⁰ et qu'ils sont, en droit communautaire, issus du Traité et non plus du droit dérivé. Cette question est plus délicate que l'application des directives puisque le Traité s'applique sans considération de seuils, c'est-à-dire dès le premier centime. En droit interne, l'application des principes peut trouver une exception en raison d'un intérêt général qu'il convient de défendre, mais en l'espèce on voit mal lequel pourrait justifier d'éviter l'application des principes, à part peut-être l'intérêt financier des collectivités. En

⁶⁵ Loi n°2001-1168 du 11 décembre 2001 *portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier* (MURCEF). J.O. n°288 du 12 décembre 2001 p. 19703, art. 1^{er} point III qui insère un article 7-1 dans la loi n°92-125 du 6 février 1992 *d'orientation relative à l'administration territoriale de la République* : « Les communes et leurs groupements qui ne disposent pas, du fait de leur taille et de leurs ressources, des moyens humains et financiers nécessaires à l'exercice de leurs compétences dans les domaines de la voirie, de l'aménagement et de l'habitat bénéficiant, à leur demande, pour des raisons de solidarité et d'aménagement du territoire, d'une assistance technique fournie par les services de l'État, dans des conditions définies par une convention passée entre le représentant de l'État et, selon le cas, le maire ou le président du groupement. Un décret en Conseil d'Etat précise les critères auxquels doivent satisfaire les communes et groupements de communes pour pouvoir bénéficier de cette assistance technique, ainsi que le contenu et les modalités de rémunération de cette assistance. »

⁶⁶ De la simple aide en matière de voirie, elle passe à une « assistance » étendue à l'aménagement et à l'habitat, mais on peut aussi voir une extension dans l'ouverture de cette assistance aux groupements de commune (même s'ils doivent remplir d'autres conditions posées par le décret.)

⁶⁷ Décret n° 2002-1209 du 27 septembre 2002 *relatif à l'assistance technique fournie par les services de l'État au bénéfice des communes et de leurs groupements*, J.O. 29 septembre 2002 p. 16072, commenté par L. RICHER, « L'assistance technique de l'État aux communes peut-elle réellement s'affranchir de la concurrence ? », *AJDA*, 2002, n° 16 pp. 1056-1058

⁶⁸ L. RICHER, précité, spé. p. 1057

⁶⁹ Il aurait été intéressant, comme cela se fait aujourd'hui sous l'influence de la commission de la codification, de faire une reprise « liée » de cet article 7-1 dans le Code des marchés publics. Il est vraisemblable que la valeur légale de cet article n'ait pas poussé à le reprendre dans un code ayant valeur de décret.

⁷⁰ Cf. *supra* 2^e partie, titre 2^e, notamment chapitre 1^{er}.

droit communautaire, on ne peut que douter de la possibilité de justifier de ces dérogations notamment vis-à-vis du principe de non-discrimination, elles devraient en effet nécessairement être fondées sur un « service d'intérêt économique général » en l'espèce bien difficile à trouver⁷¹.

Pour finir, on ne comprend pas bien la raison pour laquelle il faudrait éviter les procédures de passation puisque le faible montant des marchés conduirait la plupart du temps à une simple publicité adéquate et non à une coûteuse mise en concurrence. D'autant que l'on peut aussi imaginer qu'une partie des contrats les plus importants puisse être des appels d'offres infructueux dont le montant pourrait ne pas être intéressant pour des entreprises privées, ce qui conduirait alors à recourir aux services de l'État. Les « bonnes raisons » de cette exception que sont l'optimisation des moyens de l'État, le coût éventuel des procédures et les « échanges » de deniers publics ne résistent juridiquement pas, selon nous, à la force des principes de la commande publique.

Reste que cette exception n'est pas la seule, mais les droits interne et communautaire sont plus en accord sur la question des « contrats maison ».

B) Les « contrats-maison »

525. Le caractère contractuel des « actes » de la commande publique conduit à une situation tranchée : si le travail, la fourniture ou le service est réalisé en passant un contrat avec un tiers, il faut respecter les procédures de passation ; si au contraire les mêmes personnes bénéficient des mêmes prestations par leurs propres services, aucune procédure n'est nécessaire⁷². Cette situation par trop manichéenne ne prend pas en compte les situations pourtant courantes dans lesquelles un « commanditaire » va détacher de lui même une partie de ses services pour des raisons diverses, alors même que cette nouvelle entité, à laquelle il accorde la personnalité morale, va effectuer l'essentiel de ses activités avec lui et sous sa dépendance presque totale. L'application « normale » des critères des marchés publics ou des délégations de service public voudrait alors dans ce cas que le

⁷¹ On trouve l'idée que les services d'intérêt économique général jouent un rôle « dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union, la Communauté et ses états membres » à l'article 16 du Traité sur l'Union européenne, cet article n'a par ailleurs pas été modifié par le Traité de Nice. L'article ajoute que « chacun [veille] à ce que ces services fonctionnent sur la base de principes et dans des conditions qui leur permettent d'accomplir leurs missions ». Les termes très généraux de cet article mériteraient que la Cour de justice précise la légalité de l'interprétation qu'en fait la France avec ce décret.

⁷² On pourrait pourtant envisager que la personne publique soit obligée de mettre en concurrence ses propres services avec des tiers pouvant lui fournir la même prestation par contrat. Cette concurrence entre « externalisation » et services propres pousserait à la rentabilité des services internes parce qu'il faudrait alors développer des comptabilités séparables du budget de la personne publique afin que la concurrence soit égale. Pourtant, plusieurs arguments s'opposent à cette « marchandisation » de l'activité des personnes publiques : d'abord toutes les activités des services d'une administration ne trouveraient pas de concurrents privés, soit qu'ils n'existent pas, soit que les contrats seraient de trop faible montant, ensuite il n'est parfois pas possible de distinguer, même comptablement, entre des activités qui pourraient être concurrentielles s'un service technique et celles qui ne le peuvent pas sauf à privatiser tout le service, enfin, cela suppose que le coût gagné par l'externalisation ne dépasse pas le coût de l'ensemble des procédures de publicité et de mise en concurrence qu'il ne faut pas négliger. Pour toutes ces raisons au moins, on peut espérer que le droit communautaire n'ira pas dans ce sens.

« commanditaire » effectue les mesures de publicité adéquates et mette en concurrence l'entité « détachée » avec d'autres personnes.

526. Cette situation est apparue à bien des égards comme intenable, pour les collectivités locales qui se « filialisent » dans un but de bonne gestion⁷³, ou pour les entreprises publiques qui se diversifient – diversification qui favorise par ailleurs la concurrence en créant un acteur nouveau. Ces évolutions des structures administratives perdaient de leur intérêt en contraignant les collectivités ou entreprises mères à mettre en concurrence avec le secteur privé ce qu'elles considéraient toujours comme l'un de leurs services. Le droit communautaire d'abord, et le droit français ensuite, se sont emparés de cette question et ont développé la notion de « contrats-maison », que certains appellent « *in house* » sous l'influence communautaire⁷⁴. Le droit communautaire a d'abord été modifié en ce sens par l'arrêt du 18 novembre 1999 *Teckal*⁷⁵ qui a posé des conditions strictes et cumulatives⁷⁶ qui sont une interprétation par la Cour de la directive 93/36 alors en vigueur, conditions qui restent aujourd'hui jurisprudentielles puisque ni le Conseil ni le Parlement n'ont estimé devoir incorporer les « contrats maison » comme un cas explicite d'exclusion dans les directives de 2004. En revanche, le droit français les a intégré l'article 3-2° du Code des marchés publics en posant des conditions presque identiques à celles de

⁷³ C'est notamment le cas par l'utilisation de sociétés d'économie mixte locales, cf. sur ce point P. LIGNIÈRE et F. LEPRON, « Les contrats "in house" et les sociétés d'économie mixte », *Droit administratif*, mai 2003, p. 42 ; J.-M. PEYRICAL et C. SABATIER, « Collectivités locales et sociétés d'économie mixte : les limites du "in house" », *Contrats publics – Actualité de la commande publique*, janvier 2004, p. 32.

⁷⁴ Nous empruntons la traduction à l'article de P. DELVOLVÉ, « Marchés publics : les critères des "contrats-maison" », *RDUE*, 1/2002 pp. 53-61, spé. p. 54. L'arrêt CJCE 7 décembre 2000 *ARGE Gewässerschutz c/ Bundesministerium für Land-und Fortwirtschaft*, Aff. C-94-99, rec. I-11037, *Contrats et marchés publics*, 2001, chr. n° 34, note P. SOLER-COUTEAUX, *BJCP* 2001, n° 15, p. 121 ; *Dalloz* 2001, p. 279 ; précise que cette exception est « dite "*in House Providing*" ». Ph. TERNEYRE, in « *Vade-Mecum* sur les marchés publics *in house* », *Dalloz*, 2002 pp. 669-670, traduit l'expression marchés *in house* par celle de marchés « interorganiques ». A. MÉNÉMÉNIS, « Le champ d'application du code des marchés publics », *BJCP*, mai 2001, n° 16, pp. 182-189, spé. p. 187, qualifie les « prestations *in house* » de « prestations intégrées », terme qui est repris par le Conseil d'État dans son arrêt CE 9 juillet 2003 *Fédération française des entreprises gestionnaires de services, aux équipements, à l'énergie et à l'environnement et autres*. Req. n° 239879, *Contrats et marchés publics*, 2003 jurisprudence n° 169, note Ph. DELELIS

⁷⁵ CJCE 18 novembre 1999 *Teckal Srl c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia*, Aff. C-107/98, rec. I-8121 ; *BJCP* 2000, n° 8, p. 51 concl. G. COSMAS.

⁷⁶ Cf. P. DELVOLVÉ, *ibid.*, p. 55, l'auteur insiste sur les termes « à la fois » et « l'un et l'autre » utilisés par la CJCE. On peut ajouter que le Code des marchés publics français est plus sobre en ne reliant les deux conditions que par un « et ».

la jurisprudence communautaire⁷⁷. Ces critères des « contrats-maison » sont au nombre de trois⁷⁸.

527. Le premier est que le pouvoir adjudicateur doit exercer « *sur la personne en cause un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services* »⁷⁹. Le Code français est sur ce point un peu plus éclairant puisqu'il utilise le terme de contrôle comparable, ce qui signifie que, *mutatis mutandis*, en prenant en compte le statut actuel du cocontractant, le pouvoir adjudicateur doit être en mesure de contraindre les décisions de son cocontractant comme il contraint celles de ses services. On peut ainsi concrètement penser que la collectivité mère dont les représentants composent pour l'essentiel les organes dirigeants d'une entreprise publique⁸⁰ exerce bien ce « contrôle comparable »⁸¹. Remarquons que le terme de contrôle ne saurait être pris ici dans le sens de « vérification *a posteriori* d'une activité » mais bien comme une direction *a priori* des choix.

528. La deuxième condition porte sur la nécessité que le cocontractant « *réalise l'essentiel de son activité avec la ou les collectivités qui la détiennent* ». Ce critère est intéressant à un double titre : d'une part il met en avant une seconde dépendance, économique cette fois et non plus organique, de l'opérateur économique vis-à-vis du commanditaire. C'est donc à la condition de cette double dépendance que l'on peut considérer que l'entité est le « prolongement » de l'entité adjudicatrice. D'autre part, il vise à éviter que le commanditaire considère comme l'un de ses services un opérateur économique qui est en réalité devenu un véritable service marchand avec une activité industrielle et commerciale parfaitement assimilable à une autre personne privée. En effet, si l'activité privée de l'opérateur économique est fortement développée, on peut supposer qu'il existe un

⁷⁷ Article 3-1° du Code des marchés publics de 2004 (les modifications apportées au Code des marchés publics de 2001 étant formelles). Les dispositions du Code ne s'appliquent pas : « *Aux contrats conclus entre une des personnes publiques mentionnées à l'article 2 et un cocontractant sur lequel elle exerce un contrôle comparable à celui qu'elle exerce sur ses propres services et qui réalise l'essentiel de ses activités pour elle à condition que, même si ce cocontractant n'est pas une des personnes publiques mentionnées à l'article 2, il applique, pour répondre à ses besoins propres, les règles de passation des marchés prévues par le présent code* ». L'arrêt CE 5 mars 2003 *Union nationale des services publics industriels et commerciaux (UNSPIC) et autres*, req. n° 233372 ; *Droit administratif*, Mai 2003, comm. 107 p. 26 A. MÉNÉMÉNIS, juge d'ailleurs cette exception du code conforme au droit communautaire parce qu'il est conforme à la jurisprudence *Teckal* à laquelle il fait expressément référence.

⁷⁸ Il faut bien entendu comprendre que ces trois conditions ne sont applicables que dans le cadre de contrats entre un « commanditaire » et une personne ayant une activité industrielle et commerciale soumis à des procédures de mises en concurrence en application d'un texte de la commande publique.

⁷⁹ Arrêt *Teckal*, précité, point 50.

⁸⁰ Il peut clairement s'agir d'une SEM comme c'est bien souvent le cas en pratique. L'exemple des SEM proposé par l'instruction d'application a d'ailleurs fait l'objet d'une reconnaissance contentieuse par l'arrêt CE 9 juillet 2003 *Fédération française des entreprises gestionnaires de services, aux équipements, à l'énergie et à l'environnement et autres*. Req. n° 239879, *Contrats et marchés publics*, 2003 juris. n° 169, note Ph. DELELIS

⁸¹ En revanche, à la suite de P. DELVOLVÉ, *Op. Cit.*, p. 57, on ne saurait estimer que la qualification de « contrôle comparable » soit accordée par la seule circonstance de la tutelle de la collectivité sur l'entreprise publique à travers la simple participation de ses membres aux organes dirigeants. Pour Ph. TERNEYRE, *in* « *Vade-Mecum sur les marchés publics in house* », *Dalloz*, 2002 pp. 669-670, cette condition est remplie « *lorsque l'administration publique dispose d'une majorité importante dans le capital de la société et où cette dernière [...] est précisément celle qui exerce sur elle un contrôle étroit et non une autre collectivité publique partie au capital de la société* ».

véritable marché concurrentiel avec d'autres opérateurs privés. Les marchés passés par la collectivité « mère »⁸² avec l'entité peuvent alors être analysés comme une atteinte à la concurrence, voire comme une aide ou du dumping.

529. La troisième condition à la qualification de « contrat-maison » ne reçoit pas tout à fait le même écho en droit interne et en droit communautaire. Elle porte sur la nécessité que l'entreprise-fille passe elle-même des contrats en respectant les procédures de passation pour que les contrats qu'elle passe avec sa collectivité-mère soient qualifiés de contrats-maison. Le Code des marchés publics français est particulièrement clair sur ce point, il pose cette exigence comme une réelle condition⁸³. L'interprétation du droit communautaire est moins évidente mais il est possible de distinguer deux cas dans lesquels cette condition est requise. Tout d'abord, l'arrêt *Teckal* ne pose pas cela comme une condition supplémentaire dans son point 50, mais on ne peut négliger le fait qu'il y fasse allusion dans son point 45⁸⁴. Si l'on analyse ce considérant, on peut en conclure que ce n'est pas une condition supplémentaire mais que la passation du contrat dans les conditions de la directive est obligatoire si le cocontractant a aussi le caractère de pouvoir adjudicateur. Ensuite, l'article 3 de la directive 2004/18⁸⁵ prévoit que l'acte accordant des droits spéciaux et exclusifs – la directive hésite même à employer l'expression de délégation de service public – doit préciser que le cocontractant doit passer ses propres marchés de *fournitures* en respectant la directive. Sous cette double condition – octroi

⁸² Notons que les faits de l'arrêt *Teckal* montrent que la Cour de justice ne considère pas comme *a priori* impossible que l'entité soit dépendante non pas d'une seule mais de plusieurs collectivités en même temps. Il est vraisemblable que les « marchés-maison » se rencontreront de ce fait dans l'avenir dans le cadre de syndicats de communes ou de toute autre forme de regroupement de missions industrielles et commerciales communales.

⁸³ Art. 3-1^o in fine : « *il applique, pour répondre à ses besoins propres, les règles de passation des marchés prévues par le présent code* ». A. MÉNÉMÉNIS, « Le champ d'application du code des marchés publics », *BJCP*, mai 2001, n^o 16, pp. 182-189, spé. p. 188 insiste sur le fait que les entreprises « maison » d'une personne publique doivent appliquer le code « *même si elles n'y sont pas soumises* ». Si l'on s'en réfère à l'arrêt CE Ass. 5 mars 2003 *Union nationale des services publics industriels et commerciaux (UNSPIC) et autres*, req. n^o 233372, *Contrats et Marchés publics*, 2003, chro. n^o 4, concl. D. PIVETEAU, comm. n^o 69 note Ph. DELELIS ; *AJDA* 2003, p. 722, chr. F. DONNAT et D. CASAS ; *Droit administratif*, Mai 2003, comm. n^o 107 p. 26 A. MÉNÉMÉNIS ; *JCP A*, 2003, p. 424, note F. LINDITCH ; *BJCP* n^o 28/2003, p. 209 concl. D. PIVETEAU ; *RDI* 2003, n^o 3 p. 269, il semble que cela soit lié à la volonté de respecter le principe de concurrence. L'arrêt en question fait référence aux articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce qui traitent des « pratiques anticoncurrentielles » et qui prohibent respectivement les ententes et les abus de position dominante. Il nous semble qu'il faille voir dans le renvoi à ces dispositions législatives la volonté de mettre en avant le fait que les contrats-maison ne doivent pas permettre d'éviter le principe de mise en concurrence – Cf. 2^e partie, titre 2^e, chapitre 1^{er} – mais simplement de le « décaler » vers des marchés passés par les cocontractants.

⁸⁴ 45 : « *Il y a lieu, au demeurant, d'observer que cette constatation n'affecte pas l'obligation de ces derniers pouvoirs adjudicateurs d'appliquer à leur tout les procédures d'appel d'offre prévues par la directive 93/36* ».

⁸⁵ Cet article est directement issu de l'article 2-2^o de la directive 93/36 sur les marchés de fournitures qui est visée dans l'arrêt *Teckal*. Il précise que : « *Lorsqu'un pouvoir adjudicateur octroie à une entité autre qu'un tel pouvoir adjudicateur des droits spéciaux ou exclusifs d'exercer une activité de service public, l'acte par lequel ce droit est octroyé prévoit que l'entité concernée doit, pour les marchés de fournitures qu'elle passe avec des tiers dans le cadre de cette activité, respecter le principe de non-discrimination en raison de la nationalité* ». F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX in « Le nouveau champ d'application du code des marchés publics » *Contrats et marchés publics*, spécial avril 2001 « Réforme du code des marchés publics », chronique 4 p. 7, estiment que la condition du Code des marchés publics est « *inspirée de la directive Fournitures* ».

contractuel de droits spéciaux et exclusifs et marché de fourniture – l'entreprise-fille doit donc aussi en droit communautaire respecter les règles de passation. L'interprétation *a contrario* de la jurisprudence et du texte de la directive pourrait laisser entendre que cette condition n'est, en principe, pas requise en droit communautaire. Ce n'est pourtant pas cette interprétation qu'a fait le droit interne et les remarques de la commission a propos de la transposition française des directives n'ont jamais porté sur ce point. Il nous semble par conséquent possible de présenter cela comme une troisième exigence pour la qualification de « contrat-maison ».

530. La question qui se pose est celle de savoir si ces « contrats-maison » ne sont une exception à l'application des procédures de passation que dans le cadre des marchés publics ou si l'on peut l'étendre à l'ensemble du droit de la commande publique. La réponse est en grande partie à trouver dans le droit communautaire. Ce dernier a en effet un champ d'application assez large, aussi bien organiquement que matériellement, pour que de nombreuses délégations de service public soient comprises dans ses définitions. On l'a vu, l'essentiel des concessions de service public sont des concessions de travaux en droit communautaire, de même qu'une partie des affermages. À cela il faut ajouter bien évidemment le fait que les directives de 2004 reconnaissent l'existence de concessions de services, même si elles ne les soumettent pas aux procédures. Pour tous ces contrats, on peut penser que le droit communautaire étend de fait l'exception aux procédures pour les « marchés-maison ». En dessous des seuils, le Code des marchés publics français s'applique pour les marchés publics au sens interne. Mais plus encore, on peut raisonnablement dire que l'exception est fondée sur des raisons téléologiques fortes et que, même sans texte, elle constitue une interprétation logique des règles de passation. En témoigne d'ailleurs l'arrêt *Teckal* qui n'est lui-même fondé sur aucun texte communautaire.

Tel n'est en revanche pas le cas de l'exception plus limitée des marchés de services entre pouvoirs adjudicateurs.

C) L'exception de certains contrats entre pouvoirs adjudicateurs

531. Le Code des marchés publics fixe dans son article 3-2° une exception à la soumission à ses propres dispositions pour les marchés de service entre pouvoirs adjudicateurs lorsque le prestataire de services bénéficie d'un droit exclusif ou spécial⁸⁶. Le vocabulaire utilisé dans cet article montre clairement la source communautaire de cette

⁸⁶ Article 3-2° les dispositions du présent code ne sont pas applicables « Aux contrats de services conclus par une des personnes publiques mentionnées à l'article 2 avec une autre de ces personnes publiques ou avec une des personnes mentionnées à l'article 9 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence, lorsque la personne publique ou privée cocontractante bénéficie, sur le fondement d'une disposition légalement prise, d'un droit exclusif ayant pour effet de lui réserver l'exercice d'une activité à condition que ces dispositions soient compatibles avec le Traité instituant la Communauté européenne ». Cette disposition existait avant le code de 2001 dans la loi n° 97-52 du 22 janvier 1997 et dans le décret n° 98-111 du 27 février 1998 qui transposaient alors les directives (transposée à l'article 379-1 8° du code de 1964).

disposition que le droit interne n'a fait que reprendre des directives⁸⁷. Les conséquences de cette exception touchent principalement les contrats entre personnes publiques dans la mesure où, en droit français, les titulaires de ces droits exclusifs et spéciaux sont souvent des établissements publics. La justification téléologique de cette disposition est d'éviter que des entreprises en situation de monopole légal soient mises en concurrence dans la mesure où leur situation privilégiée ne permet pas concrètement une concurrence. Pour ne prendre que cet exemple, on peut comprendre que la personne publique devant se procurer des voyages en train les achète à la compagnie nationale sans avoir à la mettre en concurrence. Bien entendu, lorsque celle-ci perdra son droit exclusif, la mise en concurrence sera de nouveau de mise.

Cet article ne pose en réalité pas de difficulté majeure, mais l'on peut remarquer à deux égards une plus forte dépendance du droit interne face au droit communautaire que pour le reste du code. Tout d'abord, non seulement le Code reprend les termes mêmes des directives, mais en plus le droit interne se soumet entièrement à la définition communautaire des « droits exclusifs et spéciaux », comme en témoigne la référence à « compatibilité » avec le Traité qui a été rajouté à l'article 3-2° du code de 2004⁸⁸. Ensuite, on remarquera le recours indirect à la notion de pouvoir adjudicateur dans le code des marchés lui-même à travers la référence aux personnes visées par le Code des marchés publics mais aussi à celles « mentionnées à l'article 9 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 ». Cette exception ne vaut en conséquence pas seulement pour des contrats entre personnes publiques, mais aussi pour les contrats entre les personnes privées et des cocontractants bénéficiant de droits exclusifs et spéciaux.

532. Conclusion du paragraphe : L'existence des contrats entre personnes publiques est aujourd'hui une réalité qui a des répercussions et un régime particulier en droit des marchés publics et des délégations de service public. Ce régime est bien entendu d'abord limité par la compétence de ces cocontractants mais aussi par les atteintes que

⁸⁷ D'abord de l'article 6 la directive 92/50 du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services ; puis par anticipation de l'article 18 de la directive 2004/18 du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, JOUE L134 du 30 avril 2004, article 1^{er}, 2 a) et de l'article 25 de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, JOUE L. 134 du 30 avril 2004

⁸⁸ L'ajoute de cette disposition qui n'avait pas été incluse dans le texte du Code des marchés publics de 2001 en ce qu'elle apparaissait vraisemblablement comme superflète montre la volonté de la France de reprendre mot à mot les directives, ce qui insiste plus encore sur le respect de l'interprétation que fait la Cour de Justice de la notion de « droits spéciaux et exclusifs » que sur le respect du texte du Traité lui-même. La CJCE a en effet développé un contrôle poussé de la qualification – et de l'accord – des droits spéciaux et exclusifs par les États membres. L'arrêt fondateur étant le fameux CJCE 30 avril 1974 *Sacchi*, aff. C-155/73 dont les solutions ont été reprises et précisées à de nombreuses reprises et jusque récemment. Cf. par exemple pour l'extension de normes de téléphonie CJCE 22 mai 2003, *Connect Austria*, aff. C-462/99, rec. p. I-5197, points 98, 105 et 112 et TPI 6 mars 2003, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale c/ Commission*, T-228/99 et T-233/99, rec. II-435, point 192-196

cette activité administrative marchande porte à la liberté du commerce et de l'industrie et à la libre concurrence. À ces limites dont on peut dire qu'elles sont plutôt au bénéfice des personnes privées qui pourraient elles aussi répondre à l'offre, il faut ajouter des exemptions à l'application des procédures qui sont, pour leur part, plutôt au bénéfice des personnes publiques. C'est ainsi que deux types d'activités sont exclues : d'une part celles qui se rapprochent le plus de la tutelle (l'assistance technique de l'État et les « contrats-maison »), et d'autre part celles qu'il n'est pas possible de mettre en concurrence parce qu'elles sont marquées fortement par le service public. En somme, on peut dire que c'est là où le caractère public de la situation prime sur son caractère marchand que le Code des marchés publics, code de la concurrence, est écarté.

533. *Conclusion du Chapitre 2 :* Partant du constat de la nature contractuelle des actes dont la passation est ainsi réglementée, c'est le critère de la nature du cocontractant qui attire l'attention. Il a en effet, lui aussi, subi des modifications. Formellement, cela ne semble pas évident puisque d'une absence de définition, on est arrivé à une autre définition qui englobe à la fois les personnes publiques et privées. La modification a pourtant été culturelle, puisque l'absence de définition était fondée sur l'évidence de la soumission aux procédures de passation des seuls contrats passés avec des personnes privées. Les contrats entre personnes publiques étaient alors, au pire, incongrus car passés au mépris de la liberté du commerce et de l'industrie, au mieux, passés sans procédure de passation parce que trop marqués par la puissance publique. C'est donc bien à une extension qu'a conduit la reconnaissance de marchés entre « personnes publiques ». Ces derniers sont aujourd'hui parfaitement acceptés dans les limites imposées par les principes concurrentiels et hors des cas dans lesquels ils apparaissent encore aujourd'hui comme inadaptés.

534. *Conclusion du Titre second :* Le modèle classique de l'entreprise familiale répondant aux besoins d'un service de l'État tel qu'on le perçoit dans les premiers textes ou celui, plus tardif, de l'entreprise de construction édifiant un ministère n'est plus représentatif de ce que recouvrent aujourd'hui les marchés publics. On a assisté à une extension importante du nombre de cocontractants potentiels, au point que l'on a aujourd'hui la possibilité de rencontrer des marchés à l'occasion desquels les cocontractants sont inversés par rapport à la vision classique du marché public : une personne publique peut être l'entrepreneur, le prestataire ou délégataire de service ou le fournisseur d'une personne privée. La première étant une personne publique qui agit dans le respect des principes d'égalité et de la liberté d'entreprendre en concurrence avec le secteur privé ; la seconde étant une personne privée qualifiée de pouvoir adjudicateur ou d'entité adjudicatrice par le droit communautaire. Cette extension touche aussi les délégations de service public puisque, si au sens interne le cocontractant peut être une personne publique ou privée mais que le délégataire doit être une personne publique, au sens communautaire, bon nombre de délégations de service public sont des concessions de travaux et peuvent laisser envisager des cas de concessions passées par un pouvoir adjudicateur « personne privée » avec une personne publique cocontractante.

On ne peut alors que constater les rapprochements indéniables entre les différentes catégories de contrats. On ne peut aussi que regretter qu'une catégorie ne vienne pas mettre en commun les critères qui peuvent l'être, afin que le régime applicable soit, lui aussi, regroupé sous cette notion nouvelle. La recherche n'est pas utopique si l'on considère tout ce qui existe déjà comme principes et régimes communs. Il nous semble qu'il est temps de dépasser la notion de marché public pour aller vers celle de « commande publique » et de laisser ainsi les catégories antérieures dans leurs limites, faute de quoi leur rapprochement risque de les faire imploser comme la grenouille de Monsieur de La Fontaine.

DEUXIÈME PARTIE :
LE DÉPASSEMENT DE LA NOTION
DE MARCHÉS PUBLICS

535. Le développement constant de la notion de marchés publics par l'extension de ses critères oblige aujourd'hui à donner au terme de « marchés publics » un triple sens. Le premier est celui du Code des marchés publics français dans lequel il est une notion juridique qui, malgré les multiples réformes et recodifications, n'a pas subi une modification importante depuis sa mise en place par le premier Code en 1964. Le deuxième sens du terme « marchés publics » couvre une autre notion juridique, issue du droit communautaire et notamment des trois « générations » de directives¹. Notion sensiblement plus large que la notion interne, elle englobe l'ensemble des marchés publics au sens du Code français mais aussi bon nombre d'autres contrats publics et privés². Enfin, le troisième sens de la notion de marché public n'est pas une notion juridique mais un regroupement générique de tous les contrats d'achat soumis à procédure de passation, une « matière » universitaire très largement entendue et assez floue pour être régulièrement utilisée³. Si ce dernier sens nous intéressera moins, la confusion qui existe entre les deux premiers mériterait des efforts de simplification, la transposition de la notion communautaire étant aujourd'hui répartie entre le Code et des législations extérieures à celui-ci⁴.

536. Parallèlement, le développement de montages contractuels complexes⁵, que des auteurs qualifient de « marchés semi-publics »⁶ montre que d'autres contrats,

¹ On peut en effet voir grossièrement trois périodes durant lesquelles ont été refondues les directives communautaires sur les marchés publics : le début des années 1970, le début des années 1990 et 2004.

² Cf. notamment le deuxième chapitre de la première partie pour l'analyse des différences de critère organique entre les notions internes et communautaires.

³ En dehors de l'Université ou des juristes, elle est employée de manière souvent plus restreinte à la place de contrats de construction des personnes publiques, ou plus largement pour regrouper en un mot tous ces moyens complexes et occultes permettant la corruption.

⁴ Cf. J.-F. SESTIER, « Les oubliés du droit de la commande publique », *JCP (A)*, 19 avril 2004, pp. 577-584

⁵ L'expression de Ph. TERNEYRE, issue du titre de son article « Les montages contractuels complexes », *AJDA*, 1994, n° spécial, pp. 43-58 est aujourd'hui largement reprise comme en témoigne le titre du livre de N. SYMCHOWICZ, *Droit public des montages contractuels complexes*, Paris, *Imprimeries nationales, ed. techniques, coll. Essentiel expert*, 2003, 353 pp. On trouve aussi l'expression proche de « conventions complexes », cf. par exemple l'article de L. RAPP, « Les marchés et les conventions complexes. Étendue et limites », *AJDA*, septembre 1996, p. 616-626

⁶ On pense à R. ROUQUETTE, « Les marchés semi-publics », *AJDA*, 1994, n° spécial, p. 18 ; Cette expression avait été utilisée auparavant pour les marchés communautaires qui n'étaient pas, au sens français, des marchés publics : A. MATTERA, « La libéralisation des marchés publics et semi-publics dans la Communauté », *Revue du Marché commun*, 1973 pp. 205-223, le 4^e chapitre de cet article traite notamment de la soumission des entreprises publiques à des procédures de passation ; mais aussi de l'article 90 du Traité qui lie ces entreprises.

nommés ou non, peuvent, selon les circonstances, être des marchés publics au sens des directives ou du Code. Enfin, le législateur français a soumis à des procédures de passation les délégations de service public ce qui est à la fois en accord avec le droit communautaire pour ce qui concerne ce que ce dernier appelle les « concessions de travaux publics » mais aussi en avance pour les concessions de service public « pures ».

537. La multiplication des sources du droit des marchés publics avec leurs logiques et leurs notions propres, le développement des constructions contractuelles que l'on a voulu ou que l'on veut nommer et « catégoriser » – contrats de partenariat, crédits-bails, baux emphytéotiques administratifs – ou qui restent *sui generis*, aboutissent à une « matière » des marchés publics parfaitement disparate et éparpillée⁷. Cette évolution des marchés publics conduit à dépasser cette notion – mais sans l'abandonner – et reconnaître une notion juridique de *commande publique*. Cette nouvelle notion, qu'il convient de définir, n'est pas une simple construction intellectuelle, un vocable creux visant à caractériser une matière dont les contours sont difficiles à déterminer ; elle englobe un ensemble de contrats soumis à un régime commun (Titre 1^{er}). Ce régime se fonde sur les principes que le Conseil constitutionnel a élevés au niveau constitutionnel⁸ et dont il faudra déterminer la consistance et la pertinence⁹ (Titre 2^e).

⁷ On a pu aussi parler de « désordre », cf. Y. GAUDEMET, « Libre propos sur le droit des contrats administratifs (La réforme de la commande publique et le partenariat public-privé) », *CJEG*, janvier 2004, n° 605, pp. 1-6, spé. p. 1

⁸ Par la décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, *AJDA*, 2003, p. 1391, note J.-E. SCHOETTL ; E. FATÔME et L. RICHER, « Le Conseil constitutionnel et le “droit commun” de la “commande publique” et de la domanialité publique. A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2002-473 DC du 26 juin 2003 », *AJDA*, 22 décembre 2003, n° 44 pp. 2348-2354 ; *DA*, 2003, comm. 188 et 191, note A. MÉNÉMÉNIS ; *RDP*, 2003, p. 1163, note F. LICHÈRE « Le Conseil constitutionnel, la commande publique et le partenariat public-privé : *bis repetita non placent* » ; *Contrats et marchés publics*, 2003, chron. 18, note F. LINDITCH, « Les partenariats public-privé devant le Conseil constitutionnel » ; mais aussi les articles faisant référence à cette décision : A. TESSIER, « Le droit de la commande publique et les articles 5 et 6 de la loi du 2 juillet 2003 autorisant le gouvernement à simplifier le droit », *BJCP*, 2003 p. 354 ; J.-B. AUBY, « Le partenariat public-privé et la constitution », *Droit administratif*, Repères n° 10 ; F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, « Le futur partenariat public-privé ou les limites de la troisième voie », *Contrats et marchés publics*, 2003, Repères n° 7.

⁹ On conviendra de l'incongruité de la reconnaissance des principes avant celle de la notion, mais le Conseil constitutionnel ne semble pas avoir pris la commande publique comme une notion mais comme un terme générique. La question peut pourtant être de savoir si un terme générique qui a un régime n'est pas autre chose qu'une notion mal définie.

TITRE 1^{ER} :
POUR UNE NOTION JURIDIQUE
DE COMMANDE PUBLIQUE

538. Le caractère à la fois important et éclaté de l'extension des marchés publics conduit à une situation aujourd'hui peu satisfaisante : les catégories juridiques nombreuses se chevauchent, les évolutions des notions ont des conséquences mal calculées sur la cohérence de l'ensemble de celles-ci¹, ce qui a pour conséquence un recul préoccupant de la sécurité juridique, d'autant plus que la complexité ne cesse de se renforcer. La situation est telle que l'on en arrive à un point où les textes ponctuels apparaissent comme les seules solutions pour simplifier la passation de certains contrats, alors qu'ils viennent dans le même temps renforcer la complexité et le manque d'unité de la matière des « marchés publics »².

Cette constatation nous conduit à proposer une solution à la complexité et au manque de cohérence par l'établissement d'une *notion juridique de commande publique*.

539. Le terme de commande publique est aujourd'hui courant et devient familier à l'oreille du juriste. Il n'est pourtant utilisé que comme un terme générique, voire sociologique, signifiant non seulement « les marchés publics » au sens large mais aussi l'ensemble des contrats soumis à procédure de passation. Les auteurs de plus en plus nombreux³ qui l'utilisent ne le font que parce qu'il évoque un certain nombre de choses dans l'esprit des lecteurs et qu'il permet d'éviter l'utilisation du terme de « marchés publics » qui ouvre, quant à lui, des débats infinis sur sa signification. Même le Conseil constitutionnel, qui a utilisé la formule « commande publique » dans plusieurs de ses décisions, l'a, semble-t-il, fait principalement en considération du flou qu'elle comporte⁴.

¹ On pense par exemple aux évolutions des baux emphytéotiques sur le domaine public qui peuvent se chevaucher avec des concessions ou des marchés au sens communautaire dans certaines conditions.

² On fait bien entendu ici allusion à l'ensemble des textes ponctuels mettant en place des contrats de partenariat particuliers et échappant à l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 *sur les contrats de partenariat*. Pour ces derniers, on trouvera un recensement de ces nombreux textes et l'analyse de leur diversité in P. DELVOLVÉ, « Le partenariat public-privé et les principes de la commande publique », *RDI*, 2003, pp. 481-493. On notera que le décret d'application du n° 2004-18 du 6 janvier 2004 pris pour l'application de l'article L. 34-3-1 du code du domaine de l'État issu de l'ordonnance sur les marchés de la justice a déjà été modifié par le décret n° 2004-732 du 26 juillet 2004.

³ Utilisé depuis le milieu des années 1980 dans l'administration active, notamment par la Commission centrale des marchés (actuellement direction des affaires juridique du Ministère de l'économie et des finances), la notion s'est aujourd'hui répandue dans la doctrine, notamment depuis l'an 2000.

⁴ Cette considération ne doit pourtant pas limiter l'importance et la portée des décisions du Conseil constitutionnel qui emploient cette expression (pour l'heure au nombre de quatre : n° 2001-452 DC du 6 décembre 2001 *Loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier* (MURCEF) ; n° 2002-460 DC du 22 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure*, n° 2002-461 DC du 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, et n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*. Cf. Titre 2^e pour des analyses plus précises de ces décisions, notamment pour ce qui est de la véritable existence de « principes de la commande publique » que le Conseil reconnaît. Les principes ont simplement un champ d'application qui n'est pas encore défini, mais la simple référence faite par le Conseil créé, par elle-même, une catégorie juridique dans le cadre de laquelle s'appliquent les principes, ces derniers devant eux-mêmes être précisés. Sur ce point, cf. 1^{ère} partie, 2^e Titre. L'utilisation du terme de « commande publique » a aussi été motivée par sa présence dans l'article premier des Codes de 2001 et 2004.

540. C'est ce flou que l'on veut essayer de convertir en notion juridique. La question de la définition de cette nouvelle notion est primordiale : elle doit partir des constatations sur le développement de la notion de marché public et ouvrir une explication mot à mot permettant de déterminer ses limites (Chapitre 1^{er}). Lorsque les critères des « *contrats de la commande publique* » seront connus, il faudra en voir l'intérêt, c'est-à-dire en déterminer les implications, à la fois quant à la rationalisation que cette notion représente pour la matière des « marchés publics » mais aussi pour la recherche d'un régime commun à tous ces contrats. Enfin il faudra envisager la place de cette catégorie dans l'ensemble de la matière des contrats publics (Chapitre 2^e).

CHAPITRE 1^{ER} :
PROPOSITION D'UNE DÉFINITION DES
CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE

541. La notion de « commande publique » est l'aboutissement de l'évolution de la notion de marchés publics. Elle part des constats que l'on a pu faire à propos notamment de l'extension constante des critères organiques et matériels de ces contrats, mais aussi des limites auxquelles on a pu arriver (Section 1^{re}). La définition de la catégorie juridique¹ des « contrats de la commande publique » méritera alors une analyse permettant de déterminer son contenu. (Section 2^e).

SECTION 1^{RE} : LA COMMANDE PUBLIQUE, ABOUTISSEMENT
HISTORIQUE DES MARCHÉS PUBLICS

542. Trois difficultés apparaissent à la suite de l'analyse du développement de la notion de marchés publics : d'abord, une notion communautaire de « marchés publics » bien plus large que celle interne qui porte le même nom, ensuite, l'absorption de catégories contractuelles proches dans un « droit des marchés publics » élargi, enfin les doutes qui pèsent sur un certain nombre de contrats complexes qui sont, eux aussi, partiellement inclus dans le « droit des marchés publics ».

L'analyse de cette situation faite dans la première partie conduit à se poser la question de savoir quelles solutions il est possible d'apporter à la situation actuelle de cette branche du droit des contrats publics, puis à proposer la notion de commande publique, à la fois comme un remède et comme une chance. Ce sont donc les enseignements de l'analyse généalogique de l'évolution des marchés publics (§ 1^{er}) qui conduisent à donner, après avoir envisagé les différentes solutions aux problèmes de rationalisation et de simplification, une définition des contrats de la commande publique (§ 2^e).

§ 1^{er} : Les enseignements de l'analyse historique ou « généalogique »

543. L'évolution du droit des marchés publics telle que nous l'avons analysée de manière historique – ou plutôt généalogique² – dans la première partie de cette étude a

¹ M. WALINE, « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Bruxelles et Paris, Bruylant et Sirey, 1963, pp. 359-371, spé. p. 365 : « on peut donc appeler "catégorie juridique" tout fait ou ensemble de faits, tout acte ou ensemble d'acte auxquels la loi ou toute autre règle de droit attache des conséquences juridiques, c'est-à-dire dont elle fait la condition nécessaire et généralement suffisante, pour que certaines solutions s'imposent au juge ».

² Pour une justification du terme « généalogique » plutôt qu'« historique », cf. introduction.

montré une extension constante des principaux critères qui ont soumis certains contrats sous influence publique à des procédures de passation. Ces contrats que l'on a très vite qualifiés de « marchés publics » se sont étendus à un point tel qu'ils ne correspondent plus aujourd'hui à la notion interne classique.

La situation actuelle est celle qui résulte de l'extension de la notion, puis des notions, de marché public. L'essentiel des constatations qu'il est nécessaire d'apporter ici a été fait dans l'analyse de ces critères matériels et organiques dans la première partie de cette étude. On peut en rappeler rapidement les principaux points.

544. Le critère matériel, qui avait d'abord été limité à ces deux catégories de biens que sont les travaux et les services, était de surcroît limité pour les travaux eux-mêmes par la notion de travaux publics. Les années mille neuf cent cinquante ont été marquées par un double changement : le recours, non plus à la notion de travaux publics, mais à celle de travaux, ainsi que l'apparition des marchés de services qui se sont détachés des marchés de fournitures. Sous l'influence communautaire mais aussi du fait d'une tendance interne, ces trois catégories ont elles-mêmes été de plus en plus largement entendues, au point que l'on peut aujourd'hui dire que tous les biens sont soumis par principe au Code des marchés publics, même si tous ne sont pas soumis à des procédures formalisées de mise en concurrence, en raison des exclusions inscrites dans le Code lui-même. Les différences qui existent aujourd'hui entre les marchés de travaux, de fournitures ou de service ne servent qu'à l'application de règles particulières à chaque objet. Elles n'ont pas, par elles-mêmes, d'influence sur la notion de marché public³ et ne sauraient en avoir sur celle de commande publique.

545. Le critère organique n'a pas subi moins de modifications. Le début du XIX^e siècle considérait qu'étaient des marchés publics les marchés de l'État, puis, cette catégorie a rapidement été étendue à ceux des autres collectivités territoriales et à ceux des établissements publics administratifs. Ce « noyau dur » des personnes soumises à des procédures de passation est resté pratiquement en l'état. Il constitue aujourd'hui encore le champ d'application Code français des marchés publics. Mais si celui-ci a arrêté là son extension, tel n'est pas le cas des marchés publics communautaires qui se sont pour leur part étendus, non seulement à l'ensemble des personnes publiques, mais aussi à un certain nombre de personnes privées « sous influence » publique. Cette différence fondamentale entre les deux sources du droit implique en grande partie les réflexions sur *l'unité* du droit des marchés publics et ce que nous considérons comme l'utilité d'une notion de *commande publique*⁴.

546. En résumé, ce qui caractérise l'évolution du droit des marchés publics est la constante extension de ses critères et, partant, celle de la notion elle-même. Cette extension n'ayant pas été associée à un régime parfaitement identique pour tous les contrats au fur et à mesure de leur insertion dans le droit des marchés publics, on assiste à

³ Si le droit français allait de toute façon dans ce sens, on notera que le droit communautaire s'y inscrit de plus en plus – dans les « secteurs classiques » du moins – en passant de trois directives ayant chacune un objet matériel distinct à une directive les regroupant.

⁴ Cf. sur ce point l'article de P. DELVOLVÉ, « Vers l'unification du droit des "marchés publics" ? », *L'unité du droit, Mélanges en hommage à Roland Drago*, Paris, *Economica ed.*, 1996, pp. 225-239.

deux phénomènes : premièrement une dilution de la notion qui n'a plus, selon ses acceptions, soit le même régime⁵, soit tout simplement un régime parfaitement établi⁶ ; deuxièmement une diversité et une complexité dans la détermination des sous-catégories de « marchés publics » au sens large⁷ et bien entendu la complexité des régimes applicables à chacune d'entre elles⁸.

547. Cette extension est-elle aujourd'hui achevée ? Se poser la question appelle à la prudence dans l'établissement d'une notion de commande publique. En effet, cette notion serait dépourvue d'une grande partie de son utilité si elle contenait en son sein autant d'indétermination que celle des marchés publics. Il faut donc identifier les facteurs d'extension (A) avant de voir de quelle manière il est possible de la limiter dans l'avenir non seulement pour lutter contre une dilution de la notion et l'impossibilité qui en résulterait de fonder un régime sur son fondement mais aussi pour améliorer la cohérence de la matière (B).

A) Les facteurs de diversité et d'extension du droit des marchés publics

548. L'extension constante du droit des marchés publics s'est faite sous l'influence d'un certain nombre de facteurs dont on peut se demander s'ils perdurent aujourd'hui ou si leur influence ne va pas en se réduisant. Les principaux facteurs d'évolution sont à notre sens au nombre de trois : la diversité des sources du droit des marchés (1), la diversité des fondements conduisant à encadrer ces contrats (2) et l'influence de la liberté contractuelle (3).

1) La diversité des sources du droit des marchés publics

549. Le droit des marchés publics est tout à la fois ancien dans son esprit et dans ses fondements et moderne par sa situation à mi-chemin entre le droit public et l'économie. Cette situation pourrait faire penser que les sources de ce droit sont historiquement variées et que l'on doit combiner les textes les plus récents avec les ordonnances les plus anciennes. Tel n'est pas le cas. En revanche, cette histoire – récente aux yeux des historiens mais ancienne pour les administrativistes – a aussi pour conséquence la multiplicité des autorités sources de ce droit : les autorités nationales y ont

⁵ Ne serait-ce que lorsqu'un contrat est un marché public au sens communautaire mais pas au sens du Code français.

⁶ On pense aux doutes quant à la nature des marchés de certains établissements publics à double visage ou à visage inversé.

⁷ Les difficultés qui existent dans la distinction entre les marchés publics et les délégations de service public (*Cf. infra* à propos du critère du prix) montrent bien que ces « marchés publics » au sens le plus large posent des questions pratiques et théoriques de distinction.

⁸ On reviendra par exemple sur le fait que les procédures de publicité qui existent aussi bien pour les délégations de service public que pour les marchés publics au sens du Code ne sont aujourd'hui par unifiées, ce qui pourrait pourtant être envisagé.

bien entendu une place essentielle, mais aujourd'hui, quant au fond du droit au moins, moins importante que les instances communautaires. À cela s'ajoutent des sources internationales non négligeables.

a) *Les sources internes*

550. Depuis le premier tiers du XIX^e siècle et ses premiers textes généraux⁹, la production interne des normes de « marché public » est soumise à une double spécificité : la place prépondérante du pouvoir réglementaire dans la création de ces textes ; la soumission très importante de l'initiative des lois et règlements au droit communautaire, sans pour autant que cela ait diminué par trop la place des initiatives internes.

551. Une grande partie des textes qui régissent les « marchés publics » au sens large est d'origine réglementaire. Il faut pourtant faire une différence entre les marchés publics au sens strict, c'est-à-dire ceux du Code, et les autres. Pour les premiers, si l'on se réfère à la Constitution, le droit des marchés publics devrait revenir à la compétence législative, notamment parce qu'il réglemente la passation des contrats des collectivités territoriales pour lesquelles le principe est la « libre administration ». Pourtant, sur le fondement d'un décret-loi du 12 novembre 1938 et d'une loi du 7 août 1957, le Conseil d'État a répété à plusieurs reprises¹⁰ que, même pour les collectivités territoriales, la compétence du pouvoir réglementaire était régulière¹¹. Il est possible, avec le professeur Yves GAUDEMET¹², de regretter cette situation en ce qu'elle est sans doute contraire à l'esprit des constituants et que l'habilitation législative elle-même est interprétée de manière particulièrement extensive. À ces considérations sur les fondements textuels, on peut ajouter que si cette compétence permet une plus grande souplesse et réactivité des textes sur les marchés publics, elle a en réalité servi l'insécurité juridique qui a résulté d'abord des multiples réformes ponctuelles du Code de 1964¹³, puis de celle, redoutable, qui résulte de la soumission des marchés publics à trois codes en cinq ans.

⁹ On fait bien entendu référence à la loi de 1833 et aux ordonnances de 1836 et 1837 rencontrées dans la première partie

¹⁰ CE Ass. 5 mars 2003, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris*, rec. p. 718 ; *AJDA*, 2003 n° 14 p. 718-722, chr. F. DONNAT et D. CASAS ; *Contrats et marchés publics*, avril 2003, p. 4 concl. D. PIVETEAU et p. 24, n° 69 note PH DELELIS ; *Droit administratif*, mai 2003, Comm. n° 105 p. 23 A. MÉNÉMÉNIS avec une analyse chronologique des textes et jurisprudences. Cet arrêt reprend l'argumentation de l'arrêt CE 29 avril 1981 *Ordre des architectes*, rec. p. 197, *AJDA* 1981 p. 428 note B. GENEVOIS *Dalloz* 1981.IR. p.526 obs. P. DELVOLVÉ, mais en se concentrant sur le décret-loi de 1938.

¹¹ Sur ce point, cf. Première partie, titre 2^e, Section 1, Sous-Section 1, § 2^e, A) 2)

¹² Y. GAUDEMET, « Libre propos sur le droit des contrats administratifs (La réforme de la commande publique et le partenariat public-privé) », *CJEG*, janvier 2004, n° 605, pp. 1-6, spé. p. 3 ; Y. GAUDEMET, « La commande publique et le partenariat public-privé. Quelques mots de "synthèse" », *RDI*, novembre 2003, pp. 534-538, spé. p. 536

¹³ Dont, perdu au milieu de toutes les autres modifications l'emblématique décret n° 92-1310 du 15 décembre 1992 *portant simplification du Code des marchés publics*, *J.O.* du 18 décembre 1992 page 17326 ; *Les notes bleues de Bery*, 16 avril 1993, n° 13 ; *BRDA (Bulletin rapide de droit des affaires)*, 15 février 1993, n° 3 p. 19

Pour les marchés en dehors du champ d'application du Code, c'est la compétence législative qui redevient le principe¹⁴, notamment pour les marchés des personnes privées qui sont des marchés publics au sens des directives communautaires ; on ne saurait en effet alors se fonder sur le décret-loi de 1938 pour s'écarter de l'article 34 de la Constitution.

552. La deuxième spécificité du droit français est la grande soumission des textes sur les marchés publics au droit communautaire, ce que l'on retrouve par ailleurs dans toutes les matières économiques. Cette soumission est spécialement notable dans les différentes modifications des Codes des marchés publics, de la création du Titre V dans le Code de 1964¹⁵ aux modifications qui ont été faites entre les deux Codes de 2001 et 2004, certaines anticipant sur les directives communautaires de 2004 prises quelques mois plus tard¹⁶. Il en a aussi été ainsi des textes extérieurs au Code et transposant les directives secteurs classiques¹⁷ ou secteurs spéciaux¹⁸. L'activité législative en matière de marchés publics n'a pourtant pas seulement pour objet la transposition des directives, le droit interne a gardé une grande marge d'initiative. On en trouve la preuve dans trois textes importants : la loi sur la sous-traitance du 31 décembre 1975¹⁹, la loi MOP du 12 juillet 1985²⁰ et la loi « Sapin » du 29 janvier 1993²¹. Si l'on pouvait reprocher au pouvoir réglementaire de favoriser l'insécurité juridique, le pouvoir législatif n'est pas parfaitement exempt de ce défaut, le droit de marchés participant aussi de l'inflation législative, que cela

¹⁴ C'est la notion française de « marché public » qui est considérée comme étant ce qu'il fait entendre par « marchés de l'État » dans le décret-loi de 1938.

¹⁵ La création du Titre V a été faite par le décret n° 89-236 du 17 avril 1989 décret modifiant le code des marchés publics, *J.O.* 19 avril 1989, et ses dispositions ont été de nombreuses fois modifiées.

¹⁶ Le Code a ainsi anticipé sur les directives 2004/17 et 2004/18 pour ce qui concerne le relèvement des seuils de procédures formalisées ou pour les dispenses de mise en concurrence dans les marchés allotés en fonction de la faible valeur des lots (articles 27 et 28 du Code des marchés publics, qui correspondent à l'article 9-5-a de la directive 2004/18). Cette anticipation est aussi remarquée par J.-F. SESTIER, « Les oubliés du droit de la commande publique », *JCP (A)*, 19 avril 2004, pp. 577-584, spé. p. 581

¹⁷ Loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 *relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence*. *J.O.* 5 janvier 1991 p. 236, *Dalloz* et *ALD* 1991 p. 95 ; *ALD* 1991, n° 7 du 11 avril p. 41 et n° 8 du 25 avril p. 49, commentaire PH. TERNEYRE ; *AJDA* 1991 pp. 296-300, commentaire M. GUIBAL. Ce texte au départ limité aux marchés publics de travaux (selon la définition qu'en donne la directive 93/37) a été étendu aux marchés de fourniture et de service par la loi 97-50 du 22 janvier 1997 et le décret 98-112 du 27 février 1998. Sur cette dernière transposition, cf. CH. MAUGÜÉ et PH. TERNEYRE « Achèvement (ou presque) de la transposition des directives marchés publics. Commentaire de la loi du 22 janvier 1997 et des décrets du 27 février 1998 », *RFDA* 1998 p. 593 à 608

¹⁸ Loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992, *Relative aux procédures de passation de certains contrats dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications* ; *J.O.* n° 289 du 12 décembre 1992, modifiée par la loi n° 97-50 du 22 janvier 1997 pour transposer les directives « services » et « fournitures »

¹⁹ Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 *Relative à la sous-traitance*, *Dalloz* 1976 p. 64, modifiée notamment en dernier lieu par la loi n° 2001-1168 MURCEF, cf. note suivante, art. 6 et 7.

²⁰ Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 *Loi relative à la maîtrise d'ouvrage publique et ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée*, *J.O.* 13 juillet 1985

²¹ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 *relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*

soit directement par des textes pris après une procédure parlementaire²² ou par la voie des ordonnances telles qu'on en rencontre ces derniers temps²³.

Ces deux spécificités des sources internes du droit des marchés publics contribuent de plus au caractère faiblement systématique de ce droit qui se développe par stratification de règles nombreuses et ponctuelles. Les sources communautaires, *a priori* plus systématiques, le sont-elles vraiment ?

b) Les sources communautaires

553. Le droit communautaire considère les marchés publics comme un élément de la libéralisation du marché intérieur. À ce titre, ils font partie des compétences communautaires depuis le Traité de Rome. La source communautaire est à un double titre cause de diversité et d'extension du droit des marchés.

554. D'une part, ces textes doivent se combiner avec ceux des États membres, et notamment, pour ce qui concerne la France, avec le Code des marchés publics. Si cela n'a pas spécialement eu d'influence pour les premières directives du début des années 1970, ces dernières étant peu contraignantes et surtout inspirées de ce qui existait déjà en France, tel n'est plus du tout le cas aujourd'hui. Les transpositions sont sources de débat entre la France et les instances communautaires, la première cherchant à résister à la modification de l'équilibre de ses textes, les secondes, bien que parfois influencées par les États membres au point de modifier leurs textes, cherchant à les imposer et à unifier.

555. D'autre part, de l'inspiration française des débuts on est aujourd'hui passé à une inspiration clairement anglo-saxonne dans laquelle les marchés publics sont partie intégrante d'un marché économique libéral, ils perdent peu à peu le statut d'activité

²² On pense à la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 *portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier* dite « MURCEF », J.O. numéro 288 du 12 décembre 2001 p. 19703, ou aux lois sur les « contrats de partenariat » spéciaux à certaines matières créés par des lois spéciales : loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 *d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure*, J.O. n° 202 du 30 août 2002, p. 14398, texte n° 1, et qui est étendu par l'article 118 de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 *pour la sécurité intérieure*, J.O. n° 66 du 19 mars 2003, p. 4761 aux « systèmes de communication et d'information répondant aux besoins des services du ministère de l'intérieur » ; à la loi n° 87-432 du 22 juin 1987 *relative au service public pénitentiaire*, J.O. du 23 juin p. 6775 et rect. du 11 juillet p. 7786, modifiée par la loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 *d'orientation et de programmation pour la justice*, J.O. n° 211 du 10 septembre 2002 p. 14934, texte n° 1 et rectificatif au J.O. n° 299 du 24 décembre 2002 p. 21500.

²³ Les lois d'habilitation étant en quelque sorte le paroxysme de l'inflation législative en ce qu'elles évitent même le temps de la procédure parlementaire. Elles ont donné lieu récemment aux Contrats de partenariat, et à des contrats spéciaux du même type dans le cadre de la police, de la gendarmerie ou de la construction de prisons. Leur nature d'acte administratif pendant la phase de création leur donne aussi les défauts que ces derniers peuvent avoir quant à l'absence de systématisation et de vision à long terme, on ne peut que le regretter dans une matière dans laquelle ces défauts sont déjà trop présents. Cf. notamment l'ordonnance n° 2004-566 du 17 juin 2004 *portant modification de la loi no 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée*, J.O. 19 juin 2004, texte n° 27, l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 *sur les contrats de partenariat*, J.O. n° 141 du 19 juin 2004 p. 10994 texte n° 2, ainsi que l'ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003 *portant simplification de l'organisation de système de santé [...]*, J.O. n° 206 du 6 septembre 2003 p. 15391, texte n° 26 qui met en place l'article L. 6148-7 du Code de la santé publique.

« publique » qu'ils ont traditionnellement en droit français. Cela a bien entendu conduit à étendre au-delà des personnes publiques les contraintes de passation, mais cela a surtout provoqué une révolution beaucoup plus profonde : les spécificités de ce droit qui étaient fondées sur la puissance publique et qui distinguaient nettement ces contrats des contrats de droit privé ont été réduites. On peut donner deux exemples de cette évolution. Le premier est la diminution du nombre des exclusions à l'application des procédures de passation : c'est le cas des centrales d'achat et de l'UGAP dont le statut a été fortement débattu²⁴, c'est aussi le cas des établissements publics industriels et commerciaux dans les secteurs spéciaux. Le deuxième exemple est l'évolution des contrats entre personnes publiques dont on n'aurait pas même envisagé qu'ils fussent soumis à procédures de passation il y a une vingtaine d'années et qui le sont aujourd'hui. L'avancée du marché s'est traduite, en cette matière comme dans bien d'autres, par un recul des spécificités publiques.

556. À ces deux sources de diversité et d'extension il faut en ajouter une autre, d'un esprit différent : la multiplicité des sources textuelles du droit communautaire. Les Traités n'étaient pas à l'origine considérés comme une source de contrainte pour le droit des marchés puisqu'aucune de leurs dispositions ne le touche explicitement. Aujourd'hui, les arrêts de la Cour de justice aidant, les principes qui en sont issus se sont précisés et l'on considère qu'ils sont pleinement applicables à cette matière²⁵. Les directives pour leur part ont toujours bénéficié d'une place centrale. Elles sont pourtant aussi source d'instabilité et de confusion, même si la jurisprudence vient aussi les préciser²⁶. D'abord parce qu'elles sont nombreuses²⁷ et complexes, ensuite parce qu'elles ont déjà été modifiées en trois grandes étapes, dont deux « codifications », sans compter les étapes intermédiaires²⁸ et les directives « recours »²⁹. Ensuite parce qu'elles sont particulièrement précises, au point

²⁴ Cf. *supra* (1^{ère} partie, titre 2^e)

²⁵ Pour une analyse de ces principes et la place qu'ils prennent aujourd'hui, cf. Deuxième partie, Titre 2

²⁶ Pour la notion de pouvoir adjudicateur par exemple, cf. CJCE 15 janvier 1998 *Mannesmann Anlagenbau Austria e.a. / Strobal Rotationsdruck GesmbH*, aff. C-44/96, rec. 1 p. 73 concl. PH. LÉGER, *CJEG* 1998 p. 239 note CH. BRÉCHON-MOULÈNES et L. RICHER

²⁷ Si l'on est passé de 6 directives (3 spécialisées, 1 secteurs spéciaux et 2 « recours ») à 4 directives récemment (1 secteurs classiques, 1 secteurs spéciaux et 2 « recours »), on est loin d'un code unique qui permettrait une lisibilité réelle. On peut d'ailleurs penser que l'unification générale ne s'est pas faite en 2004 pour la raison principale qu'elle aurait contraint à trop de modifications de fond, chaque directive développant un droit autonome très important. La multiplicité est ici très liée à la complexité.

²⁸ Notamment la directive 97/52 du Parlement européen et du Conseil, du 13 octobre 1997, *modifiant les directives 92/50/CEE, 93/36/CEE et 93/37/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, des marchés publics de fournitures et des marchés publics de travaux respectivement*, JOCE L 328 du 28 novembre 1997 ; et la directive 98/4 du 16 février 1998, il est vrai prise pour l'application du droit issu de l'OMC, cf. *supra*.

²⁹ Directive 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1989, *portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux*, JOCE, L 395 du 30 décembre 1989, pp. 33-35 & directive 92/13/CEE du Conseil du 25 février 1992, *portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunication*, JOCE, L 76 du 23 mars 1992, pp. 14-20. Ce sont ces directives qui ont donné lieu aux recours des articles L 551-1 du CJA et 2 et 1441-1 à 3 du NCPC (issus du décret n° 92-964 du 7 septembre 1992). Pour ces référés, cf. P. DELVOLVÉ, « Les nouveaux pouvoirs du juge dans le contentieux des contrats », *Mélanges R. Perrot, Dalloz*, ed. 1996,

qu'elles s'apparentent plus aux textes de règlements communautaires que de directives³⁰ ; or cela rend plus difficile encore la transposition en laissant moins de latitude aux autorités nationales pour adapter le droit communautaire au droit interne, les contradictions avec le droit interne sont moins facilement aplanies. Troisième source textuelle du droit communautaire : les communications interprétatives. Cette nouvelle catégorie de texte, qui n'existe pas officiellement dans le Traité, s'apparente plus à de la création normative qu'à un guide à l'usage des opérateurs économiques. Se fondant sur des interprétations parfois contestables des arrêts de la Cour de justice, ces textes viennent préciser encore – et en une étape supplémentaire – le sens qu'il faut donner aux directives déjà précises et les éventuelles évolutions que ce droit aura dans les années à venir. Un instrument de l'instabilité juridique, en somme.

Le droit communautaire comme le droit interne sont influencés par une même source qui, bien qu'elle soit limitée dans ses conséquences, se doit d'être évoquée : le droit international.

c) Les sources internationales

557. Les sources internationales du droit des marchés publics ne sont pas très nombreuses ni, pour l'heure, très influentes. On a pu pourtant remarquer une internationalisation du droit des contrats publics³¹. La principale source internationale du droit des marchés est un accord particulier pris dans le cadre de l'OMC³², plus précisément lors de l'*Uruguay Round*, et adopté à Marrakech le 15 avril 1994. Ce texte, appelé l'accord AMP (*Accord sur les marchés publics*) ou GPA (*General procurement agreement*)³³ est signé à la fois

pp. 83-98, B. POUJADE, « L'article L 22 : un espoir déçu ? », *Dalloz*, 1996, Chr p. 211-212 ; F. ROUVILLOIS, « Les effets de la conclusion du contrat sur la procédure de l'article L 22. Note sous CE 3 novembre 1995 Société Stentofon Communication et Chambre de commerce et d'industrie de Tarbes et des Hautes-Pyrénées », *LPA*, 24 mai 1996, 19-23, n° 63

³⁰ Rappelons qu'au terme de l'article 249 du Traité CE, le règlement « a une portée générale. Il est directement obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout État membre » alors que « la directive lie tout État membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens ». Les premiers sont donc théoriquement bien plus précis que les secondes. En matière de marché public, tel n'est pourtant pas le cas, mais il faut bien avouer que l'évolution vers l'applicabilité directe des directives après le délai de transposition diminue fortement la différence de contenu entre ces deux types d'actes, la Commission ayant tendance à les rendre précise afin non seulement de renforcer le rapprochement des législations, mais aussi de donner un effet direct précis en cas de non transposition. Cf. pour une position proche M. CLAPIÉ, *Institutions européennes*, Paris, Flammarion, coll. *Champs université*, 2003, 415 pp. spé. p. 295.

³¹ J.-B. AUBY, « L'internationalisation du droit des contrats publics », *Droit administratif*, août 2003, chron. 14 pp. 5-10

³² Il s'agit d'un accord plurilatéral et non pas multilatéral. Cf. sur ce point et pour une analyse complète de ce texte, P. DIDIER, « Le code sur les marchés publics du cycle de l'Uruguay et sa transposition dans la communauté », *Cahier de droit européen*, juillet 1996, n° 3-4, pp. 257-327,

³³ Cf. L. RAPP, « Les marchés des entreprises publiques et les accords du GATT », *AJDA*, janvier 1995, pp. 9-19 ; O. CARRON et A. LABETOULE, « L'accord sur les marchés publics et l'avis de marché communautaire », *Contrats et marchés publics*, 2003, chr. 19 ; TH. FLORY, « Remarques à propos du nouveau système commercial mondial », *Journal du droit international (Clunet)*, 1995, n° 4, pp. 877-891 ;

par la France et par la communauté européenne qui l'a intégré dans son ordre juridique en précisant qu'il n'était pas susceptible d'être invoqué directement devant les juridictions³⁴. Les dispositions de cet accord ont, elles aussi, été source d'instabilité et d'extension dans la mesure où elles ont été à l'origine de deux directives communautaires³⁵ qui ont dû être transposées en droit interne³⁶.

558. Les autres sources internationales du droit des marchés publics ont eu moins d'effet dans notre droit, nous sommes en effet parmi les pays ayant la législation la plus contraignante. On pense notamment aux techniques et procédures contractuelles développées par la Banque mondiale et le Fonds monétaire international qui sont vouées à s'appliquer non seulement dans le cadre des contrats internationaux mais aussi internes³⁷. La CNUDCI, Commission des Nations unies pour le droit commercial international, a adopté en 1993 une *loi-type sur la passation des « marchés publics de biens »* et, le 2 mars 1998, un *guide législatif sur les projets d'infrastructures à financement privé* qui prévoit de véritables procédures de passation formalisées³⁸. Reste que ces derniers textes s'appliquent essentiellement aux contrats internationaux et ne sont pas véritablement une source du droit interne des contrats.

La diversité des sources textuelles et leur caractère mouvant sont par conséquent l'une des causes principales de la diversité et de l'extension du droit des marchés publics. Ce n'est pas la seule. Les fondements qui ont conduit à encadrer ces contrats ont eux aussi évolué et eu une influence comparable.

M. KING et G. de GRAAF, « L'accord sur les marchés publics dans le cadre de "l'Uruguay round" », *RMUE*, 1994, n° 4, pp. 67-82. Pour le droit antérieur, cf. M. LOY, « Droit communautaire et GATT », in *Réglementation et pratique des marchés publics, colloque ADPE*, Paris, Dalloz ed., p. 138 ; LESGUILLONS, « L'accord sur les marchés publics », *Revue dr. et pr. du comm. int.*, dec. 1980, p. 545.

³⁴ Décision du Conseil n° 94/800/CE du 22 décembre 1994 relative à la conclusion au nom de la Communauté européenne, pour ce qui concerne les matières relevant de ses compétences, des accords de négociations multilatérales du cycle de l'Uruguay (1986-1994) *JOCE* L 336 du 23 décembre 1994, p. 1. : « par sa nature, l'accord instituant l'OMC, y compris ses annexes [l'AMP est donc bien visé par ce texte], n'est pas susceptible d'être invoqué directement devant les juridictions communautaires ou celles des États membres ». Cf. sur ce point PH. MANIN, « À propos de l'accord instituant l'Organisation Mondiale du commerce et de l'accord sur les marchés public : la question de l'invocabilité des accords internationaux conclus par la communauté européenne », *RTDE*, juillet 1997, pp. 399-428 ; D. DAHLGAARD DINGEL, « Direct effect of the Government procurement agreement », *Public Procurement Law Review*, 1996, pages 245 et 254.

³⁵ D'une part pour les secteurs classiques la directive 97/52 du 13 octobre 1997, précitée note 28 ; d'autre part pour les secteurs spéciaux la directive 98/4 du 16 février 1998 du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 93/38/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications, *JOCE*, n° L 101 du 1^{er} avril 1998, pp. 1-16. L'article 5 de la directive 2004/18 contient à la suite de cela un article 5 intitulé : « Conditions relatives aux accords conclus au sein de l'Organisation mondiale du commerce ».

³⁶ Pour la directive 98/4 cette transposition s'est faite par l'arrêté du 22 avril 1998 modifiant et complétant l'arrêté du 9 février 1994, modifié par l'arrêté du 17 janvier 1996 relatif aux seuils de publicité des marchés publics et de certains contrats soumis à des règles de publicité, *J.O.* du 15 mai 1998 p. 7383

³⁷ Cf. sur ce point S. BRACONNIER, *Droit des marchés publics*, Paris, Groupe imprimerie nationale, coll. essentiel expert, 396 pp., spé. p. 37 et J.-B. AUBY, *Op. Cit.* note 31, spé. p. 7.

³⁸ S. BRACONNIER, *ibidem*.

2) La diversité des fondements pour encadrer les contrats

559. L'encadrement de la passation des « marchés publics » est la raison d'être de cette catégorie juridique. Les raisons qui justifient cet encadrement sont pourtant, de manière étonnante d'ailleurs, diverses et évolutives. Deux éléments caractérisent les fondements de ce régime contractuel particulier : une évolution par stratification qui renforce la complexité (a) et une multiplication des contrats visés (b).

a) *Diversité des fondements, évolution par stratification et renforcement de la complexité*

560. La première caractéristique de l'évolution des fondements est une modification par accumulation de différentes étapes historiques. La première, issue du droit de l'ancien régime, est essentiellement fondée sur une approche pécuniaire³⁹ : les procédures doivent permettre d'effectuer le choix le moins cher, dans des conditions raisonnables de sécurité quant à la confiance que l'on peut avoir dans l'entreprise avec laquelle on contracte. Cela a pour conséquence des marchés passés « au rabais »⁴⁰, c'est-à-dire par adjudication ou, plus clairement sur le seul critère du prix le plus bas. Le risque que cela représente sur le plan de la qualité et de la stabilité des entreprises était à l'époque uniquement envisagé comme une question à traiter dans une première phase de sélection

³⁹ Cf. G. BIGOT, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration, vicissitudes d'une ambition*, préface de François BURDEAU, Paris, LGDJ, Bibliothèque de science administrative, 1999, 516 pp., spé. p. 83, dans laquelle il précise que la loi du 28 pluviôse An 8 qui donne une compétence administrative pour l'exécution et les clauses des marchés, s'explique par l'intérêt financier de l'État. Il se fonde notamment pour faire cette affirmation sur D. SERRIGNY, *Traité de l'organisation de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative*, Paris, Auguste Durand ed., Tome 2, p. 159 et s.

⁴⁰ L'expression se retrouve dans de nombreux textes. Pour l'ancien régime, M. F. MALAPERT cite par exemple in *Histoire de la législation des travaux publics*, Paris, Librairie générale de l'architecture, 1880, une ordonnance de 1535 au terme de laquelle il fallait donner les travaux aux entrepreneurs après une « adjudication au rabais ». Il précise p. 91 que « La règle que les travaux publics devaient être mis en adjudication était si absolue, que l'on ne s'en dispensait pas, lors même que les travaux étaient donnés à des concessionnaires, à qui le Roi accordait par faveur spéciale des grands ouvrages à exécuter, parce qu'il voulait les enrichir. » On peut aussi, sans être exhaustif, citer l'arrêt du Conseil du 10 septembre 1602 relatif aux travaux de réparation du pont de Nevers sur la Loire qui prescrit « pour les ouvrages être baillés aux rabais ». Cité par E.-J.-M. VIGNON, *Études historiques sur l'administration des voies publiques en France au XVIIe et XVIIIe siècles*, Paris, Dunod, 1862, 3 Tomes ; ainsi que le Règlement du 13 janvier 1605 sur les fonctions du grand voyer et de ses lieutenants qui prescrit qu'aucun marché ne pourra être fait « sans devis, proclamations, et adjudications au rabais et moins disant ».

Pour le droit postérieur à la Révolution, on retrouve le terme de « rabais » notamment dès le décret des 8-10 juillet 1791 concernant la conservation et le classement des places de guerre et postes militaires, la police des fortifications et autres objets y relatifs, DUVERGIER *Lois et décrets* Tome 3 page 92 et spécialement le titre 6, art 3 page 95 ; dans le décret des 20 septembre-14 octobre 1791 relatif aux commissaires des guerres DUVERGIER *Lois et décrets*, Tome 3 page 319 « Titre 2, Article 6 : Toutes entreprises de fourniture militaire, excepté celles des vivres et des fourrages, doivent être laissées au rabais par adjudication publique ». Après de très nombreux autres textes, le dernier utilisant le terme de « rabais » est le décret du 16 décembre 1811 qui fait le passage de l'adjudication au rabais avec extinction des feux qui prévalait à un système de soumissions cachetées. Le terme d'adjudication perdurera pour sa part jusqu'au Code des marchés publics de 2001.

des entreprises pouvant participer à l'adjudication à proprement parler, c'est-à-dire à la comparaison des offres.

561. Sans aucunement abandonner ces deux procédures, une seconde justification est apparue au milieu des années mille neuf cent cinquante : le rapport qualité prix. Ce sont en effet des considérations de qualité qui ont conduit à la prise en compte d'autres critères que celui unique du *prix proposé par l'adjudicataire*. Cette modification du fondement a conduit à l'apparition de la procédure d'*appel d'offres* à égalité avec l'*adjudication*. La qualité du cocontractant pouvait dès lors être prise en compte *avant* la procédure de choix, comme lorsque l'adjudication était seule en vigueur, mais aussi *pendant* ce choix en considération d'un critère d'expérience ou de qualité technique.

562. Troisième étape qui fut plus courte et dont les textes sont d'origine interne : la justification des procédures par la lutte contre la corruption. Essentiellement durant les années 1990⁴¹, cette justification est venue renforcer, par des procédures de transparence et des mesures de publicité modifiées, les procédures existantes. Une nouvelle fois, cette justification a engendré un renforcement des procédures sans abandon de celles qui préexistaient.

563. Quatrième étape qui débute en réalité un peu antérieure à la troisième mais dans laquelle nous sommes encore aujourd'hui : une approche de ces contrats qui prend en compte leur influence économique et le risque qu'ils représentent de *dumping* dans le cadre d'une théorie néolibérale du marché. Cette approche, fondamentale dans la législation communautaire des marchés publics, a, pour sa part, conduit à un renforcement de l'ouverture des marchés, sans modifier en profondeur les procédures de passation elles-mêmes. Une fois encore, la nouvelle justification d'un renforcement des procédures s'est traduite par la conservation des procédures antérieures et, partant, par une « complexification » des procédures de passation. Si cette approche subit aujourd'hui des atteintes en considération d'intérêts extérieurs qui viennent s'ajouter et légèrement modifier une approche purement économique – notamment des intérêts environnementaux et parfois sociaux⁴² – la situation actuelle est le résultat de ces accumulations des justifications modifiant chacune les procédures.

Ce qui fait la continuité du droit des marchés publics, c'est qu'à chacune des nouvelles préoccupations que nous venons d'évoquer on a répondu de la *même manière* : par le *développement des procédures de passation*. Développement par une multiplication des *modalités* de passation comme nous venons de le voir mais aussi développement par la multiplication des *contrats visés*.

⁴¹ On trouve toutefois dans des analyses antérieures, dès l'ancien régime d'ailleurs, des justifications des procédures de passation comme ayant partiellement pour objectif la lutte contre la corruption. *cf.* Lettre de COLBERT à Monseigneur de LOUVOIS, *infra*.

⁴² Sur ce point, *cf. infra* 2^e partie, Titre 2^e, Chapitre 2^e, Section 2^e

b) Diversité des fondements et multiplication des contrats visés

564. Le second élément qui caractérise l'évolution des justifications des procédures est l'extension du nombre de contrats visés. Les fondements que nous avons détaillés ont en effet tous cette conséquence. Les critères du « moins- » et du « mieux-disant » ont aisément pu être étendus à tous les contrats d'entreprises ou de ventes qui engagent de l'argent public⁴³. C'est ce qui a justifié, dans un premier temps, que les collectivités territoriales soient soumises aux procédures pour la passation de leurs marchés, mais c'est aussi l'une des causes de l'extension du droit des marchés publics à certaines personnes privées par le droit communautaire. La recherche d'une plus grande transparence et la lutte contre la corruption dont on a dit qu'elle était un souci principalement interne – même si on la retrouve dans les pays voisins comme l'Italie et si elle est évoquée dans les directives – ont, plus clairement encore, fait évoluer les considérations liées aux deniers publics, notamment en soumettant les délégations de service public à des procédures de passation alors qu'elles en étaient exclues depuis la Révolution⁴⁴. L'approche néolibérale des marchés publics a enfin été la source de la plus grande extension en ce qu'elle conduit à assimiler les personnes publiques et privées comme deux types d'opérateurs économiques. Ils peuvent de ce fait aussi bien passer des marchés publics – c'est l'autre justification des marchés publics passés par des personnes privées – qu'y répondre, ce qui était, si ce n'est interdit, du moins inenvisageable pour les personnes publiques auparavant⁴⁵.

Extension par accumulation des procédures, cause de leur diversité, et extension du nombre de contrats qui y sont soumis, la diversité des justifications que l'on a pu donner aux procédures est certainement la principale cause de la situation actuelle. La liberté contractuelle est venue, elle aussi, renforcer la complexité.

3) La liberté contractuelle

565. Sans anticiper sur les développements ultérieurs relatifs à la liberté contractuelle en tant que principe⁴⁶, on peut d'ores et déjà rappeler que cette liberté est reconnue aux personnes publiques. Cela a eu des conséquences sur la diversité et l'extension de ce que l'on a considéré comme faisant partie des « marchés publics » par la

⁴³ Cf. *supra* 1^e partie, 2^e titre,

⁴⁴ Rappelons que les différences de procédures de passation entre les marchés publics et les concessions étaient encore plus faible auparavant, non seulement parce ce deux contrats n'étaient pas strictement définis, mais aussi et que le caractère non contraignant des procédures permettait indifféremment qu'on les utilise ou non, et cela quelque soit le contrat. Pour une quasi-assimilation des deux catégories, même si les deux arguments ici évoqués ne sont pas avancés, Cf. X. BEZANÇON, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*. Préface de M. LONG, Paris, LGDJ, *Bibliothèque de droit public*, 1999, Tome 206.

⁴⁵ Cf. *supra*

⁴⁶ Cf. *infra*, 2^e partie, Titre 2^e, Chapitre 1^{er}, Section 2^e, § 2^e

liberté que cela laisse aux cocontractants « d’inventer » leur contrat, ce qui participe aussi de la complexité actuelle de ce droit (a). Les limites propres au droit public qui pourraient simplifier cette diversité en empêchant les excès viennent encore compliquer l’appréhension de ce droit (b).

a) La liberté contractuelle, source d’innovation et de diversité

566. Au même titre que les contrats de vente ou de maîtrise d’ouvrage du droit privé, les marchés publics ou les concessions sont des contrats « nommés », c’est-à-dire qu’ils correspondent à une catégorie juridique précise en répondant à certains critères. Comme en droit privé, le principe de la liberté contractuelle permet pourtant de s’échapper de ces catégories et de modifier le contrat selon ses besoins, sauf à vouloir y inscrire des clauses interdites par les lois et règlements. Les personnes publiques ont ainsi cherché à adapter à leurs objectifs les contrats qu’elles voulaient passer, attitude que l’on peut regrouper en trois catégories.

567. La première est la volonté d’adapter les contrats du droit privé au droit public. Il en a été ainsi du recours à la Vente en l’état futur d’achèvement, aux baux emphytéotiques ou au crédit-bail immobilier. La fortune de ces différentes adaptations a été diverse puisque certains contrats, comme la VEFA, sont restés « de droit privé », d’autres, comme le crédit-bail, se sont partiellement adaptés et d’autres enfin, comme les baux emphytéotiques administratifs, ont dû être modifiés par la loi pour, en réalité, muter et devenir une nouvelle catégorie « de droit public ».

568. La seconde est la volonté des cocontractants d’adapter aux circonstances particulières de tel ou tel marché les clauses « classiques » des contrats nommés. On a ainsi pu passer des marchés publics dont la rémunération était payée par l’exploitation des biens créés comme les contrats de mobilier urbain⁴⁷, ou passer des concessions dans lesquelles les subventions d’investissement ou d’exploitation prenaient une telle place que la rémunération sur les usagers ne correspondait plus au critère classique. Ce dernier cas s’est par exemple rencontré avec la construction du Stade de France, et l’on constate que les doutes que ce montage contractuel a suscités ont conduit à une utile validation législative qui avait le mérite de légaliser un contrat que l’on ne savait plus qualifier⁴⁸.

569. La liberté contractuelle va parfois plus loin par la création non plus de contrats précis aux stipulations spécifiques mais, et c’est notre troisième catégorie, à la création d’une nouvelle catégorie contractuelle ; c’est ce qui était advenu en droit privé avec l’importation du *leasing* américain en crédit-bail, c’est ce que l’on a rencontré en droit public avec le *Marché d’entreprise de travaux public* ou METP. C’est en effet la recherche de financements adaptés à la gestion de services publics sans usagers directs, comme le traitement des ordures ménagères, qui a été à la source de ces contrats que le Conseil

⁴⁷ Cf. sur ce sujet N. NGUYEN « L’actualité des contrats de mobilier urbain », *BJCP*, 1998, n° 1, p. 3

⁴⁸ Il empruntait en effet des éléments du droit des concessions et avait été passé comme une délégation de service public mais on pouvait douter non seulement du respect du critère de la rémunération mais aussi de la véritable délégation d’un service public.

d'État a érigés en catégorie contractuelle⁴⁹. C'est aussi la liberté contractuelle qui a conduit aux excès dans l'usage de cette nouvelle catégorie – ce que l'on a appelé les « faux METP » parce que le service public géré était purement fictif – et, partant, à leur disparition⁵⁰. On pourrait aussi, même s'il n'est pas seulement un contrat de la commande publique, prendre l'exemple des baux emphytéotiques administratifs qui sont une véritable catégorie nouvelle tant les différences avec les baux emphytéotiques du droit rural sont fondamentales⁵¹.

En somme, la liberté contractuelle est source de complexité et de diversité en ce qu'elle rend unique chaque contrat mais aussi en ce qu'elle fait naître de véritables catégories nouvelles qui peuvent être, ou ne pas être, des contrats que l'on doit soumettre à des procédures de passation. Le caractère d'ordre public du « droit des marchés publics » est alors la cause de nombreuses limites à la liberté contractuelle qui, loin de simplifier la situation, est au contraire source d'encore plus de complexité et d'extension.

b) Les limites propres au droit public : entre limitation de la liberté contractuelle et extension de la complexité

570. Le droit public encadre bien plus strictement la liberté contractuelle que ne le fait le droit privé. Un certain nombre de règles d'ordre public viennent en effet limiter l'effet de dispersion que pourrait avoir l'innovation des cocontractants en la matière.

571. Les contraintes qui pèsent sur les opérateurs dans le choix de leurs clauses contractuelles sont de plusieurs ordres⁵². Il existe tout d'abord des règles propres au droit des marchés publics comme les nécessités issues de la loi MOP⁵³. Elles imposent à un

⁴⁹ L'arrêt fondateur des METP est l'arrêt CE 11 décembre 1963, *Ville de Colombe*, rec. p. 612

⁵⁰ Après avoir été qualifiés officiellement de marchés publics par l'arrêt CE 26 juillet 1985, *Société Lyonnaise des eaux et de l'éclairage*, rec. p. 246, *RFDA*, 1986, p. 231 concl. DANDELLOT ; voir aussi PH. TERNEYRE, « Une nouvelle technique de financement privé des ouvrages collectifs publics : le marché d'entreprise de travaux publics », *Mélanges J.-M. Aubry*, Paris, *Dalloz*, 1992, p. 315, puis par l'arrêt CE 8 février 1999, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de la Ciotat*, rec. p. 19 ; *AJDA* 1999 p. 364, Concl. C. BERGEAL, note D. CHABANOL ; *RFDA* 1999 p. 1172, note S. BRACONNIER ; *DA* décembre 1999, n° 301, p. 15, note J.-G. MAHINGA. Cette qualification de marchés publics conduit à rendre de fait illégaux les METP en considération de la règle de l'interdiction du paiement différé (article 94 des Codes de 2001 et 2004).

⁵¹ Ces différences sont essentiellement dues au droit du domaine public. Voir sur ce point les articles essentiels : E. FATÔME et PH. TERNEYRE, « Le financement privé de la construction d'ouvrages publics, en particulier sur le domaine public. Commentaire de l'avis du 31 janvier 1995 des sections de l'intérieur et des travaux publics réunies du Conseil d'Etat », *AJDA*, 20 février 1997, pp. 126-141 ; « Bail emphytéotique administratif, domanialité publique et financement privé d'un ouvrage public », *CJEG*, novembre 1994, pp. 569-585

⁵² On trouvera des éléments d'analyse sur les contraintes pesant sur les montages contractuels complexes in N. SYMCHOWICZ, « Droit public des montages contractuels complexes », Paris, *Imprimeries nationales, ed. techniques, coll. Essentiel expert*, 2003, 353 pp, spé. p. 110-137

⁵³ Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 *Loi relative à la maîtrise d'ouvrage publique et ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée*, J.O. 13 juillet 1985. Cette loi a été modifiée par l'ordonnance n° 2004-566 du 17 juin 2004 portant modification de la loi no 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, J.O. 19 juin 2004, texte n° 27

certain nombre de personnes publiques ou privées de conserver pour « la réalisation de tous les ouvrages de bâtiment ou d'infrastructure [et les] équipements industriels destinés à leur exploitation » une série de missions. L'obligation de la conservation de la maîtrise d'ouvrage fait d'ailleurs aujourd'hui partie de la définition des marchés publics de travaux⁵⁴. Cette loi vient donc limiter la liberté des personnes publiques qui y sont soumises de stipuler contractuellement des clauses par lesquelles elles se sépareraient de cette mission, ce qui empêche de ce fait la multiplication des contrats dans lesquels la personne publique a un rôle plus ou moins faible. On a ainsi pu constater, sur le fondement de la nécessaire conservation par la personne publique de la maîtrise d'ouvrage publique, la forte limite posée à l'utilisation de *vente en l'état futur d'achèvement* par les personnes publiques⁵⁵, ou à la transmission à des délégataires de la gestion d'un projet d'extension d'un réseau d'eau dont la maîtrise devait rester à la personne publique⁵⁶. Il reste que la simplification du droit des marchés n'y gagne pas puisque le respect des exigences de la loi MOP est une source de complexité et d'incertitude pour les opérateurs et leurs conseils.

572. Il existe ensuite des contraintes dues aux principes du service public. On en trouve des applications spécialement dans le cadre des conventions de délégation de service public⁵⁷, mais pas uniquement. Il est en effet possible qu'elles s'appliquent aussi dans les marchés publics, et elles sont même prévues, au moins pour ce qui est du principe de « *continuité* », dans le cadre des contrats de partenariat⁵⁸. Les contrats qui délèguent les missions de service public ou y font participer le cocontractant ne sauraient en effet contenir des clauses incompatibles « avec les nécessités de fonctionnement d'un service public »⁵⁹. Les « lois de Rolland »⁶⁰ – « *triptyque devenu classique pour exprimer les principes de fonctionnement*

⁵⁴ Article 1^{er}, II, 1^{er} alinéa des Code des marchés publics de 2001 et 2004

⁵⁵ CE Sect. 8 février 1991, *Région Midi-Pyrénées*, rec. p. 41 ; req. n° 57679 ; *AJDA*, 1991, p. 579, obs. X. DELCROS ; *RFDA*, 1992, p. 48, concl. M. POCHARD ; *Dalloz*, 1991, somm. comm. p. 373, obs. PH. TERNEYRE ; *RDP*, 1991, p. 1137, note J.-M. AUBY ; *JCP*, 1991.II.21738, note E. FATÔME. Le considérant est spécialement clair sur ce point : « si aucune disposition législative n'interdit aux collectivités publiques de procéder à l'acquisition de biens immobiliers en utilisant le contrat de vente en l'état futur d'achèvement prévu à l'article 1601-3 du Code civil, elles ne sauraient légalement avoir recours à ce contrat de vente de droit privé, dans lequel l'acheteur n'exerce aucune des responsabilités du maître de l'ouvrage et qui échappe tant aux règles de passation, notamment aux règles de concurrence, prévues par le Code des Marchés, qu'au régime d'exécution des marchés de travaux publics, lorsque, comme en l'espèce, l'objet de l'opération est la construction même pour le compte de la collectivité d'un immeuble entièrement destiné à devenir sa propriété et conçu en fonction de ses besoins propres ».

⁵⁶ E. FATÔME et L. RICHER, « Régie intéressée et maîtrise d'ouvrage publique. À propos de l'arrêt de la Cour administrative d'appel (CAA) de Paris 18 avril 1997, Compagnie Générale des Eaux (CGE) », *AJDA*, juin 1997, pp. 492-497

⁵⁷ La loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier dite « MURCEF », *J.O.* numéro 288 du 12 décembre 2001 page 19703 a modifié l'article L 1411-1, 3^e alinéa pour imposer que la commission qui dresse la liste des candidats admis à présenter une offre examine l'« aptitude à assurer la continuité du service » des candidats.

⁵⁸ Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, *J.O.* n° 141 du 19 juin 2004 p. 10994 texte n° 2, dont l'article 11-j) impose que ces contrats contiennent des clauses : « Aux conditions dans lesquelles, en cas de défaillance du cocontractant, la continuité du service public est assurée, notamment lorsque la résiliation du contrat est prononcée ; »

⁵⁹ L'expression est tirée de l'arrêt CE 6 mai 1985, *Association Eurolat Crédit Foncier de France*, rec. p. 141 ; *AJDA*, 1985, n° 11 p. 620, note E. FATÔME et J. MOREAU ; *LPA*, 23 octobre 1985, note. F. LLORENS ; *RFDA*, 1986, n° 1 p. 21, concl. B. GENEVOIS.

⁶⁰ L. ROLLAND, *Précis de droit administratif*, Dalloz, 8e éd., 1943, n° 23.

s'imposant à tous les services publics : continuité, égalité, adaptation continue »⁶¹ – trouvent ici une application peu connue comme motif d'annulation de contrats administratifs ou, au moins, comme contrainte à la liberté contractuelle⁶² ; application qui apparaît comme une exigence constitutionnelle, notamment dans le cadre des contrats d'occupation du domaine public⁶³.

573. Il existe enfin des contraintes dues au droit de la domanialité publique lorsqu'il s'agit de contrats de construction⁶⁴ sur le domaine public. Le principe d'inaliénabilité qui est au cœur du régime en la matière et l'interprétation particulièrement large qui en est faite, limitent d'autant l'activité économique que les personnes publiques voudraient avoir dessus. Ce principe évite *a priori* que les « marchés publics » contiennent des clauses financières mettant en place des montages garantissant les constructions sur le domaine public, ce qui rendrait ces contrats encore plus complexes⁶⁵. Ces montages ne sont autorisés que dans le cadre des désormais classiques lois de 1988 et 1994 que l'on analyse souvent comme permettant de porter atteinte à l'inaliénabilité⁶⁶. On peut d'ailleurs ajouter que le lien entre ces principes de la domanialité publique et ceux de la « commande publique »⁶⁷ est spécialement fort si l'on se réfère à la façon dont le Conseil constitutionnel les assimile dans sa décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003⁶⁸.

⁶¹ La phrase est de D. TRUCHET, « Unité et diversité de "grands principes" du service public », *AJDA*, 1997, n° spécial, « le service public, unité et diversité », p. 38

⁶² Pour une analyse à jour de ces principes, cf. S. BRACONNIER, *Droit des services publics*, Paris, PUF, coll. *Thémis droit public*, 1^{ère} ed. 2003, 531 pp., spé. pp. 269-306

⁶³ Si le principe de continuité des services publics a une valeur constitutionnelle depuis la décision CC 25 juillet 1979, n° 79-105 DC, *Loi modifiant les dispositions de la loi n 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail*, rec. p. 33, il a été spécialement appliqué aux contrats d'occupation du domaine par la décision CC n° 94-346 DC du 21 juillet 1994, *Loi complétant le code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public*, rec. p. 96 ; *AJDA*, 1994 note G. GONDOIN ; et repris comme un principe applicable à tout ce que nous appelons la « commande publique » dans la décision CC n° 2002-460 DC du 22 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure*, qui considère que « *s'agissant des exigences du service public, le contrat de crédit-bail devra comporter des clauses approuvées par l'État et lui permettant de faire obstacle à ce que les prérogatives du crédit-bailleur ne soient incompatibles avec le bon fonctionnement du service public* ».

⁶⁴ L'expression est notamment de M. SOUSSE, « Droit public des contrats de construction », Paris, *LGDJ, coll. système*, 1998. Cet ouvrage montre bien la spécificité de certaines règles qui s'appliquent aux marchés publics et concessions de travaux, au delà de l'unité de toute la commande publique telle que nous cherchons à la démontrer.

⁶⁵ On a ainsi vu le financement des TGV par l'utilisation de crédit-bail interdit par la règle de l'inaliénabilité qui s'oppose à ce que le crédit-bailleur bénéficie de la propriété du domaine public. Cf. S. NICINSKI, « "Lease" américain, équipements publics et droit administratif », *AJDA*, 2001, *Chroniques* p. 538

⁶⁶ Loi n° 94-631 du 25 juillet 1994 *constitution de droits réels sur le domaine public*, aujourd'hui aux articles L. 34-1 à L. 34-9 du Code du domaine de l'État et loi n° 88-13 du 5 janvier 1988 art. 13 codifiée aux articles L. 1311-1 et s. du Code général des collectivités territoriales

⁶⁷ Cf. *infra* 2^e partie, Titre 2^e.

⁶⁸ Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit* ; *AJDA*, 2003, p. 1391, note J.-E. SCHOETTL ; E. FATÔME et L. RICHER, « Le Conseil constitutionnel et le "droit commun" de la "commande publique" et de la domanialité publique. A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2002-473 DC du 26 juin 2003 », *AJDA*, 22 décembre 2003, n° 44 pp. 2348-2354 ; *DA*, 2003, comm. 188 et 191, note A. MÉNÉMÉNIS ; *RDP*, 2003, p. 1163, note F. LICHÈRE « Le Conseil constitutionnel, la commande publique et le partenariat public-privé : *bis repetita non placent* » ; *Contrats et marchés publics*, 2003, chron. 18, note F. LINDITCH, « Les partenariats public-privé devant le

574. Ces contraintes qui limitent la liberté contractuelle et, partant, l'innovation et la dispersion des qualifications, ne simplifient pourtant pas le droit des marchés publics. Elles ont en effet pour conséquence de rendre extrêmement complexe l'analyse des contrats afin d'en apprécier la validité au regard du droit de la domanialité, de la maîtrise d'ouvrage, des principes du service public en plus de la qualification de marchés publics au sens européen ou au sens français⁶⁹. Les limites à la liberté contractuelle propres au droit public ne sont donc pas, à proprement parler, de véritables sources de simplification comme on pourrait l'attendre. La raison en est que si elles apparaissent comme générales, elles sont mises en œuvre dans des textes précis et qui nécessitent pour leur application des nuances que seule la jurisprudence sait rendre complexes et précises à ce point.

En somme, on peut dire que la liberté contractuelle est doublement source de complexité : en elle-même mais aussi par les limites qui s'y attachent. Elle fait donc partie, avec la diversité des sources du droit des marchés publics et la diversité des fondements qui ont justifié l'encadrement de ces contrats, des facteurs de diversité et d'extension du droit des marchés publics. La situation actuelle apparaît pourtant à certains égards comme un tournant et la volonté, d'une part de limiter ces effets en réduisant les contraintes, et d'autre part d'encadrer enfin cette extension, conduit à en poser les limites.

B) Les nécessaires limites à l'extension

575. L'extension et la complexification dont on vient de donner les facteurs trouvent aujourd'hui un point de rupture qui soulève deux séries de problèmes et conduit à vouloir redonner de la cohérence à la matière. Les problèmes en question portent autant sur l'étendue actuelle de la matière et le caractère utile d'une nouvelle notion avant qu'elle ne soit par trop étendue (1) que sur l'inutile soumission d'un certain nombre de contrats à des procédures contraignantes (2).

Conseil constitutionnel » ; mais aussi les articles faisant référence à cette décision : A. TESSIER, « Le droit de la commande publique et les articles 5 et 6 de la loi du 2 juillet 2003 autorisant le gouvernement à simplifier le droit », *BJCP*, 2003 p. 354 ; J.-B. AUBY, « Le partenariat public-privé et la constitution », *Droit administratif*, Repères n° 10 ; F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, « Le futur partenariat public-privé ou les limites de la troisième voie », *Contrats et marchés publics*, 2003, Repères n° 7

⁶⁹ Sans oublier certains régimes spéciaux qui rendent encore plus complexe la détermination du droit applicable ou la compétence contentieuse. On pense par exemple à l'incompatibilité qui existe entre le régime de la copropriété et celui du domaine public et telle qu'elle ressort de l'arrêt CE Sect. 11 février 1994, *Compagnie d'assurances Préservatrice Foncière*, rec. p. 64 ; req. 109564 ; *AJDA*, 1994 p. 548, note J. DUFAU ; *RFDA*, juin 1994, pp. 502-510, concl. H. TOUTÉE ; *CJEG* 1994, p. 197, chron. P. SABLIERE, concl. H. TOUTÉE

1) De l'inutilité d'une notion trop largement définie

576. Les « marchés publics » au sens large – ceux que nous entendons regrouper sous une notion de commande publique – ont atteint un point d'extension dont il nous apparaît qu'il ne pourrait pas aujourd'hui s'étendre encore sans perdre de leur caractère normatif. Si, sous l'effet des critères existants ou d'autres à venir, la notion venait encore à s'élargir, il est probable que l'unité que l'on peut encore y trouver viendrait à disparaître ou ne pourrait être que trop large et, partant, non susceptible de fonder un régime.

577. L'analyse historique ou « généalogique »⁷⁰ qui a fait l'objet de la première partie montre d'ailleurs les difficultés qu'il y aurait à aller plus loin dans des éléments fondamentaux participant des définitions des « marchés publics ». Le critère matériel est en effet arrivé à un aboutissement puisque, comme on l'a vu, tous les biens sont *a priori* soumis à des procédures de passation. Bien entendu, il faut que les autres critères soient eux aussi remplis et que les biens en question ne fassent pas partie des exceptions, mais le principe ne peut être étendu. Pour ce qui est du critère organique, l'influence communautaire est venue dépasser la dichotomie interne entre personnes publiques et personnes privées pour rechercher l'activité, voir l'argent public. Là encore, même si l'on ne peut pas dire que l'extension a trouvé une forme d'aboutissement, on voit mal, sauf à se perdre complètement, que le critère gagne encore des éléments.

Il nous semble par conséquent que l'extension subit une phase de nécessaire stabilisation qu'il faut encourager faute de quoi la notion se diluerait. Cette limite à l'extension se double d'une nécessité de clarification, l'extension des contrats soumis à des procédures complexes marquant lui aussi ses limites.

2) Des limites d'une soumission à des procédures trop formalisées

578. Le droit des marchés publics a, en s'étendant, soumis à des procédures de passation de plus en plus de personnes qui commandaient les biens dont elles avaient besoin aussi librement que les personnes privées. Toutes n'ont pas été assujetties aux mêmes procédures et l'on peut, semble-t-il, trouver une logique latente dans les différences qui ont été faites ; logique que l'on peut systématiser par une « échelle de mise en concurrence » (a). Cette logique imparfaite trouve aujourd'hui ses limites et l'on constate une forme de stabilisation dans la volonté de soumettre les contrats à des procédures très contraignantes. On leur préfère actuellement des procédures plus souples, notamment par un retour à la négociation. Il semble en effet que l'on ait atteint les limites de l'extension du caractère contraignant des procédures (b).

⁷⁰ Sur l'utilisation de ce mot, cf. *supra* note 2.

a) « L'échelle de mise en concurrence », une logique générale latente dans l'extension des procédures ?

579. Tout au long de l'extension du champ d'application des « marchés publics », les procédures ont été adaptées aux personnes que l'on incluait dans cette – ou plutôt dans ces – notions. Ces adaptations ont été faites de manière empirique en fonction de circonstances telles que la situation économique ou politique. On peut pourtant déceler ici une forme de logique latente. Elle fonctionne, si l'on veut bien prendre une image, en cercles concentriques : du « soumis à des procédures lourdes de publicité et de mise en concurrence » au centre, à des cas dans lesquels les contrats sont « soumis à une simple publicité minimum » dans le cercle le plus large, en passant par des contrats « soumis à des publications sans mises en concurrence » entre les deux. On pourrait aussi, si la logique en cercles concentriques ne convainc pas, parler d'une « échelle de mise en concurrence » en référence à la logique de « l'échelle de domanialité » dégagée par le Doyen Léon DUGUIT dans son analyse de la soumission aux règles du domaine public⁷¹.

La soumission à des procédures lourdes ou plus simples est, nous semble-t-il, fonction d'un double critère : d'une part du « plus » au « moins » public, d'autre part du marché au montant le « plus » au « moins » important.

580. Le premier critère regroupe à la fois le statut de la personne elle-même, ce qui fait que les personnes publiques territoriales sont soumises à des procédures plus lourdes que les personnes privées ; mais aussi l'activité de la personne en question, les services publics administratifs étant soumis en principe à des procédures plus lourdes que les services publics industriels et commerciaux, comme en témoignent par exemple les différences de procédures existantes entre les directives « secteurs classiques » et les directives « secteurs spéciaux »⁷². On peut aussi voir l'effet de ce critère dans les différences qui existent dans les procédures de passation des délégations de service public par rapport aux marchés publics classiques au sens du Code. La délégation de service public apparaît en effet comme une activité nécessairement industrielle et commerciale⁷³ alors que le marché public peut être passé pour l'exercice d'une mission purement

⁷¹ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, *Anc. Librairie Fontemoing ed., E. Boccard successeur*, Tome 3, 1930, pp. 344 et s. DUGUIT a développé cette théorie pour expliquer l'impossibilité qu'il y avait à la distinction stricte entre domaine public et domaine privé. Il estime que la soumission au régime du domaine public est fonction du degré de satisfaction de l'intérêt général que remplit un domaine donné. On retrouve aussi cette idée d'échelle de domanialité dans l'approche doctrinale différente mais tout aussi intéressante de J.-M. AUBY, *in* « Contribution à l'étude du domaine privé de l'administration », *EDCE*, 1958, p. 35

⁷² On remarquera que cette distinction origininaire du droit des marchés publics européens perdure encore aujourd'hui puisque la directive 2004/17 diffère de la directive 2004/18 en ce que la première régit les secteurs spéciaux et la seconde les secteurs classiques ; alors que la distinction selon l'objet matériel a disparu en 2004 pour les secteurs classiques qui unifie les directives « travaux », « fournitures » et « services ».

⁷³ On a vu, 1^{ère} partie, Titre 2^e, 2^e Chapitre que les services publics administratifs « purs » ne pouvaient pas faire l'objet d'une délégation de service public dans la mesure où la rémunération ne pouvait se faire sur une « exploitation » de ce service ; et que s'il y avait exploitation d'un SPA, ce dernier était nécessairement devenu un service marchand, c'est-à-dire que l'on pouvait l'assimiler à un SPIC.

administrative de la personne publique⁷⁴. À cela il faut aussi ajouter que le risque étant pris par le délégataire alors qu'il ne l'est en principe pas par la personne passant un marché public, cela renforce le « caractère public » du contrat en considération du fait que c'est l'argent public qui est en cause dans le second et pas, ou moins, dans le premier. On le voit, le critère du « plus » ou « moins » public est lui même multiforme, mais en distinguer précisément les éléments serait un raisonnement qui nous semble trop scientifique par rapport au caractère empirique et contingent de cette évolution.

581. Le second critère du montant du marché apparaît comme encore plus évident. On peut le constater non seulement par l'exclusion ou la réduction au minimum des procédures pour les marchés les plus faibles, et cela aussi bien dans le cadre des marchés publics que des délégations de service public⁷⁵ ; mais on peut en plus le voir de manière plus nuancée dans la mise en place des différents seuils communautaires qui impliquent des procédures différentes, seuils tout autant utilisés en droit interne⁷⁶.

582. L'analyse de l'évolution, non plus de la notion de marché public mais du régime de passation applicable aux personnes aujourd'hui incluses dans cette notion dans son sens le plus large, nous conduit donc à estimer qu'il existe une « échelle de mise en concurrence ». Celle-ci cherche à justifier une chose : tous ces « marchés publics » ne sont pas soumis à des procédures uniques, ce qui se justifie par deux considérations que sont le caractère public de l'entité, de son activité ou de son financement et l'importance pécuniaire du contrat. Cette « adaptation » des procédures a pourtant atteint ses limites : malgré la logique qu'elle porte de façon latente, un certain nombre d'indices montrent que l'extension de la mise en concurrence n'ira pas plus loin et qu'elle est même en léger recul.

b) Les indices montrant l'extension maximum de la soumission à des procédures.

583. Les notions de « marchés publics » ont atteint un point d'extension qui semble en phase de stabilisation. Plus encore, on pourrait pousser l'analyse jusqu'à constater le recul des procédures lourdes au profit de procédures minimum de simple publicité⁷⁷ ; comme un recul du marché organisé, un retour au marché auto-régulé. Il ne faut pas voir dans cette évolution récente un retour en arrière fondamental mais bien, semble-t-il, la marque d'une stabilisation, comme le retour à un cours normal après une bulle spéculative.

⁷⁴ Bien entendu, le critère du « plus public » ne dépendant pas de la seule nature du service public géré, ce critère n'est pas unique et la solution parfois inverse.

⁷⁵ Pour les délégations des collectivités territoriales et de leurs groupements et de leurs établissements publics, l'article L. 1411-12 CGCT précise que les procédures ne s'appliquent pas « c) lorsque le montant des sommes dues au délégataire pour toute la durée de la convention n'excède pas 106 000 € ou que la convention couvre une durée non supérieure à trois ans et porte sur un montant n'excédant pas 68 000 € par an [mais publicité préalable dans ce cas] ».

⁷⁶ Cf. Article 7 de la directive 2004/18 ou article 28 du Code des marchés publics de 2004 pour cette adaptation des procédures en fonction des seuils.

⁷⁷ Pour une justification du caractère « minimum » de la publicité, cf. 2^e partie, Titre 2^e, Chapitre 1^{er} à propos des principes fondateurs des procédures.

584. La meilleure manifestation de ce retour à plus de liberté est le développement textuel du recours à la négociation. Le droit communautaire développe ainsi les procédures négociées avec ou sans mise en concurrence et surtout la nouvelle procédure de dialogue compétitif qui va plus clairement encore dans ce sens⁷⁸ ; procédure incorporée dans le droit interne par le Code de 2004⁷⁹. La circulaire d'application du Code des marchés publics de 2004⁸⁰ ne laisse pas de doute quant à l'utilité de cette procédure en la fondant sur le fait que les procédures trop complexes ne sont dans certains cas pas adaptées pour faire le meilleur achat⁸¹.

L'extension du droit des marchés publics tel qu'il est aujourd'hui marque donc un point d'arrêt. D'abord sur le plan de l'efficacité de la notion qui perdrait son utilité à être trop largement définie en ne pouvant plus servir de base à l'application un régime spécifique. Ensuite sur le plan des limites actuelles à l'extension des procédures de mise en concurrence – conséquence principale de l'extension des marchés publics – qui reculent légèrement comme pour nous signifier qu'elles perdraient leur efficacité à s'étendre encore. Il semble bien qu'il soit temps de poser une nouvelle notion juridique permettant de marquer les limites de ces contrats et rationalisant tout ce qu'ils recourent.

§ 2^e : Propositions de solutions et définition

585. La situation actuelle des marchés publics est donc marquée d'une part par une diversité et une complexité difficilement acceptables et, d'autre part, par un point d'arrêt dans les possibilités et la volonté de l'étendre encore. La multiplication des textes de codification, que cela soit les deux derniers Codes des marchés publics ou les directives communautaires de 2004, montre d'ailleurs que l'époque est propice à la recherche de plus de cohérence et de systématisation⁸². La question est alors de savoir quelles sont les

⁷⁸ Article 1^{er}-11-c) de la directive 2004/18 précise : « c) Le « dialogue compétitif » est une procédure, à laquelle tout opérateur économique peut demander à participer et dans laquelle le pouvoir adjudicateur conduit un dialogue avec les candidats admis à cette procédure, en vue de développer une ou plusieurs solutions aptes à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les candidats sélectionnés seront invités à remettre une offre. » Elle est mise en œuvre notamment dans les conditions des articles 28 et 29 de la directive 2004/18. Notons que cette procédure est absente de la directive 2004/17.

⁷⁹ Et spécialement ses articles 36, 67 et 68.

⁸⁰ Circulaire du 7 janvier 2004 portant manuel d'application du code des marchés publics, J.O. n° 6 du 8 janvier 2004 page 37031

⁸¹ Son point 11 précise en effet « Quand peut-on négocier ? Chaque fois qu'il est autorisé par le code, le recours au dialogue et à la négociation, après publicité et mise en concurrence, peut être utilement envisagé. Il permet en effet d'obtenir un **meilleur achat** dans le respect des règles de transparence. » et ensuite : « Dans la mesure où le recours à des procédures ouvertes ou restreintes ne permettrait pas l'attribution de tels marchés, le dialogue compétitif constitue une procédure flexible qui sauvegarde à la fois la concurrence entre opérateurs économiques et le besoin des personnes publiques de discuter avec chaque candidat tous les aspects du marché. »

⁸² Même s'il est vrai par ailleurs que le développement des contrats de partenariat, soit propres à certains domaines comme la gendarmerie, la police ou les prisons, soit « généraux » par l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat, J.O. n° 141 du 19 juin 2004 page 10994 texte n° 2 vont encore dans le sens d'un éparpillement de ce droit.

différentes solutions envisageables pour atteindre ces objectifs (A) avant de proposer une définition d'une *notion de commande publique* (B).

A) Les différentes évolutions possibles des marchés publics

586. Le choix entre différentes évolutions possibles est le choix entre différentes solutions pour répondre aux problèmes déjà évoqués d'absence de systématisation et de complexité. Les solutions envisagées pourraient être parfaitement originales et, notamment remettre à plat le système actuel ; tel n'est pourtant pas la voie suivie ici. Les solutions envisagées (2) seront celles possibles dans le cadre des contraintes posées (1).

1) Les contraintes

587. Les exemples étrangers pourraient laisser penser qu'il faille refondre le régime actuel de l'achat par les personnes publiques ou pour les services publics afin de retrouver une cohérence globale ou, au moins, simplifier cette superposition de strates historiques qu'est notre droit actuel. Ainsi, l'idée du droit allemand de considérer le droit des marchés publics (*Vergabe Öffentlicher Aufträge* ou, plus simplement *Vergaberecht*) comme un droit de la concurrence en l'insérant dans le « code de la concurrence » (*GWB – Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* soit littéralement *Loi contre les limitations de concurrence*) pourrait paraître séduisant⁸³.

⁸³ Toute la législation allemande est ainsi unifiée dans le Titre IV (*Vierte Teil*) de la *GWB* (le Code précité, appelée aussi *Kartellgesetzes* ou « loi sur les Cartels »). Ce Code est précisé dans un décret d'application appelé le *VgV* ou *Vergabeverordnung* (ou littéralement « ordonnance sur les marchés public » ou « ordonnance sur les commandes ») qui est complété par l'équivalent de nos CCAG qui sont, à la différence des nôtres, tout à fait obligatoires dans l'ensemble de ces contrats (textes appelés les *Verdingungsordnungen* dont il existe trois variantes selon qu'il s'agisse de contrats de prestations (*Verdingungsordnung für Leistungen (VOL)* du 17 septembre 2002), de prestation par les prestataires indépendants (*Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF)* du 26 août 2002) ou de contrats de travaux (*Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB)*). Il est à noter que la nature d'acte de droit public ou de droit privé des contrats de marchés publics est l'une des questions doctrinales actuelle du droit Outre-Rhin, même si la doctrine s'accorde en réalité pour penser que la question reste anecdotique. Contrairement à chez nous, non seulement le droit allemand n'a pas développé un véritable droit des contrats administratifs, l'essentiel des règles les régissant étant simplement reprises sans modifications du droit civil ; mais en plus les clauses des marchés publics sont essentiellement légales ce qui limite de ce fait le rôle du juge pour leur interprétation. Rappelons en effet que l'acte administratif en Allemagne (*Verwaltungsakt*) ne s'entend que comme l'acte unilatéral. Les marchés n'en sont pas exclus puisque la décision du choix du cocontractant se caractérise par un tel acte, mais le « contrat », même soumis au juge administratif, n'est pas considéré comme spécialement marqué par la puissance publique. Cf. sur ce point : H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München, Verlag C. H. Beck, 14. Auflage (édition), 2002, 855 pp., § 17-31, pp. 459 et s. Les considérations sur les marchés publics sont absentes de la version de 1992 de cet ouvrage de H. MAURER qui a été traduit par M. FROMONT, *Droit administratif allemand*, Paris, LGDJ coll. Manuel, 1994, 419 pp. qui reste intéressant pour la notion d'acte administratif en Allemagne notamment. Pour un ouvrage spécialisé, cf. R. LIENEMANN et O. WEIHRAUCH, *Die Vergabe öffentlicher Aufträge*, Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag KG, 1999, 293 pp.

588. On pourrait aussi aller plus loin encore dans la simplification en n'ayant recours qu'au seul droit communautaire et en faisant table rase de l'ensemble de nos textes nationaux. Cela impliquerait, formellement, que les directives soient transposées dans un texte unique remplaçant tous ceux existants et, politiquement, que l'on accepte un retour à beaucoup plus de liberté en la matière. Les seuils communautaires sont en effet beaucoup plus élevés que ceux internes et on reviendrait ce faisant sur la soumission à des procédures d'un certain nombre de contrats, au premier rang desquels les délégations de service public d'un montant inférieur aux seuils communautaires et portant à la fois sur des travaux et des services.

Ce serait faire fi de l'ensemble de notre tradition en la matière et relancer fortement les soupçons de favoritisme⁸⁴.

589. Il nous semble qu'il faille être plus réaliste et partant plus modeste dans les ambitions de simplification. Modeste non pas sur les résultats qu'il faut obtenir, mais modeste sur le temps nécessaire pour les obtenir, notamment en étant conscient des nécessités qui tiennent au fait que la « commande publique » est une matière économique impliquant des enjeux que l'on ne peut considérer comme négligeables pour l'établissement d'une théorie juridique. La seconde contrainte après le refus d'une refonte totale de la matière est donc une part de réalisme ou, plutôt, le refus de mettre en place une théorie pure.

590. En ce sens, l'analyse historique est un élément utile à la solution dans la mesure où il oblige à rester dans la continuité et, de fait, dans une perspective réaliste. Paradoxalement, il permet aussi de ne pas laisser les solutions possibles être limitées par ce qui pourrait apparaître *a priori* comme des mythes intangibles de notre droit administratif. Ainsi, on a noté à de nombreuses reprises les rapprochements nombreux – notamment sur le plan matériel mais aussi sur le plan organique – qu'il y avait entre les « marchés publics » au sens du Code ou des directives communautaires et les délégations de service public telles qu'elles résultent de la loi Sapin modifiée. La distinction entre les deux pourrait pourtant apparaître comme un « mythe » du droit administratif en considération de la différence que l'on fait depuis JÈZE⁸⁵ entre les concessions et les marchés publics. Or, si l'on ne peut assimiler totalement ces deux contrats, l'analyse « généalogique » nous montre à quel point ces contrats ont évolué en parallèle et à quel point ils se sont rapprochés dans le cadre du droit communautaire. De plus, on a vu que l'Ancien Régime soumettait aussi bien ses marchés que ses concessions à des procédures de passation et même à l'adjudication, les marchés y étant parfois officiellement soumis mais sans que cette règle soit sanctionnée, et les concessions n'y étant pas soumises. Pourtant, comme le dit

⁸⁴ Les réactions négatives au réhaussement des seuils d'application des procédures internes en 2004 montrent que la volonté de lutter contre les détournements d'argent public est certainement l'une des principales raisons des procédures de passation dans l'opinion publique.

⁸⁵ Si cette distinction est faite par G. JÈZE dans son ouvrage, *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics*, Paris, Marcel Giard ed. puis *Librairie générale de droit et de jurisprudence*, 1927, spé. Tome 1, 257 pp, on la retrouve aussi auparavant mais sans que ces ouvrages aient une ambition de théorisation chez AUCOC ou DUCROCQ par exemple.

AUCOC⁸⁶, la règle de l'adjudication apparaissait alors comme « absolue » ; cela sans oublier que la différence entre les deux catégories contractuelles n'a, pendant longtemps, pas été établie⁸⁷.

Ces contraintes que nous posons pour la recherche d'une solution aux problèmes actuels des marchés publics peuvent toutefois laisser encore des choix dans les solutions retenues.

2) Les solutions possibles

591. On peut distinguer, dans le cadre des contraintes posées, trois moyens de réformer le droit des. Le premier est une plus grande soumission du droit français au droit communautaire (a), le second une appréhension renouvelée des contrats administratifs (b) et la troisième que l'on choisira est la mise en place d'une notion de commande publique.

a) *La soumission-fusion du droit français au droit communautaire*

592. On entend par là la possibilité de rendre cohérentes les définitions internes et communautaires. Il ne s'agit pas ici de remettre totalement en cause « l'acquis interne » mais simplement de fondre les notions interne et communautaire des marchés publics. Cela impliquerait un abandon officiel du critère organique tel qu'il existe aujourd'hui dans le Code français et une fusion, dans un texte commun et simplifié, du Code et des lois de 1991 et 1992.

593. Reste que cette évolution ne simplifierait qu'une partie des problèmes en évitant d'entrer dans les différentes notions internes et communautaires de concessions. Cette position serait d'ailleurs dangereuse à long terme si, comme le laissent entrevoir les directives de 2004, les concessions de service deviennent en droit communautaire une catégorie soumise à des procédures⁸⁸. En somme, le choix de cette évolution ne serait à notre sens pas assez complet pour être une rationalisation utile à moyen terme.

⁸⁶ L. AUCOC *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'école des ponts et chaussées*, Paris, Vve Ch. Dunod ed., 3^e ed., 1886, p. 316, n°630. Des développements allant dans le même sens peuvent être trouvés dans M. F. MALAPERT, *Histoire de la législation des travaux publics*, Paris, Librairie générale de l'architecture et Ducher et Cie, coll. Bibliothèque du constructeur, 1880, XXX-521 pp., spé. Chapitre 8 à propos de la passation des marchés et concessions sous Richelieu qui imposait l'utilisation d'une procédure d'adjudication sans distinction fondée sur le mode de financement.

⁸⁷ Cf. nos développements *supra*, 1^{ère} partie, Titre 1^{er}, Chapitre 1^{er}, mais aussi la thèse de X. BESANÇON pour laquelle l'essentiel des contrats de travaux sont avant tout des « délégations de mission publique », *Essai sur les contrats de travaux et de service public. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 206, 1999 et 2001 avec appendice d'actualisation, 658 pp. pour ce deuxième tirage.

⁸⁸ Rappelons que l'article 1^{er}-4 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, JOUE L. 134 du 30 avril 2004, ainsi que l'article 1^{er}-3 b) de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, JOUE L. 134 du 30 avril 2004,

b) Le renouvellement par les « contrats administratifs spéciaux »

594. La proposition d'un renouvellement des contrats administratifs, notamment l'utilisation des distinctions privatistes en la matière, est une proposition d'une tout autre valeur. Soutenue par une partie éminente de la doctrine⁸⁹, elle redonne à la catégorie des contrats administratifs une place centrale et constitue une avancée théorique importante. L'idée principale est que la catégorie qui peut aujourd'hui regrouper l'essentiel de ces actes est celle des contrats administratifs. C'est d'ailleurs dans le cadre de l'analyse de ceux-ci que sont envisagés les marchés publics au sens large et les délégations de service public dans la plupart des manuels et traités⁹⁰, ainsi que dans le cadre des enseignements universitaires⁹¹. Si cette situation évolue actuellement, on pourrait peut-être le justifier par la complexité de la matière plus que par une spécificité⁹².

595. Le professeur Yves GAUDEMET propose ainsi, dans le cadre de « l'emprunt » de toute la théorie des obligations du droit privé par le droit administratif⁹³, de recentrer l'ensemble des contrats passés par les personnes publiques sous la qualification de « contrat administratif » et de distinguer, au sein de ceux-ci des « contrats spéciaux », parmi lesquels notamment ceux qui nous intéressent. L'auteur estime cependant que « l'identification des catégories n'est pas première ni naturelle. Il manque, en droit administratif, une théorie des contrats spéciaux ». Il constate malgré tout une évolution récente avec un passage du modèle des marchés publics « archétype du contrat administratif, au régime duquel les autres contrats administratifs sont censés emprunter peu ou prou » à une multiplication

définissent les concessions de service, mais que, pour l'heure, l'article 17 de la directive 2004/18 et précise qu'elles ne sont pas soumises aux procédures de passation, la directive 2004/18 excluant pour sa part les concessions de travaux publics comme de services.

⁸⁹ Il s'agit notamment du professeur Y. GAUDEMET qui défend cette approche dans deux articles : « Prolégomènes pour une théorie des obligations en droit administratif français », in *Mélanges en l'honneur de Jean Gaudemet, Nonagesimo anno*, Paris, 1999, pp. 613-627 & « Libres propos sur le droit des contrats administratifs (la réforme de la commande publique et le partenariat public-privé) », *CJEP ex-CJEG*, janvier 2004, n° 605, pp. 1-6.

⁹⁰ Voir notamment le Titre III du Livre 1^{er} sur « l'application des critères [des contrats administratifs] aux principales catégories de contrats » & Livre II sur « la formation des contrats administratifs » in A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 1983 et 1984, 1124 pp. ; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ coll. Manuel, 4^e ed. 2004, 677 pp. spécialement la troisième partie intitulée « principaux contrats administratifs », p. 329 et s.

⁹¹ On remarque depuis une dizaine d'années l'apparition de cours spécifiques de marchés publics et délégations de service public en maîtrise de droit public, mais aussi le développement de Master deuxième année (anciens DESS ou plus rarement DEA) spécialisé dans cette matière.

⁹² On verra notre désaccord à propos de cette position, l'évolution des ouvrages et des enseignements marque bien plus, à notre avis, une évolution profonde de cette matière.

⁹³ Le terme d'« emprunt » utilisé par l'auteur est semble-t-il à comprendre comme la possibilité pour le droit public de faire une distinction, ou de mettre en place une notion, en utilisant le droit privé comme un modèle et en permettant au droit public *mutatis mutandis* de l'incorporer. L'« emprunt » peut ici être rapproché du terme d'« utilisation » choisi par la thèse de B. PLESSIX, *L'utilisation du droit privé dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, Éditions Panthéon-Assas et dist. LGDJ, 2003, 878 pp. L'appréciation du professeur Y. GAUDEMET sur l'« emprunt de la théorie des obligations » ne se limite pas aux contrats qu'il conviendrait de présenter comme le font les privatistes, il s'étend aussi à la responsabilité, deuxième pan de la théorie civiliste des obligations.

textuelle de catégories contractuelles ; ces nouvelles catégories lui semblant pouvoir servir de base à cette théorie des contrats administratifs spéciaux⁹⁴.

596. La solution est séduisante à bien des égards. D'abord c'est certainement la solution la plus respectueuse de la tradition de notre droit administratif dont les débats doctrinaux ont toujours tourné, en matière contractuelle, autour de la notion de contrat administratif. Ensuite, cette approche permet d'insister sur le caractère de droit public de ces contrats que le droit communautaire pousse à voir comme des contrats « économiques » c'est-à-dire, dans notre tradition, plus proches du droit privé⁹⁵. Or une partie de la doctrine insiste sur la nécessité de ne pas perdre les spécificités du droit public dans le droit des marchés, spécialement à un moment où les entreprises sont si puissantes⁹⁶. En effet, d'une part les concentrations économiques conduisent à des personnes privées contractantes plus compétentes pour négocier et plus à même d'imposer leurs vues que leurs cocontractants publics, dont certains, notamment de petites communes, ne sont pas plus puissants que des PME. D'autre part, la spécialisation d'un certain nombre de services – on pense à la maintenance informatique⁹⁷, aux usines de retraitement des déchets – conduit les personnes publiques à être spécialement dépendantes de leurs cocontractants et à ne pas pouvoir en cas de problème reprendre les services délégués ou confiés en régie.

597. La solution n'est pourtant pas sans défauts ; c'est ce qui nous conduit à l'écarter malgré ses éléments séduisants. Le premier défaut est l'absence de prise en compte des contrats qui sont des marchés publics au sens communautaire mais qui sont des contrats de droit privé dans la tradition de notre droit. Il reste certes la possibilité de soumettre législativement ces contrats au droit public comme cela a été fait pour ceux passés en application du Code des marchés publics par la loi MURCEF⁹⁸, mais il n'est pas

⁹⁴ L'auteur note toutefois malgré ces textes qu'aujourd'hui « aucun texte ne détermine le régime de ces contrats spéciaux, ni même ne donne les éléments d'une définition. Et la jurisprudence, à la vérité, peine à y suppléer ».

⁹⁵ Si l'assimilation entre le droit communautaire et la « privatisation » n'est pas juste, la perte d'influence de la puissance publique et des avantages qui y sont attachés pour la personne publique dans le cadre d'une approche économique n'est pas douteuse. Pour la défense de la première idée, cf. L. SOUBELET, « La distinction droit public/droit privé à l'épreuve du droit communautaire des contrats publics : l'inopportune assimilation de la « communautarisation » à la privatisation du droit », *LPA*, 24 août 2004, pp. 3-7

⁹⁶ Cf. A. JOSSAUD, « Pour un droit public des marchés », *AJDA*, 23 décembre 2002, n° 24, pp. 1481-1486, spé. 1484

⁹⁷ Le cas des « formats propriétaires » des fichiers informatiques est spécialement intéressant : l'entreprise cocontractante de l'administration qui enregistre les données publiques dans un fichier que seul son programme peut lire (on parle d'un « encapsulage propriétaire ») lie nécessairement la personne publique à continuer à contracter avec elle, sauf à perdre ses données antérieures. C'est cela qui conduit les personnes publiques à réfléchir de plus en plus au recours au « logiciel libre » (sous licence GPL *General Public Licence*), c'est-à-dire dont le code source (le programme tel qu'il a été écrit) est connu et rendu public, ce qui permet de savoir comment récupérer les données. Cette « ouverture » du code retire par conséquent la dépendance que l'on peut avoir face aux entreprises qui ne rendent pas public leur code.

⁹⁸ Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier dite « MURCEF », *J.O.* numéro 288 du 12 décembre 2001 page 19703, article 2 : « Les marchés passés en application du code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs ».

certain que les établissements publics ou les personnes privées visés considèrent cela comme opportun ; et au fond, on pourrait y voir une autre forme de complexité.

Le deuxième défaut porte sur l'approche par les contrats spéciaux qui ne doit pas passer pour un idéal de la classification contractuelle. Elle est en effet critiquée par une partie de la doctrine privatiste⁹⁹, non seulement parce que le contrat « général » n'existe pas, contrairement à ce que l'idée d'un « contrat spécial » laisse entendre¹⁰⁰, mais aussi et surtout parce que, parmi les contrats spéciaux, certains le sont tellement qu'ils ne sont plus considérés comme faisant partie de cette catégorie ; soit qu'ils constituent une catégorie tellement importante qu'elle doit être analysée à part comme c'est le cas des contrats de travail ou ceux du Code de commerce, soit que leur caractère spécial les éloigne de la théorie générale comme c'est le cas du contrat de mariage.

598. On peut *mutatis mutandis* penser la même chose des contrats administratifs spéciaux. Certains ne sauraient être de contrats spéciaux parce qu'ils s'éloignent par trop de la théorie des contrats administratifs, c'est le cas des contrats de plan. D'autres, surtout, forment une catégorie tellement importante qu'elle n'en est plus seulement « spéciale », c'est le cas des contrats de la commande publique. Quels peuvent être alors les différents contrats administratifs spéciaux ?

599. Si l'on se fonde sur le constat auquel on a abouti à la suite de notre analyse généalogique, on ne peut que remarquer l'unité qui existe par la proximité des critères entre toute une série de contrats qui pourraient être présentés comme des « contrats spéciaux ». Marchés publics au sens interne, au sens communautaire, délégations de service public, contrats de partenariat ou même certains baux sur le domaine public ne sont ainsi pas seulement une série de contrats spéciaux mais un ensemble en eux-mêmes. À côté d'eux, on trouve d'autres catégories, mais peu nombreuses : contrats de recrutement d'agents publics, contrats d'occupation domaniale, contrats d'emprunt public, transactions ou contrats de plan... et la liste est difficile à allonger plus avant¹⁰¹. Il faut ajouter que le droit des « marchés publics » au sens le plus large est aujourd'hui soumis à un ensemble de règles et de principes propres qui conduisent, comme le droit du travail ou le droit commercial en droit privé, à le séparer des autres « contrats spéciaux » dont il serait pourtant l'élément essentiel¹⁰².

⁹⁹ Cf. notamment A. BÉNABENT, *Droit civil, Les contrats spéciaux civils et commerciaux*, Paris, Montchrestien, 5^e ed. 2001, spé. n° 1 ; PH. MALAURIE, L. AYNÈS et P.-Y. GAUTIER, *Cours de droit civil, Tome 8 : Les contrats spéciaux*, Paris, Cujas, 13^e ed. 2000, n° 1 ; P.-H. ANTONMATTEI et J. RAYNARD, *Droit civil. Contrats spéciaux*, Paris, Litec, coll. Manuel Jurisclasseur, 3^e ed. 2002, n° 2.

¹⁰⁰ La critique est notamment avancée par A. BÉNABENT, *ibidem*

¹⁰¹ Cf. On se référera à la fin du *Traité des contrats* pour une typologie des contrats de l'administration. On peut penser aux contrats de dépôts ou aux contrats de mandats, mais dont on a dit qu'une partie était des contrats de la commande publique. Parmi les contrats très spécifiques, le cas des contrats de gérance de débit de tabacs doit être le dernier, les autres comme les contrats de transport scolaires ou les contrats d'abonnement téléphoniques ayant changé de statut au profit de délégations de service public pour les premiers ou de contrats de droit privés pour les seconds.

¹⁰² F. BRENET, « La théorie du contrat administratif. Évolutions récentes. », *AJDA*, 2004, chr. p. 919 qui envisage ce développement des contrats administratifs spéciaux comme une éventualité précise : « Il n'est pas exclu enfin que le phénomène de spécialisation provoque à terme l'émancipation de certains régimes juridiques spéciaux par rapport à la théorie générale, à l'image de ce qui s'est passé pour le droit du travail par rapport au code civil ; cette hypothèse ne doit pas être totalement exclue car l'on retrouve de plus en plus fréquemment les

600. Enfin, on le verra, la qualification de « contrat administratif » n'emporte pas les mêmes conséquences que celle des « marchés publics », la première ayant un rôle essentiellement pour la détermination de la compétence contentieuse et pour l'application de règles d'exécution, la seconde ayant un rôle pour la passation et un autre dans l'exécution de ces contrats, différent de celui des contrats administratifs même s'il y a des points de contact.

Ces considérations conduisent à préférer le recours à une notion de commande publique plutôt qu'à développer les « contrats administratifs spéciaux ».

B) Établissement de la définition des contrats de la commande publique

601. L'unité des contrats que l'on regroupe sous le nom générique de « marchés publics » conduit à prendre parti pour une *notion juridique de commande publique* (1) qui oblige à faire quelques remarques avant l'analyse plus précise de sa définition et de son intérêt (2).

1) La définition

602. La notion de commande publique se doit d'être une notion juridique¹⁰³, c'est à ce titre qu'il faut la définir comme le ferait un manuel ou un traité :

« Un contrat de la commande publique est un contrat à titre onéreux par lequel une personne morale de droit public ou une personne privée qui est, soit contrôlée par une ou plusieurs personnes publiques, soit qui a en charge des deniers publics, se procure pour elle-même ou pour les usagers du service public dont elle a la responsabilité des biens corporels ou des services. »

603. La définition proposée est nécessairement large et mérite des limitations. Elle est large parce qu'elle se doit d'être un aboutissement dans l'évolution des marchés publics. Cela la conduit nécessairement à regrouper non seulement l'ensemble des marchés publics au sens des directives communautaires et les contrats qui en sont proches au plan interne comme les délégations de service public, mais aussi les autres contrats nommés ou innomés qui peuvent leur être substitués. Elle mérite des limitations qui sont données par

expressions « règles de la commande publique » ou « règles de la gestion déléguée » dans les écrits de la doctrine ou dans les conclusions des commissaires du gouvernement ». Notre crainte est par conséquent partagée par une partie de la doctrine. La différence avec le droit privé est que le droit de la commande publique – puisque c'est la qualification que nous retiendrons – représente une immense majorité des « contrats administratifs spéciaux ».

¹⁰³ L. RICHER, « L'article 1^{er} du Code des marchés publics doit-il être révisé ? », *AJDA*, 1994, spécial, pp. 13-17 donne une définition de la « définition juridique » que l'on peut prendre comme fondement pour appréhender ce que l'on appelle ici « notion juridique » : « Une définition juridique est un instrument de qualification : elle fournit les éléments qui permettent de décider si un acte ou une situation entre dans une catégorie à laquelle s'applique un régime ».

les sous-catégories contractuelles qui la composent. C'est en cela qu'elle répond aux contraintes fixées : elle est réaliste parce qu'elle respecte les catégories contractuelles actuelles en permettant une simplification et une systématisation de la matière.

604. Pour ce qui est des sous-catégories, un choix est encore possible entre la mise en place d'une *summa divisio* entre les marchés publics et les délégations de service public et la possibilité de proposer d'autres sous-catégories. La première hypothèse pourrait se traduire de la manière suivante :

« Les contrats de la commande publique sont, soit des marchés publics, soit des délégations de service public [renvoi aux dispositions les définissant]. En cas de doute, la distinction est faite en fonction de la rémunération qui doit être substantiellement assurée en fonction des résultats de l'exploitation pour les délégations de service public, à défaut, le contrat sera un marché public. »

Il pourra être prévu des dérogations ponctuelles dans le respect des principes de la commande publique pour des marchés publics particuliers ».

605. La seconde hypothèse, celle d'une multiplication des sous-catégories contractuelles pourrait s'exprimer ainsi :

« Ces contrats comprennent notamment les marchés publics, les marchés européens, les délégations de service public et les contrats de partenariat. Tous sont soumis aux principes de la commande publique et aux dispositions générales attachées à cette qualification, ainsi qu'aux dispositions spéciales qui régissent chaque catégorie contractuelle. »

Le choix reste ouvert entre les deux approches.

606. On penchera pourtant plutôt pour la deuxième approche. Certes, la première permet d'unifier encore les règles plus précises et non d'ouvrir à de nouvelles procédures ou de nouvelles interprétations comme on le voit actuellement avec les contrats de partenariat¹⁰⁴, elle permet aussi de respecter ce qui apparaît souvent comme la grande distinction entre ces contrats : un procédé de *délégation* et un procédé de *gestion* directe mais *d'exécution* transférée¹⁰⁵. Pourtant, certaines considérations nous paraissent dirimantes. La première est que la *summa divisio* impliquerait un grand déséquilibre entre ces deux termes puisque la catégorie des marchés publics est plus importante et diverse que celle des délégations de service public. La seconde, plus importante encore, est que la notion communautaire interdit cette approche, non seulement parce qu'elle lui est étrangère, les directives considérant justement que les concessions et les marchés n'ont

¹⁰⁴ Dans le cadre d'une *summa divisio*, le contrat de partenariat ne serait qu'une sous-catégorie de marchés publics.

¹⁰⁵ La distinction entre ces deux grandes catégories est parfois rappelée par la doctrine : P. DELVOLVÉ, *Droit publics de l'économie*, Paris, Dalloz coll. Précis, 1998, n° 519, p. 610 ; V. HAÏM, « Une délégation de service public est-elle assimilable à un marché public ? », *LPA*, 26 juillet 1995 p. 26. N. SYMCHOWICZ, *Droit public des montages contractuels complexes*, Paris, Groupe imprimerie nationale, coll. Essentiel expert, 353 pp. spé. p.38-39 distingue pour sa part trois modèles : celui de « la gestion déléguée », celui de « la gestion retenue » qui est la logique du marché public et celui du contrat d'occupation domaniale. Dans tous les cas, il faut bien remarquer que ces modèles ont subi de nombreuses atteintes, par le critère de la rémunération qui a conduit à accepter des prix dans les délégations de service public et par les « marchés de service public ». Cf. *supra*.

comme différence que la rémunération, mais aussi parce que les marchés au sens européen ne peuvent entrer dans la catégorie des marchés au sens interne qui est plus restreinte.

2) Premières remarques

607. Les questions du choix du nom de la notion (a) et celui de la hiérarchie entre la commande publique et ses sous-catégories de contrat (b) appellent, avant des explications plus précises, des remarques rapides.

a) Choix du nom de la notion

608. Le choix du nom de « contrats de la commande publique » ou « commandes publiques » est fondé sur deux raisons. La première est la nécessité qu'il y a d'employer un autre terme que celui de « marché public », déjà polysémique¹⁰⁶. L'objectif est en effet de réinventer une notion pour fonder un régime unifié, non de renforcer le trouble et la confusion. La seconde porte sur le terme de commande publique. Ce dernier a été choisi en considérations de plusieurs éléments opposés. On peut remarquer en doctrine l'utilisation de plus en plus courante de ce terme pendant longtemps réservé au vocabulaire administratif¹⁰⁷. Il reçoit jusqu'aujourd'hui une acception doctrinale essentiellement comme terme neutre regroupant l'ensemble de ces contrats. S'il est usité, c'est par conséquent comme terme flou, pour éviter même les notions juridiques¹⁰⁸. Cette considération aurait pu nous faire au contraire éviter son usage. On aurait ainsi pu penser à la notion de « marché administratif », mais c'était l'ancien nom des marchés publics que l'on dépasse et cela peut laisser entendre qu'il y a une compétence administrative qui n'est justement pas absolue ; à celle « d'achat public », impropre au regard du caractère de

¹⁰⁶ On a dit à plusieurs reprises les difficultés qui résultaient de l'utilisation de ce même terme dans le Code des marchés publics interne et dans les directives communautaire ; on peut y ajouter que ce terme prend le sens communautaire dans le cadre de l'application de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative (ancien article L. 22 du code TA-CAA), c'est-à-dire dans un autre sens « interne ».

¹⁰⁷ La Commission centrale des marchés (ancien nom de la Direction des affaires juridiques du Ministère de l'économie et des finances) l'utilisait en effet depuis le milieu des années mille neuf cent quatre vingt comme une partie de la doctrine administrative. cf. J. MOLHO, « Note sur la coordination locale des commandes publiques », *RFAP*, janvier 1985, n° 33, pp. 23-24 ; R. FLANDRIN, « Qualité et commande publique », *RFAP*, janvier 1985, n° 33, pp. 61-67 ; J. BERNARD-CHATELOT, « les perspectives de la commande publique », *Marchés publics*, octobre 1987, n° 229, pp. 19-22). La sous-direction de la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie et des finances qui traite des marchés publics s'appelle d'ailleurs encore « sous direction : commande publique » au terme de l'arrêté du 2 novembre 1998 portant organisation des sous-directions de la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie.

¹⁰⁸ On trouve une position proche in A. MÉNÉMÉNIS, « La Constitution et les partenariats public-privé. Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel du 26 juin 2003 », *Droit administratif*, octobre 2003, n° 191, p. 24-26. Il estime que « Le Conseil englobe dans une catégorie très générale de contrats "relatifs à la commande publique", des contrats qui ne sont pas des marchés (ni même des délégations de service public). Ceci est, il est vrai, d'une parfaite logique, dès lors que les contrats envisagés par l'article 6 de la loi ont [...] des objets proches de ceux des marchés ou des DSP ».

« contrats d'entreprise » et non de « vente » des plus importants de ces contrats ; ou encore à celle « contrats à passation encadrée », bien laide et au fond, si la passation est le propre de ces régimes, elle n'en est pas un critère mais une conséquence¹⁰⁹.

Le choix de transformer cette expression devenue « courante » en notion juridique a donc été choisi. Il est, depuis, renforcé par une considération purement juridique : les textes de loi¹¹⁰ et les décisions du Conseil constitutionnel¹¹¹ employant ce terme¹¹².

b) Hiérarchie et équilibre entre la commande publique et ses sous-notions

609. La définition de la Commande publique, telle qu'elle est posée, comprend donc des sous-catégories dont certaines sont nommées et d'autres innomées. Chacun des contrats nommés est soumis aux dispositions communes à la commande publique ainsi qu'à ses dispositions précises propres. Dans un premier temps, la mise en place d'une notion de commande publique peut par conséquent se faire « à droit constant » dans la mesure où le régime actuel de ces contrats se limite – mais c'est déjà beaucoup – à l'application de principes.

610. Ainsi, le commanditaire va d'abord appliquer les textes régissant les délégations de service public, ceux sur les marchés publics internes, c'est-à-dire le Code des marchés publics ou ceux sur les marchés communautaires. Les autres textes de procédures plus spécifiques ne doivent pas être oubliés : bien entendu maintenant les textes généraux ou spéciaux sur les contrats de partenariat, mais aussi, par exemple le « petit code » applicable aux marchés des sociétés d'économie mixtes¹¹³. Ces sous-catégories ont pour objectif de préciser les règles de passation que l'on n'entend pas imposer à tous les contrats de la commande publique, elles sont un moyen d'adapter les procédures aux buts à atteindre.

Pour les contrats innomés ou pour ceux, nommés, qui n'entrent que partiellement dans les contrats de la commande publique, le régime applicable est constitué des seuls principes et, à terme des dispositions communes à tous les contrats qui auront cette qualification.

¹⁰⁹ D'autant que d'autres contrats sont soumis à procédure sans être de a commande publique, par exemple les ventes de biens domaniaux (article L 69 du code du domaine de l'État, qui prévoit d'ailleurs que les ventes « *doivent être faites avec publicité et concurrence* »).

¹¹⁰ Le Titre 1 de la loi MURCEF (Cf. Note 98) s'intitule par exemple : « *marchés publics, ingénierie publique et commande publique* ».

¹¹¹ Le Conseil, qui cite les à plusieurs reprises le terme de commande publique va jusqu'à reconnaître le « *droit commun de la commande publique* ». Cf. Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, 18^e considérant.

¹¹² Décision n° 2002-460 DC du 22 août 2002 *Loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure*, 7^e considérant, décision n° 2002-461 du 29 août 2002 *Loi d'orientation pour la justice*, 5^e considérant, et n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, 10^e et 18^e considérants. Cf. *infra* Titre 2^e.

¹¹³ Le « petit code » est le nom que la doctrine donne parfois au décret n° 93-584 du 26 mars 1993 *relatif aux contrats visés au I de l'article 48 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*

SECTION 2^È : CONTENU DE LA NOTION

611. La notion telle qu'elle a été posée d'« *un contrat de la commande publique, contrat à titre onéreux par lequel une personne morale de droit public ou une personne privée qui est, soit contrôlée par une ou plusieurs personnes publiques, soit qui a en charge des deniers publics, se procure pour elle-même ou pour les usagers du service public dont elle a la responsabilité des biens corporels ou des services* » mérite quelques explications. Elle part d'abord du postulat que les contrats de la commande publique sont des contrats (§ 1^{er}), ce qui ne devrait pas être un débat comme on en a pourtant vu les prémisses. Elle se fonde ensuite sur trois éléments principaux que sont le critère organique (§ 2^e), le critère matériel (§ 3^e), ainsi que sur le caractère onéreux du contrat qu'il faut entendre de la façon la plus large (§ 4^e).

§ 1^{er} : Le caractère contractuel des actes de la commande publique

612. Les marchés publics ont toujours été définis comme devant être des contrats. Cette exigence était souvent implicite dans les premières réglementations post-révolutionnaires, elle est devenue explicite dans les textes ultérieurs et cela aussi bien en droit interne que pour les différentes directives communautaires. Cette condition trouve un certain nombre de justifications dans l'histoire du contrat en droit administratif et dans l'approche de la doctrine administrativiste fondée sur les rôles de chacune des catégories d'actes : le contrat et l'acte unilatéral. (A). À partir du moment où la forme contractuelle est devenue un critère juridique posé expressément, critère qui limitait le champ d'application des marchés publics et qui limite aujourd'hui celui de la commande publique, il a fallu préciser la notion de contrat afin d'en déterminer les contours. Cet exercice est aujourd'hui assurément périlleux tant les plus grands auteurs s'y sont risqués et tant il est difficile de prendre position. Pourtant, en partant de traits communs du contrat, on peut en notre matière éviter un certain nombre des controverses par un autre constat : tous les contrats de la commande publique, au-delà de leur qualification de contrats, doivent être des actes synallagmatiques. (B).

A) La forme contractuelle, une exigence dans tous les contrats de la commande publique

613. La forme contractuelle des « marchés publics » est une constante. Elle a suivi l'évolution des marchés et n'a jamais été remise en cause, même par le droit communautaire qui aurait pu le vouloir pour étendre le champ d'application des

procédures de passation. Cette situation (A) a des justifications historiques et théoriques qu'il convient de préciser (B).

1) Une exigence constante

614. La forme contractuelle des « marchés » est constante dans toutes les législations et réglementations post-révolutionnaires. Cette affirmation, dont on verra qu'elle ne fait pas de doute aujourd'hui, peut apparaître comme un sophisme pour les législations jusqu'à la fin du XIX^e siècle. Comme le laisse entendre LITTRÉ au deuxième tiers de ce siècle¹¹⁴, la notion même de marché est alors entendue – au moins dans certaines de ses utilisations – comme synonyme de « contrat ». Dire que les marchés sont tous des contrats semble par conséquent à la fois facile et peu scientifique. Pour autant, si l'on veut aller plus loin, il est possible de déduire des textes des lois et décrets imposant les procédures de passation que la forme contractuelle est effectivement requise.

615. Ainsi, le décret des 7-11 septembre 1790¹¹⁵ utilise-t-il le terme de marché mais en précisant ensuite qu'il peut y avoir des contentieux concernant l'interprétation ou l'exécution des « clauses du marché », ce qui sous-entend la conclusion d'un contrat. On retrouve exactement cette référence aux « clauses » dans la fameuse loi du 28 pluviôse An VIII¹¹⁶. De la même manière, le décret des 8-10 juillet 1791 mentionne-t-il le fait de « passer le marché »¹¹⁷, la « passation » qui est un terme éminemment contractuel laisse penser que cette forme d'acte est requise. Ensuite, les deux textes des 20 septembre – 14 octobre 1791¹¹⁸ et 9 fructidor An VI¹¹⁹ utilisent pour leur part le terme « d'entreprise » qui fait référence aux contrats d'entreprise de droit privé tel qu'on le retrouve à partir de 1804 dans le Code civil. Dernier exemple qui est aussi, nous semble-t-il, le plus probant : la loi du 31 janvier 1833¹²⁰ qui va fonder les deux ordonnances de 1836 et 1837 met en place les procédures communes de passation et prévoit un état annuel de tous les marchés de plus de 50 000 F au bénéfice de l'Assemblée nationale. La loi dispose que cet état « indiquera le nom et le domicile des *parties contractantes*, la durée, la nature et les principales conditions du *contrat* ». Le terme de contrat est explicite, il le restera dans tous les textes postérieurs.

¹¹⁴ LITTRÉ écrit son dictionnaire de la langue française entre 1863 et 1872

¹¹⁵ Décret 7-11 septembre 1790, *relatif à la forme de procéder devant les autorités administratives et judiciaires, en matière de contributions, de travaux publics, et de commerce, et à la suppression des cours, tribunaux et juridictions d'ancienne création*, DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 1 page 359, spé. art. 6.

¹¹⁶ Loi du 28 pluviôse An VIII (17 février 1800), *concernant la division du territoire français et l'administration*, spécialement art. 4 qui fixe la compétence des Conseils de préfecture.

¹¹⁷ Décret des 8-10 juillet 1791 *concernant la conservation et le classement des places de guerre et postes militaires, la police des fortifications et autres objets y relatifs*, DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 3, p. 92, spé. article 4.

¹¹⁸ Décret 20 septembre-14 octobre 1791 *Relatif aux commissaires des guerres* ; DUVERGIER, *Lois et décrets*, tome 3, page 319

¹¹⁹ Arrêté du directoire exécutif du 9 fructidor an VI (26 août 1798) *Sur les marchés, entreprises et fournitures du département de la marine*, DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 10, page 334

¹²⁰ Loi du 31 janvier 1833 *Portant règlement définitif du budget de 1829*, spé. art. 12.

616. Le Code des marchés publics de 1964 lève le doute sur ce point puisqu'il dispose dans son article 1^{er} que « *les marchés publics sont des contrats [...]* », texte repris à l'identique dans les articles 1^{er} des codes de 2001 et 2004. Le droit interne ne s'est de surcroît pas limité aux marchés publics au sens strict puisque les autres « actes de commande publique » sont aussi définis comme devant être des contrats. Ainsi, la loi MURCEF du 11 décembre 2001¹²¹ le requiert pour l'ensemble des délégations de service public¹²². Ce point, qui apparaissait clairement dans l'ensemble de la doctrine avant la loi¹²³, permet de considérer de façon certaine que toutes les catégories que sont les concessions, les affermages ou les régies intéressées qui sont des délégations de service public doivent respecter cette forme, les délégations unilatérales ne sont pas soumises à la loi Sapin ou aux articles L. 1411-1 et s. du CGCT. Les contrats de partenariat – de création récente – ne dérogent pas non plus à cette règle puisque l'ordonnance qui les crée commence par dire que « *les contrats de partenariat sont des contrats [...]* »¹²⁴. Enfin, la modification récente de la loi MOP par l'ordonnance du 17 juin 2004 insiste aussi sur le caractère contractuel des mandats de la loi MOP qui étaient auparavant qualifiés de « conventions »¹²⁵.

617. Les directives communautaires sont venues appuyer ce que le droit français prévoyait. Dès la directive « Travaux » du 26 juillet 1971¹²⁶, la levée des restrictions aux prestations entre les différents pays de la communauté s'applique aux marchés notamment quand « *a été conclu un contrat* »¹²⁷. Les directives postérieures sont encore plus claires sur ce point puisque, comme le droit interne, elles précisent aujourd'hui que « *les*

¹²¹ Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 *Portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier*, J.O. n° 288 du 12 décembre 2001 page 19703. Le caractère contractuel des délégations de service public ne faisait aucun doute avant même la loi MURCEF si l'on s'en réfère à deux avis du Conseil d'État en date du 9 mars 1995 *Transports publics de la région parisienne*, EDCE 1995 p. 402 et du 28 septembre 1995 *Gaz et chutes hydro-électriques*, EDCE 1995 p. 402, note G. GUGLIELMI, RFD 2001, p. 353

¹²² La définition des délégations de service public que la loi MURCEF insère à l'article 38 de la loi Sapin et à l'article L. 1411-1 du CGCT dispose clairement le caractère contractuel de ces actes : « *Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service.* »

¹²³ La solution unanime était fondée sur deux avis du Conseil d'État, le premier à propos des transports publics de voyageur en Île-de-France (CE, Sect. TP, avis adm. du 9 mars 1995, n° 356931, EDCE 1995, p. 399) et l'autre à propos des autorisations de transport de gaz et des chutes hydro-électriques (CE, Sect. TP, Avis adm. 28 sept. 1995, n° 357262 et 357263, EDCE 1995, p. 402).

¹²⁴ Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 *sur les contrats de partenariat*, J.O. n° 141 du 19 juin 2004 page 10994 texte n° 2

¹²⁵ L'ordonnance n° 2004-566 du 17 juin 2004 *portant modification de la loi no 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée*, J.O. 19 juin 2004, texte n° 27 modifie l'article 5, 1^{er} al. en précisant qu'il s'agit d'un « *contrat* » et remplace à deux reprises le mot « *convention* » par celui de « *contrat* » dans les a) et b) du même article.

¹²⁶ Directive 71/304/CEE du Conseil, du 26 juillet 1971, *Concernant la suppression des restrictions à la libre prestation de services dans le domaine des marchés publics de travaux et à l'attribution de marchés publics de travaux par l'intermédiaire d'agences ou de succursales*, J.O.C.E. n° L 185 du 16/08/1971, pp. 1-4.,

¹²⁷ Directive 71/304/CEE précitée, art. 3-1 a)

"marchés publics" sont des contrats [...] »¹²⁸ de la même manière qu'elles disposaient auparavant soit que « les marchés sont des contrats [...] »¹²⁹, soit « qu'on entend par marché public de service les contrats conclus [...] »¹³⁰. En revanche, la communication sur les concessions est moins claire sur ce point, elle semble vouloir aller rechercher la délégation au-delà de la forme contractuelle. Cette position engendre les plus vifs reproches doctrinaux.

La référence constante au mode contractuel trouve plusieurs justifications historiques et théoriques qui ne sont pas sans lien avec la place des personnes publiques ou de l'argent public dans ces contrats.

2) Justifications de la nécessité d'un contrat

618. La raison d'être des procédures de mise en concurrence lors de la passation des contrats et non des actes unilatéraux provient en partie de l'approche historique des contrats dans l'action administrative. Les contrats et les actes unilatéraux sont tous deux des moyens de régler des rapports entre personnes, que leurs intérêts soient communs ou opposés. Le contrat règle ces situations par un accord des volontés sur les moyens et les objectifs à atteindre, l'acte unilatéral les règle par l'imposition d'une volonté unique, un pouvoir, une autorité qui contraint les citoyens. La traduction juridique de cette approche était historiquement bien plus marquée qu'aujourd'hui.

619. Durant tout le XIX^e siècle, l'acte unilatéral, modalité normale d'exercice de la souveraineté, était marqué par une soumission forte au droit public et trouvait sa force dans les prérogatives de puissance publique qu'il mettait en œuvre. En tant qu'acte de souveraineté, les actes unilatéraux ne devaient pas se voir imposer des règles contraignantes de passation, cela surtout aux époques où chaque marché était autorisé par l'Assemblée nationale¹³¹. À l'inverse, le contrat était bien plus la marque du compromis, de la personne publique qui agissait comme une personne privée, en dehors de sa qualité d'autorité publique ; la personnalité juridique qu'on lui reconnaît alors est une personnalité

¹²⁸ Directive 2004/18 du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, JOUE L134 du 30 avril 2004, article 1^{er}, 2 a) & directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, JOUE L. 134 du 30 avril 2004, article 2 a) qui se différencie de la directive 2004 en ce qu'elle précise que « Les "marchés publics de fournitures, de travaux et de services" sont des contrats [...] ».

¹²⁹ Directive 93/37/CEE du 14 juin 1993, article 1-a « les marchés publics de travaux sont des contrats [...] » et directive 92/50 du 18 juin 1992 art 1-a « les marchés publics de service sont des contrats [...] ».

¹³⁰ Directive 93/36/CEE du 14 juin 1993 « On entend par marché public de fourniture [...] les contrats conclus par écrit [...] ».

¹³¹ Loi de finance 21-28 avril 1832 : « art 10 : Nulle création, aux frais de l'État d'une route, d'un canal, d'un grand pont sur un fleuve ou une rivière, d'un ouvrage important dans un port maritime, d'un édifice ou d'un monument public, ne pourra avoir lieu, à l'avenir, qu'en vertu d'une loi spéciale ou d'un crédit ouvert à un chapitre spécial du budget. » Cette compétence législative sera reprise par le sénatus-consulte 25 décembre 1852, puis on verra un retour à la compétence de l'exécutif pour les travaux de l'État par la loi du 27 juillet 1870. Sur ce point, voir aussi « De la compétence respective du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif en matière d'autorisation de travaux publics d'après la loi du 27 juillet 1870 ». In *Mélanges Travaux publics*. Salle de droit public, Université Paris II Panthéon-Assas, n° A 124

civile, elle était donc soumise normalement au droit privé. C'est ainsi que la théorie des actes d'autorité et des actes de gestion, formalisée notamment par le Président E. LAFERRIÈRE¹³² tourne essentiellement autour d'une distinction entre actes unilatéraux et actes contractuels, même s'il faut noter que les concessions font partie selon lui des actes de puissance publique ayant un caractère contractuel¹³³.

620. Cette distinction était spécialement justifiée en matière de marché public. Théoriquement, les personnes publiques qui veulent encore aujourd'hui se procurer des biens ont le choix entre les deux modes d'actions que sont l'usage de la puissance publique, mode qui prend les formes principales de la réquisition ou de l'expropriation¹³⁴, et le mode classique des relations commerciales pour les personnes privées qu'est le contrat¹³⁵.

621. Au XIX^e siècle, le choix de la forme contractuelle avait pour conséquence l'application du Code civil¹³⁶. En effet, on considérait que la personne publique choisissait un mode d'action de personne privée et qu'elle se soumettait par conséquent au droit privé, cela sous la seule limite des textes attributifs de compétence *rationae materiae*¹³⁷. Au fil des évolutions jurisprudentielles, la qualité de contrat administratif a été reconnue aux contrats en fonction des critères des clauses exorbitantes du droit commun et de la

¹³² E. LAFERRIÈRE, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger Levrault ed. 1887. Spé. tome 1, p. 429 : « On ne doit donc pas considérer, comme échappant de plein droit à la compétence judiciaire, tout acte émané de l'administration, toute opération accomplie ou prescrite par elle en vue d'un intérêt général ; mais seulement les actes et les opérations qui se rattachent à l'exercice de la puissance publique [...] ».

¹³³ *ibidem*, pp. 549-569, E. LAFERRIÈRE cite parmi les « contrats administratifs par leur nature » les concessions, les engagements militaires, les fonctions et emplois publics et les engagement décennaux dans l'instruction publique. On verra *infra* B) que ces contrats mettent partiellement le cocontractant de l'administration ou les tiers dans une situation réglementaire (LAFERRIÈRE parle « d'actes de puissance publique auxquels s'ajoute un élément contractuel » Tome 1, p. 549) mais aussi que cette approche par le contentieux n'est pas la plus adaptée à notre matière de la commande publique.

¹³⁴ Il est évident que cette liberté est tout à fait théorique puisque les réquisitions ne sont possibles que dans des cas très restreints (notamment par la loi du 11 juillet 1938 *sur l'organisation de la nation pour le temps de guerre*, titre 2). Sur ce point voir M. et A. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey, 12^e ed. 1933, p. 956 et s., spé. p. 957 : « La réquisition proprement dite, qui est un acte de puissance publique consistant dans la mainmise par l'État, indépendamment de toute consentement ou accord sur le prix et sans indemnité préalable, sur les choses nécessaires aux besoins de l'armée (ou de la population civile) ». Par ailleurs, la réquisition d'un bien immobilier n'est pas comparable à un marché public puisqu'il n'y pas de transfert de propriété, la procédure unilatérale correspondante est par conséquent l'expropriation. Sur ces deux procédures, voir R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, 14^e ed., 2000, Tome 2, n° 840 et s.

¹³⁵ Les actes de gestion sont souvent abordés comme étant ceux qui portent sur les personnes publiques agissant comme « propriétaire » dans les conditions des personnes privées. À cet égard, on peut analyser le marché public comme l'acte visant, pour la personne publique à devenir propriétaire. Pour une analyse des actes de gestion comme portant sur le caractère de propriétaire, cf. par exemple F. BURDEAU, *Histoire du droit administratif*, Paris, PUF ed. 1995, p. 131.

¹³⁶ Comme le dit Y. GAUDEMET, in « Prolégomènes pour une théorie des obligations en droit administratif français », *Mélanges J. GAUDEMET, Nonagesimo anno*, Paris, 1999, pp. 613-627 : « [le droit administratif] s'est construit autour de l'acte administratif unilatéral, comme le droit civil s'est construit autour du contrat. »

¹³⁷ On pense bien évidemment en premier lieu à la loi du 28 pluviôse An 8 pour les travaux publics et au décret du 11 juin 1806 *Décret sur l'organisation et les attributions du Conseil d'État*, DUVERGIER *Lois et décrets*, Tome 15 page 376 pour les marchés de fournitures. Sur ce dernier texte et ses différentes interprétations, cf. *supra*.

participation au service public, mais la forme contractuelle était bien à l'origine l'apanage du droit privé. Partant, si l'on s'en réfère à la distinction entre actes d'autorité et actes de gestion qui a longtemps fondé la compétence et l'application du droit administratif¹³⁸, les marchés publics étaient pour l'essentiel des contrats de droit privé, spécialement pour ce qui concerne les collectivités locales¹³⁹.

622. La référence à une forme contractuelle dans le cadre des marchés publics ne peut se concevoir qu'en prenant à la fois en compte le développement des « contrats administratifs » c'est-à-dire la reconnaissance des contrats comme mode d'action administratif parallèlement aux actes unilatéraux ; mais aussi en faisant la différence entre « contrats administratifs » et « contrat de la commande publique ». En effet, d'une part le développement des contrats administratifs est bien postérieur aux réglementations mettant en place des procédures de passation¹⁴⁰, et d'autre part les procédures de passation elles-mêmes n'ont jamais été un critère pour reconnaître le caractère administratif à un contrat¹⁴¹.

623. Pourtant, il est aussi possible de faire un rapprochement entre les contrats de la commande publique et les contrats administratifs dans la mesure où ils sont tous les deux marqués par l'acceptation d'une part de puissance publique dans le contrat : c'est l'idée même d'un contrat « administratif » différent du droit privé pour les premiers ; c'est l'idée de procédures de passation obligatoires, contraignantes, et justifiées non plus seulement sur le fondement de la bonne gestion mais aussi sur une part de mise en concurrence pour les seconds. C'est ce qui a motivé que durant l'essentiel du XIX^e siècle on a pu avoir des règles de passation, réservées aux contrats appelés « marchés », mais qui n'étaient que des règles de bonne gestion qu'il était possible de ne pas respecter et dont la nature était d'être des contrats « de droit privé » puisque soumis aux juridictions et au code civils¹⁴². L'évolution parallèle de la puissance publique dans les contrats a conduit à une double publicisation des marchés : en amont avec le développement du caractère

¹³⁸ Sans forcément fonder toutes les règles de compétence sur cette distinction, des auteurs comme AUCOC et DUCROCQ montrent le retour de la compétence judiciaire, notamment en matière de marchés. Pour AUCOC, cf. ses *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'école des ponts et chaussées*, spé. tome 2 p. 308, n° 622, mais surtout ses conclusions sous l'arrêt CE 20 février 1869 *Pinard*, rec. p. 188-199 avec conclusions en note. Pour DUCROCQ, cf. *Cours de droit administratif*, Paris, A. Fontemoing ed., 1897, Tome 2, spé. n° 530 et s.

¹³⁹ Cf. *Infra* les développements sur la personnalité juridique des collectivités locales et ceux sur la force contraignante des réglementations des marchés publics.

¹⁴⁰ Avant même que les marchés soient analysés comme des contrats administratifs, il y avait une application des procédures de passation issues des textes précités, textes qui font expressément référence aux contrats et excluent ce faisant les actes unilatéraux. On pourrait presque dire que les procédures de passation sont devenues juridiquement contraignantes en 1909, c'est-à-dire avant que les « contrats administratifs » ne soient reconnus comme une catégorie doctrinale spécifique avec G. JÉZE en 1927.

¹⁴¹ À l'inverse par exemple des cahiers des clauses administratives générales ou spéciales, analysés comme des clauses exorbitantes du droit commun, mais qui organisent essentiellement l'exécution du contrat et non sa passation.

¹⁴² Sous l'exception notable toutefois des marchés de travaux publics que la loi du 28 pluviôse An 8 soumettaient à la compétence du juge administratif. Le décret du 11 juin 1806 *Décret sur l'organisation et les attributions du Conseil d'État*, DUVERGIER *Lois et décrets* tome 15 page 376 à propos des marchés de fournitures a eu une application très diverse, sur ce point, cf. *infra*.

contraignant des procédures de passation, en aval avec la soumission à la juridiction administrative. Pourtant, malgré cette évolution, jamais le caractère contractuel des marchés n'a été remis en cause, jamais on n'a assisté à une publicisation des règles de passation au point qu'elles fussent s'appliquer aux actes unilatéraux.

624. Le droit communautaire, qui est marqué par un retour des marchés publics passés par des personnes privées, a lui aussi suivi cette limitation à des actes contractuels. Il est possible de trouver deux justifications à ce maintien : d'abord l'influence du modèle français qui a servi de fondement au droit communautaire des marchés publics. Ensuite, il faut penser que l'Europe abordait ces procédures comme des règles de concurrence, or l'activité la plus marquée par la puissance publique, celle qui s'exerce normalement par actes unilatéraux, constituait une exception à l'application du droit de la concurrence du Traité. Il aurait ainsi été pour le moins étrange de soumettre à des procédures de « mise en concurrence » des activités que l'on évacuait de l'application du droit de la concurrence général.

B) La notion de contrat en droit de la commande publique

625. Les débats doctrinaux qui concernent les contrats sont nombreux en droit administratif. On peut par exemple penser à la place de la théorie de l'autonomie de la volonté, aussi bien en ce qu'elle serait la source de la force exécutoire des contrats¹⁴³ qu'en ce qu'elle pose la question de la différence entre la volonté de l'administration¹⁴⁴ et des

¹⁴³ Cette conséquence de la théorie de l'autonomie de la volonté n'a pas été aussi fondamentale que ce que l'on a bien voulu dire parfois comme l'ont montré certains auteurs. Cf. L. CASTRO, « Deux ouvrages récents sur l'idée de contrat », *Arch. philo. drt.*, 1968, p. 51 et s., spéc. p. 55 et s. ; F. TERRÉ, « Sur la sociologie juridique du contrat », *Arch. philo. drt.*, 1968, p. 71 et s., spéc. p. 72 ; M. VILLEY, « Le contrat (Préface historique à la notion de contrat) », in *Seize essais de philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1969, p. 234 et s. ; G. WICKER, *Les fictions juridiques, Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, Paris, LGDJ, 1997, n°13 et s. p. 25 et s. En tout état de cause, la doctrine privatiste comme publiciste admet aujourd'hui un « déclin » de cette théorie pour fonder la force exécutoire des contrats. Pour un aperçu de la doctrine privatiste nombreuse, cf. A. DANIS-FATÔME, *Apparence et contrats*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, Tome 414, préface de G. VINEY, n° 843 et s. ; G. CORNU, « L'évolution du droit des contrats en France », *Journées de la société de législation comparée*, 1979, vol. 1, p. 447 et s., spéc. n°7 ; J. GHESTIN, « La notion de contrat », *Dalloz*, 1980, Chr. p. 147, spéc. p. 148 et s. Pour le droit public, Cf. J. WALINE, « Le rôle de la volonté dans la théorie de l'acte administratif unilatéral et dans le droit civil des contrats », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques, Mélanges A. RIEG, Bruylant-Bruxelles*, 2000, p. 869 et s., spéc. p. 873 ; H. KELSEN « La théorie juridique de la convention », *Arch. Philo. drt.*, 1940, pp. 33-76 dans lequel l'auteur tente de démontrer l'inapplicabilité de la théorie de l'autonomie de la volonté pour justifier de sa force obligatoire. Voir aussi sur l'autonomie de la volonté des personnes publiques, J.-D. DREYFUS, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, Paris, L'Harmattan, 1997, spé. pp. 145-152

¹⁴⁴ Le principe de l'autonomie de la volonté apparaît partiellement contradictoire avec les notions de fonctions et de compétences en droit administratif. C'est notamment sur ce fondement que le commissaire du gouvernement GAND estime que l'autonomie de la volonté est un principe « essentiellement civiliste » dans ses conclusions sur l'arrêt CE 28 novembre 1958 *Dame Veuve Langlois et Sieur Rolland de Chambaudouin d'Erzeville*, rec. pp. 590-599 avec conclusions GAND, voir spécialement p. 595 pour la phrase qui nous intéresse.

administrateurs¹⁴⁵ ; on peut penser aussi à la classification des contrats selon DUGUIT¹⁴⁶, à la différence entre les contrats et les traités internationaux ou plus classiquement aux critères de distinction entre contrats administratifs et contrats de droit privé. Tous ces débats touchent plus ou moins directement les marchés publics, mais il est possible de montrer l'évolution de la notion de marchés publics et de définir celle de commande publique en évitant de rentrer trop avant dans les détails de ces controverses.

626. La notion de contrat est en elle-même difficile à définir, mais l'on peut chercher à donner les critères sur lesquels la doctrine s'accorde, au moins dans le cadre des contrats de la commande publique. L'intérêt est en effet de constater que les actes juridiques qui ne rempliraient pas ces critères minimums ne « seraient pas des contrats » et n'auraient pas, par conséquent, à être passés en respectant les principes et le régime applicable à la commande publique. Il s'agit donc de distinguer d'abord les critères qui définissent les contrats, notamment par rapport aux actes unilatéraux (1) ; mais aussi de constater ensuite que les contrats de la commande publique ont d'autres spécificités, et notamment leur caractère nécessairement synallagmatique. Or, ce caractère est bien plus important qu'il n'y paraît, il n'est pas qu'un simple critère à ajouter au caractère contractuel ; il nous permet ensuite d'inverser la proposition habituelle et de dire que ce qui est requis par le droit de la commande publique c'est un « acte synallagmatique », ce qui rend effectivement obligatoire la passation d'un contrat (2). Enfin, on constatera que le caractère écrit des actes de la commande publique est seulement complémentaire (3).

1) La notion de contrat en droit administratif ou la distinction entre le contrat et l'acte administratif unilatéral.

627. La notion de contrat en droit administratif est au minimum proche sinon identique à celle du droit privé¹⁴⁷. Elle doit donc correspondre, au moins en partie, à celle que donne l'article 1101 du code civil : « *Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose* ». La

¹⁴⁵ Cf. M. HAURIOU, « La déclaration de volonté en droit administratif », *RTDCiv*, 1903 p. 543

¹⁴⁶ À propos de cette classification, voir DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel, troisième ed.*, Paris, A. Fontemoing ed. Tome 1, 1927 § 37 à 40a (pp. 367-433) et *Les transformations du droit public*, 1913, *Librairie Armand colin*, spé. pp.121-146 et 161-165. Pour une analyse de cette classification et un renvoi aux auteurs allemands auxquels DUGUIT fait référence, cf. S. FLOGAÏTIS, « Contrats et acte administratif unilatéral », *Mélanges Braibant*, pp. 229-251

¹⁴⁷ La question de la similitude de la notion de contrat entre le droit public et le droit privé a évolué dans le sens d'une différenciation, notamment du fait de la distinction entre actes unilatéraux et actes contractuels qui existe en droit public mais qui n'est pas abordée en droit privé (Pour l'analyse des actes unilatéraux du droit privé malgré l'absence de controverse doctrinale sur leur existence, cf. X. DUPRÉ de BOULOIS, *La puissance privée : contribution à l'étude du pouvoir de décision unilatéral*, Thèse, Paris 2, 2000). Il suffit pour se convaincre de cette évolution de comparer les deux premières éditions du *Traité des contrats* de A. de LAUBADÈRE, celle de 1956 (tome 1, Paris, *LGDJ*, 1956 n° 3 et s.) et celle de 1983-84 (Tome 1, Paris, *LGDJ*, 1983, n° 4 et s. p. 18 et s.). Remarquons toutefois que la différenciation n'est pas si récente puisque DUGUIT insistait déjà sur les différences entre contrats et conventions et développait par conséquent une doctrine différente de celle du droit privé cf. L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, *Anc. Librairie Fontemoing ed.*, E. Boccard successeur, 3^e ed., Tome 3, 1930, p. 44

doctrine administrativiste s'accorde effectivement sur des éléments communs avec le code civil¹⁴⁸, et notamment sur la nécessité d'un accord de volontés pour l'existence du contrat (a). Mais, outre le fait qu'elle considère que l'accord de volontés doit être formalisé dans un acte juridique, elle précise surtout que l'accord de volontés n'est un contrat que s'il a pour objet de créer des effets de droit (b) et, spécificité du droit public, si ces effets portent, au moins partiellement, sur les droits subjectifs des parties (c).

a) Un acte formalisant un accord de volontés

628. La doctrine civiliste fait de l'accord de volontés l'élément fondamental, et pour certains auteurs unique, de la qualification de contrat¹⁴⁹. Si le droit administratif ne reconnaît pas le caractère unique de ce critère, s'il refuse une définition large qui en réalité comprend toutes les conventions, il reste qu'il accepte le caractère essentiel de cette exigence. La distinction entre les actes unilatéraux et les contrats tient d'ailleurs en grande partie à ce critère. Pour autant, la présence d'un accord de volontés n'est pas en-soi suffisante, il faut encore que cet accord de volontés soit une condition essentielle de la validité de l'acte. On peut en effet envisager – et il ne s'agit pas ici d'une hypothèse théorique – que le bénéficiaire d'un acte unilatéral soit d'accord avec la volonté de l'administration de le soumettre aux dispositions d'un acte. Il en est ainsi des actes accordant un permis de construire et, en général, des actes accordant des autorisations¹⁵⁰. Or, cet accord de volontés ne transforme pas l'acte unilatéral en contrat. La raison en est que la validité de l'acte ne dépend pas de l'accord des volontés, ce qui sous-entend qu'en cas de désaccord de l'administré, il serait malgré tout contraint d'appliquer l'acte en cause.

À l'inverse, un contrat n'entre dans l'ordre juridique que par l'accord des volontés¹⁵¹. L'application en droit public des vices du consentement issus du droit privé est d'ailleurs là pour mettre en valeur cet échange de consentements, le vice, source de nullité du contrat pouvant trouver son origine dans la volonté de l'administration ou dans celle de son cocontractant¹⁵².

629. Par ailleurs, l'accord des volontés n'a pas à être précédé de la moindre négociation contractuelle et les obligations des cocontractants ne sont conditionnées par aucune exigence de réciprocité. Ainsi, contrairement à ce qu'affirme DUGUIT, on ne saurait retirer aux contrats d'adhésion leur caractère contractuel¹⁵³. Cette question a

¹⁴⁸ Notons que l'on ne peut revenir sur ce point aux éléments que nous donnerait le droit romain dans la mesure où celui-ci ne connaissait pas de définition générale du contrat mais seulement des catégories de contrats distincts dans leur mode de formation. Sur ce point, cf. G. PÉQUIGNOT, *Théorie générale du contrat administratif*, LGDJ, A. Pedone ed., 1945, Thèse Montpellier, 625 pp.

¹⁴⁹ Voir sur ce point J. GHESTIN, « La notion de contrat », *Droits*, n° 12, 1990, pp. 7-24

¹⁵⁰ Par exemple : les nominations, les délégations unilatérales de service public ou les permis de voiries.

¹⁵¹ Cela ne veut pas dire que cet accord est le seul critère mais qu'il est un critère nécessaire.

¹⁵² B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2003, p. 191 et s.

¹⁵³ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel, troisième ed.*, Paris, A. Fontemoing ed. Tome 1, 1927, § 37 « Il y a un certain nombre d'actes, considérés jusqu'ici comme contractuels, qui ne sont, en réalité, que des actes unilatéraux et auxquels, par suite, il ne faut point appliquer le droit commun des contrats, par exemple les actes que l'on qualifie de

notamment de l'importance dans notre matière puisque, sans pouvoir être tous qualifiés de contrats d'adhésion, les marchés publics voient l'essentiel de leurs clauses fixées par des Cahiers des clauses administratives ou techniques. Certes, ces cahiers ne sont pas tous obligatoires¹⁵⁴, mais ils continuent à être appliqués par les administrations par souci de se mettre dans une situation protectrice et de ne pas s'imposer des clauses dont la légalité serait douteuse. DUGUIT met en avant le caractère objectif du contenu du contrat d'adhésion pour justifier la perte de sa qualité de contrat, caractère objectif issu du fait que l'auteur du contrat est la seule personne publique. Il est pourtant possible d'apporter une critique à cette approche : le contenu du contrat peut parfaitement être subjectif, tant du point de vue des droits subjectifs des administrés que de ceux de la personne publique.

630. DUGUIT part en effet de l'idée que c'est la rédaction unilatérale de l'acte qui caractérise les actes unilatéraux, c'est par conséquent ce qui leur donne leur caractère objectif. À l'inverse, ce qui caractérise les contrats c'est qu'ils sont « négociés », c'est le bi- ou multi-latéralisme de la rédaction qui implique la prise en compte des droits subjectifs des parties. Il en tire la conclusion qu'un acte non négocié est un acte objectif, donc que ce n'est pas un contrat. Pourtant, le lien logique entre la rédaction « unilatérale » et le caractère objectif des clauses ainsi rédigé n'est pas recevable. La personne publique peut bien prendre en compte les droits subjectifs de ses cocontractants ou les siens dans la rédaction unilatérale des clauses. La seconde est que DUGUIT oublie ici que le cocontractant de l'administration donne son accord pour se voir appliquer les dispositions du contrat, même s'il n'a pas participé à son écriture. Le fait que l'acte ne soit pas applicable sans cet accord suffit en réalité à bien faire rentrer les contrats d'adhésion dans la catégorie de contrats.

631. La réciprocité des obligations n'est pas non plus une condition de la qualification de contrat. Ainsi, l'offre de concours¹⁵⁵ est un contrat alors qu'un seul des deux cocontractants s'engage envers l'autre. On parle alors de « contrat unilatéral » dans la mesure où cet acte est un contrat puisque l'accord des deux cocontractants est nécessaire à l'existence de l'acte ; mais où, par ailleurs, les prestations sont unilatérales, c'est-à-dire que le contrat n'oblige qu'une des deux parties¹⁵⁶. On verra que les offres de concours ne

contrats d'adhésion. Le contrat d'adhésion paraît être, en réalité, un acte unilatéral. C'est celui par lequel une personne se soumet volontairement à un droit objectif préexistant ».

¹⁵⁴ Les véritables cahiers des charges types sont normalement obligatoires et approuvés par les lois ou règlements. C'est notamment le cas pour certains contrats de l'État (en matière de concessions d'électricité et de gaz), les collectivités locales bénéficiant aujourd'hui d'une plus grande liberté sur ce point, cela depuis la loi du 22 juillet 1982 qui précise dans son article 13-I que les cahiers des charges deviennent des « modèles » non obligatoires. Les grands CCAG des marchés publics sont pour leur part facultatifs même pour l'État malgré leur approbation par décret, mais justement parce que les décrets en question précisent qu'ils ne sont applicables qu'aux marchés qui s'y réfèrent. (Décret 76-87 du 21 janvier 1976 pour le CCAG Travaux et décret 77-699 du 27 mai 1977 pour les fournitures et services courants notamment). Notons que les Code des marchés publics de 2001 et 2004 prévoient de manières identiques à leurs articles 13 que les prochains CCAG seront approuvés par arrêté.

¹⁵⁵ Cf. A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE, P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, tome 1, 1983, n° 208 p. 267 ; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ coll. Manuel, 3^e ed. 2002 n° 97 p. 76

¹⁵⁶ Ce terme est issu de l'article 1103 c. civ. qui précise que le contrat est « unilatéral lorsqu'une ou plusieurs personnes sont obligées envers une ou plusieurs autres, sans que de la part de ces dernières il y ait engagement. »

sauraient s'analyser comme des contrats de la commande publique justement par leur caractère unilatéral.

632. La nécessité d'un accord de volontés est par ailleurs ce qui différencie les contrats des quasi-contrats en droit civil¹⁵⁷. La différence entre ces deux qualifications qui apparaît à de nombreux et éminents auteurs civilistes comme une *summa divisio*¹⁵⁸, ne semble pourtant pas avoir cette valeur en droit administratif, pour lequel les deux notions ne sont pas aussi « étanches »¹⁵⁹. Notre branche du droit met en effet plus en avant le fait que l'obligation qui résulte d'un quasi-contrat ne naît pas d'un « acte » mais d'un « fait » juridique¹⁶⁰, ce qui n'exclut pas une certaine forme d'accord entre les deux parties. Ainsi, on sait que la théorie de l'enrichissement sans cause a été appliquée dans le cadre des « marchés publics » pour justifier la rémunération de travaux effectués hors d'un cadre contractuel classique. On en trouve des exemples pendant la seconde guerre mondiale, avec des travaux effectués pour les Allemands occupants, non payés par ces derniers, mais qui ont dû l'être, sur le fondement de l'enrichissement sans cause, par les Français qui en ont ensuite bénéficié à la fin de la guerre¹⁶¹. Si, dans ce cas, la solution ne pose pas de problème au regard du droit des marchés publics, la jurisprudence présente des cas bien plus limites.

633. Ainsi, c'est justement lorsqu'un marché – de travaux ou de fournitures principalement – n'a pas respecté les principes ou les procédures que lui impose le droit de la commande publique que la théorie de l'enrichissement sans cause va s'appliquer. C'est notamment le cas lorsqu'un marché, passé et exécuté, est ensuite annulé au contentieux. Le contrat ne pouvant plus servir de base légale aux obligations, la jurisprudence considère que l'enrichissement de la personne publique résultant de la réalisation du contrat annulé¹⁶²

¹⁵⁷ Cette catégorie est issue des articles 1370 et suivants du code civil et utilisées en droit administratif. Elle comprend la répétition de l'indu et la gestion d'affaire (au terme de l'article 1370) mais aussi l'enrichissement sans cause. Sur l'ensemble de l'application des quasi-contrats au droit administratif, cf. F. MODERNE, *Les quasi-contrats administratifs*, Paris, Sirey ed. coll. *Droit public*, 1995, 132 pp.

¹⁵⁸ On peut notamment se référer à M. PLANIOL et G. RIPERT *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, LGDJ, 2^e ed., 1947, tome 2, n° 1176 p. 404 : « *Le quasi-contrat différerait du contrat en ce qu'il n'y aurait pas accord de volontés entre le créancier et le débiteur. Comme le contrat est essentiellement un accord de volontés, si on supprime cet accord, la force qui crée l'obligation ne peut plus être la même.* ».

¹⁵⁹ Cf. D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, coll. *Bibliothèque de droit public*, tome 158, n° 492, p. 491 et s. et B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2003, p. 534 et s. à propos de l'enrichissement sans cause.

¹⁶⁰ Art. 1371 c. civ. « *Les quasi-contrats sont les faits purement volontaires de l'homme, dont il résulte un engagement quelconque envers un tiers, et quelquefois un engagement réciproque des deux parties.* »

¹⁶¹ Il est ici question de l'arrêt CE Sect. 14 avril 1961 *Ministre de la Reconstruction et du Logement c/ Société Sud-Aviation*, rec. p. 236 ; *AJDA* 1961, p. 326, chr. J.-M. GALABERT et M. GENTOT ; *JCP*, 1961, n° 12255, note J. de LANVERSIN ; *RDP*, 1961, p. 655, concl. C. HEUMANN. Le Conseil d'État précise d'ailleurs que « *le principe de l'enrichissement sans cause, principe général applicable, même sans texte, à la matière des travaux publics* » fonde la décision.

¹⁶² Il faut étendre cette solution aux arrêts dans lesquels le contrat devait être conclu mais où il ne l'a pas été formellement, par exemple lorsque le contrat n'a pas été signé. On ne sait alors s'il y a consentement ou non. F. MODERNE, *Les quasi-contrats administratifs*, Paris, Sirey ed. 1995 n° 103 les classe dans les contrats non valablement conclus. Cf. CE 11 mars 1927 *Bureau c/ Ville de Guérande*, rec. p. 324, CE 22 janvier 1930 *Vuitton*, rec. p. 81. Par ailleurs, rappelons qu'avant la loi du 2 mars 1982, le consentement des collectivités locales n'était valable qu'après l'approbation par l'autorité de tutelle.

est par conséquent « sans cause » et qu'il convient qu'elle « rembourse »¹⁶³ les frais engagés ou les travaux effectués par l'entreprise qui a exécuté le marché annulé. Les travaux en question ont donc reçu le consentement de la personne publique, consentement formalisé par le contrat annulé¹⁶⁴, alors que nous sommes dans le cadre d'un quasi-contrat.

634. L'enrichissement sans cause a de plus été appliqué aux travaux supplémentaires. Si ces travaux avaient été acceptés par un avenant ou par des ordres de service, on retrouve peu ou prou la situation d'un contrat annulé, c'est-à-dire que ce quasi-contrat avait aussi pour source un accord de volonté¹⁶⁵. Si les travaux n'avaient pas été acceptés, si la personne publique n'avait pas donné son consentement, la jurisprudence fait la différence entre les travaux supplémentaires indispensables¹⁶⁶ – auxquels la jurisprudence applique l'enrichissement sans cause¹⁶⁷ – et les travaux qui sont seulement utiles qui restent à la charge de l'entrepreneur¹⁶⁸.

635. Contrairement à ce que dit PLANIOL pour le droit privé, en droit public, la différence entre contrats et quasi-contrats ne se trouve pas dans la présence ou l'absence d'un accord de volontés¹⁶⁹. On distingue ces deux catégories par la source de l'obligation : dans les contrats, il s'agit d'un acte juridique, dans les quasi-contrats, il s'agit d'un fait juridique. Le fait pouvant être la réalisation de travaux ou la fourniture de meubles ou de services mais aussi ce « fait consenti » que serait le contrat nul. Il s'ensuit qu'un contrat ne peut se caractériser par le seul accord de volontés puisqu'il faut impérativement qu'il ait

¹⁶³ Le terme est de R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, Tome 1, 15^e ed. n° 1396 p. 1222 à propos de la répétition de l'indu mais en notant la proximité de ce mécanisme quasi-contractuel avec l'enrichissement sans cause.

¹⁶⁴ Sauf bien évidemment si le contrat a été annulé pour vice du consentement, le contrat nul est alors analysé comme un « fait juridique » mais on ne peut pas dire qu'il y ait consentement de la partie qui va être enrichie.

¹⁶⁵ Remarquons que l'accord de volonté, qui a conduit au contrat annulé est bien la source du quasi-contrat puisqu'il est la source des effets du contrat. Nous ne sommes donc pas dans le cas d'un « acte unilatéral accepté » dont nous avons dit qu'il existait.

¹⁶⁶ Comme le précise F. MODERNE, *Op. Cit.* n° 123, les travaux indispensables sont ceux qui sont à la fois essentiels à la stabilité d'un ouvrage et non prévus au contrat. Il ajoute qu'« *il est permis de penser que [la] négligence commune [des parties] n'est pas toujours parfaitement innocente* ». On voit bien ici le moyen d'augmenter les travaux sans avoir à repasser un marché ou à conclure un avenant, d'autant que la jurisprudence permet d'indemniser non seulement le montant des dépenses utiles, et cela « *dans la limite du prix du marché* » (sic) mais aussi « *le cas échéant, la privation du bénéfice* » que l'entreprise escomptait. Sur l'étendue de l'indemnité, cf. CE 19 avril 1974, *Société Entreprise Louis Segrette*, rec. p. 1052 et CE 8 décembre 1995, *Commune de Saint-Tropez*, rec. p. 432 *AJDA*, 1996, p. 448 note V. HAÏM ; *Dalloz*, 1996, SC p. 319 obs. PH. TERNEYRE. La limite la plus efficace à ce type de pratique n'est pas à trouver dans le régime contractuel ou quasi-contractuel mais bien dans le droit pénal et plus précisément dans le délit d'avantage injustifié – ou délit de favoritisme – de l'article 432-14 du Code pénal (délict intentionnel puni de deux ans d'emprisonnement et 30 000 € d'amende).

¹⁶⁷ Il n'en est bien évidemment ainsi que lorsque le contrat lui-même ne prévoit pas les éventuelles augmentations partielles de travaux qui ne bouleversent pas l'économie du contrat comme c'est notamment le cas dans les articles 14 et 15 du CCAG Travaux.

¹⁶⁸ Cf. par exemple au sein d'une jurisprudence abondante et constante CE 22 mai 1935, *Foyer*, rec. p. 582, qui fait supporter à l'architecte « *le coût de ceux des ouvrages réalisés sans autorisation qui n'auraient pas été nécessaires* » & CE Sect. 17 octobre 1975, *Commune de Canari*, rec. p. 516 ; *AJDA*, 1975, p. 562 chr. M. BOYON et M. NAUWELAERS

¹⁶⁹ Sur ce point, cf. F. MODERNE, *Les quasi-contrats administratifs*, Paris, Sirey ed. 1995 n° 91 à 97 p.59 à 64.

aussi la nature d'un acte juridique – écrit ou non – marquant cet accord de volontés. Outre cette nécessaire nature d'acte juridique du contrat, l'analyse nous apprend aussi que les procédures de passation ne sont pas applicables aux quasi-contrats, justement parce qu'ils ne sont pas des contrats. Ces critères – la présence d'un acte juridique formalisant un accord de volontés – ne sont pourtant pas les seuls nécessaires à la qualification de « contrat ».

b) Un acte produisant des effets de droit

636. Les effets de droit sont ceux des effets d'un accord qui ont un caractère obligatoire. C'est notamment le cas des effets qui peuvent être juridiquement sanctionnés en cas de non-exécution. Cette force obligatoire donne d'ailleurs aux contrats leur qualité de norme. Que l'on fonde la force contraignante de ces normes sur la théorie de l'autonomie de la volonté ou qu'on la fonde sur une délégation aux parties du pouvoir qu'à l'État de créer du droit, cela importe peu pourvu qu'elle soit considérée par les parties et les tiers comme impérieuse.

637. Le droit administratif connaît en effet des actes formalisant un accord de volontés dont les parties elles-mêmes estiment que cet accord ne les lie pas juridiquement. Cela ne veut pas dire que cet accord est inutile mais simplement qu'il n'engage ses parties que moralement ou politiquement. On trouve notamment ce type d'accord lorsque la personne publique veut montrer sa bonne volonté pour l'avenir mais qu'elle ne peut s'engager juridiquement, par exemple parce qu'elle ne peut s'obliger à utiliser pour l'avenir une prérogative qu'elle exerce unilatéralement – ne serait-ce qu'un pouvoir de police¹⁷⁰. Ces accords ne comportant pas de sanction sont parfois appelés *Gentlemen's agreement administratifs*¹⁷¹. La difficulté que l'on peut rencontrer en droit administratif est la preuve que les cocontractants n'ont pas voulu donner une valeur juridique à l'acte, mais cette situation est difficilement envisageable en droit de la commande publique. En effet, ces contrats ayant pour but de se procurer un bien, il ne pourrait y avoir de *gentlemen's agreement* que dans un cadre prévisionnel, ce qui effectivement ne peut engager la personne publique que dans la mesure où elle est libre de contracter avec qui elle l'entend. Or, le formalisme du droit de la commande publique ne laisse que peu de cas dans lesquels la personne publique va pouvoir être certaine de choisir son cocontractant. Elle perd notamment cette capacité lorsqu'elle met en place – parce qu'on l'y oblige ou non – une procédure de mise en concurrence.

638. En tout état de cause, le contrat dont l'objet est de « prévoir » l'achat de biens ou de services n'est pas assimilable à un contrat dont l'objet est d'acheter le bien ou le service. Par conséquent, au-delà de la distinction entre contrat et « convention » non

¹⁷⁰ La jurisprudence sur ce point est relativement bien fournie. On peut citer notamment les arrêts CE 8 mars 1985 *Association les Amis de la Terre*, rec. p. 73, RFD, 1985 p. 363, concl. JEANNENEY ; CE Sect. 23 juin 1995, *Ministre de la culture et de la francophonie c/ Association « Défense Tuileries »*, rec. p. 268 ; CJEG, 1995 p. 376, concl. J. ARRIGHI DE CASANOVA.

¹⁷¹ L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ coll. Manuel, 3^e ed. 2002, n° 11 p. 13

sanctionnée juridiquement, c'est matériellement qu'un contrat de la commande publique ne peut pas être un *gentlemen's agreement*, ou, pour voir la situation sous un angle plus positiviste, que le *gentlemen's agreement* n'est pas soumis aux principes et régimes de la commande publique.

À ce titre, les marchés publics sont des contrats au sens de DUGUIT¹⁷², et les *Unions (Vereinbarungen)*¹⁷³ ou *actes collectifs (Gesamttakt)* ne sauraient, pour des raisons matérielles comme en raison de leurs effets de droit, être des marchés publics. Il faut sur ce point considérer que les marchés publics ont nécessairement « pour objet de faire naître une obligation à la charge de l'une [des parties] qui devient débitrice au profit de l'autre qui devient créancière »¹⁷⁴. Remarquons que c'est cette définition de « l'obligation » – et le terme « d'obligation » est symbolique de cette force juridique – que reprend Y. GAUDEMET pour développer son intérêt à une théorie administrativiste des obligations¹⁷⁵.

Au-delà de cette force juridique que l'on reconnaît par ailleurs aussi aux actes unilatéraux, le contrat en droit administratif doit contenir une part de droits subjectifs, il n'est pas la forme normale des droits objectifs même s'il peut en contenir.

c) Un acte dont une partie des effets porte sur des droits subjectifs des cocontractants

639. Otto MAYER, le professeur allemand à l'origine d'une partie des positions doctrinales du doyen DUGUIT¹⁷⁶, estimait que les concessions étaient des actes administratifs unilatéraux individuels¹⁷⁷. Cette position est encore aujourd'hui celle du droit

¹⁷² L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 3^e ed. 1927 t. 1 p. 380 et s. Il s'agit aussi aux dires mêmes de DUGUIT de la définition de AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, 4^e edit. IV, p. 283 : « une convention est l'accord de deux ou plusieurs personnes sur un objet d'intérêt juridique. La convention qui a pour objet la formation d'une obligation se nomme plus spécialement contrat. La convention est le genre, le contrat est l'espèce ».

¹⁷³ DUGUIT développe cette théorie autour des termes allemands, notamment en réponse à une partie de la doctrine de ce pays comme GIERKE qui estime que les que l'acte de fondation d'un groupement n'est pas un contrat mais un « acte collectif unilatéral » ; cf. GIERKE, *Genossenschaftstheorie*, 1887, p. 135 et s.

¹⁷⁴ L. DUGUIT, *Ibid* p. 384

¹⁷⁵ Y. GAUDEMET, « Prolégomènes pour une théorie des obligations en droit administratif français », *Mélanges . J. GAUDEMET, Nonagesimo anno*, Paris, 1999, pp. 613-627. Il se fonde pour se faire sur la définition d'Eugène GAUDEMET : « Deux personnes seulement : l'une appelée créancier, l'autre débiteur [...] » in *Théorie générale des obligations*, Paris, 1937

¹⁷⁶ Sur ce point, voir les développements de S. FLOGAÏTIS, « Contrats et acte administratif unilatéral », *Mélanges Braibant*, pp. 229-251, spé. p. 234-235

¹⁷⁷ O. MAYER, *Le droit administratif allemand*, Paris, Giard et Brière ed., 1903, tome 1, spé. p. 122 et s. Contrairement aux éléments de droit public reconnus dans la concession Française, c'est-à-dire les clauses réglementaires (cf *supra*), les éléments qui font de la « concession allemande » un acte administratif unilatéral et non un contrat ne se réfèrent pas aux rapports entre le concessionnaire et les tiers mais à ceux entre le concessionnaire et le concédant. MAYER estime que le cocontractant de l'administration est en réalité dans une situation contraignante qui se rapproche plus d'un acte individuel que d'un contrat. Sa position est fondée sur une conception du contrat qui exige deux parties à égalité, ce qui exclut en effet les contrats administratifs. Si l'élément qui rapproche les concessions des actes unilatéraux a des sources différentes entre les deux droits – dans le caractère contraignant pour l'Allemagne et dans le caractère objectif pour la France – il nous semble intéressant

allemand pour le contrat qu'il connaît et qui se rapproche le plus des concessions françaises. Certes, l'opinion de MAYER résultait d'un refus de sa part de reconnaître l'existence de contrats de droit public¹⁷⁸, mais, pour le juriste français, cette solution renvoie au débat sur une spécificité du droit public qui est la part de droit objectif que l'on trouve dans les contrats administratifs, alors que le contrat est supposé être l'acte subjectif par excellence.

640. La concession a en effet été la source de nombreuses controverses portant sur la présence, au sein de ces contrats, de clauses « subjectives » et de clauses « objectives ». Les questions qui se posaient à propos des concessions peuvent aujourd'hui être étendues à l'ensemble des délégations de service public. Pour être plus précis, le débat porte sur la nature double ou mixte du contrat : il est d'abord acte « subjectif » en ce qu'il régit les rapports entre un concessionnaire¹⁷⁹ et un concédant. Les modalités de paiement ou le contrôle du concédant sur son cocontractant n'ont par exemple qu'un effet *inter partes*. Mais la concession est aussi un acte administratif « objectif », applicable aux tiers au contrat, et notamment aux usagers du service dans certaines des clauses de son cahier des charges. Si l'on s'en réfère au droit privé, les clauses fixant les tarifs du service ou celles fixant son organisation peuvent être analysées comme des « stipulations pour autrui », alors qu'au regard du droit administratif, ce sont des clauses réglementaires. Si le droit allemand a choisi la voie de l'acte unilatéral, le droit français a hésité entre la qualification d'acte mixte – acte qui est unilatéral ou contractuel selon les clauses – et celle d'acte « double » – qui serait dans son ensemble à la fois contractuel et unilatéral. La jurisprudence a aujourd'hui suivi la majorité de la doctrine pour considérer que les concessions étaient des « actes mixtes » en ouvrant le recours pour excès de pouvoir contre les clauses réglementaires du contrat depuis l'arrêt *Cayzele* du 10 mai 1996¹⁸⁰.

641. La concession, acte mixte type, nous permet de préciser la notion de contrat telle qu'elle doit être comprise dans le cadre de la commande publique. Si l'on se réfère à une grande partie de la doctrine¹⁸¹, il est difficile de considérer les concessions comme des contrats dans un sens strict ; il faudrait au contraire les assimiler à des « conventions »¹⁸². Ainsi, le *Traité des contrats* précise-t-il, en se fondant sur la différence que

que la nature complètement contractuel de la concession ait fait l'objet de controverses dans les deux pays.

¹⁷⁸ O. MAYER, « Zur Lehre vom öffentlichen Verträge », *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1888, p. 53 et s. et *Revue européenne de droit public (Athènes)*, vol. 1, n° 2 p. 451 et s.

¹⁷⁹ Ou un fermier ou un régisseur intéressé.

¹⁸⁰ CE Ass. *Cayzele* du 10 mai 1996, rec. p. 274, *AJDA*, 1996, p. 732, chr. CHAUVAUX et GIRARDOT ; *CJEG*, 1996, p. 382, note PH. TERNEYRE ; *RFDA*, 1997, p. 89, note P. DELVOLVÉ. Cette solution a été étendue ensuite en dehors de la concession pour des *Unions* au sens de DUGUIT : CE 15 janvier 1998 *Syndicat départemental Interco 35*, *AJDA*, 1999 p. 164 note J. PETIT pour la création d'un GIP.

¹⁸¹ Voir notamment A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE, P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, Paris, *LGDJ*, tome 1, 1983, n° 19 et s p. 39 et s & n° 68 et s., p. 104 et s. ; R. BONNARD, *Précis de droit administratif*, Paris, 1926 p. 715. Y. MADIOT, *Aux frontières du contrat et de l'acte unilatéral : recherche sur la notion d'acte mixte en droit public français*, Paris, *LGDJ*, coll. *Bibliothèque de droit public*, 1971, Tome 103, spé. pp. 145-172.

¹⁸² Notons par ailleurs que c'est formellement ce que fait la doctrine lorsqu'elle appelle les « contrats » issus de la loi Sapin des « conventions de délégation de service public ». Par ex. PH. TERNEYRE, « La notion de convention de délégation. Éléments constitutifs et tentative de délimitation sommaire »,

fait DUGUIT entre les actes-règles et les actes-subjectifs¹⁸³, qu'il exclut « de la catégorie du contrat tous les accords de volontés que nous appellerons *conventions à conséquences réglementaires*¹⁸⁴ ». La position des auteurs du Traité est fondée sur le fait que les effets subjectifs de l'acte sont le critère de distinction essentiel entre les contrats et les règlements¹⁸⁵. Tel n'est pourtant pas le sens dans lequel il faut interpréter la notion de contrat dans le cadre de la commande publique. On ne saurait en effet faire sortir les concessions du champ d'application des délégations de service public sous prétexte qu'elles ne sont pas des contrats mais des conventions et que la loi MURCEF définit les délégations de service public comme des contrats. Le traité des contrats nous laisse d'ailleurs la possibilité de tenir cette opinion. Ses auteurs admettent en effet que « *même si l'on devait reconnaître la qualification de contrats aux conventions en question, il demeurerait en tout cas que leur particularité obligerait à les identifier*¹⁸⁶ ». Or, d'une part le texte de la loi MURCEF nous conduit à considérer les concessions comme des contrats, et d'autre part, l'identification des concessions comme des actes mixtes n'a aucun intérêt pour l'application du droit de la commande publique. Si le fait que l'acte soit mixte conditionne la compétence contentieuse, les modifications unilatérales ou l'opposabilité aux tiers, cet élément ne conditionne pas l'applicabilité ou non des procédures de passation. Cette distinction touche le régime des contrats administratifs, pas celui de la commande publique.

Dans le cadre des contrats de la commande publique, la notion de contrat regroupe par conséquent les actes qui régissent au moins partiellement des situations juridiques subjectives. Il faut donc inclure dans la notion de « contrat » les actes entre deux parties qui n'ont d'influence que sur celles-ci, comme c'est le cas pour la plupart des marchés publics, mais aussi les actes qui ont en plus une influence sur l'organisation d'un service public, comme c'est le cas des actes-mixtes, et notamment des concessions. Les actes aux conséquences uniquement objectives ne sauraient en revanche être des contrats, ce sont des actes administratifs réglementaires.

642. Ainsi, les éléments fondamentaux de la définition des actes contractuels propres au droit public sont pour l'essentiel applicables à l'identique aux contrats de la commande publique. Les faibles différences ne portent ni sur l'existence d'un accord de volontés, ni sur la nécessité que l'acte produise des effets de droit, mais sur la place des droits subjectifs des cocontractants dans le contrat. Et encore la différence classique entre contrats et conventions qui est à l'origine de cette dissimilitude n'a-t-elle que des conséquences pratiques non appréciables dans le cadre de la passation des contrats. La

AJDA 1996 p. 588 ou D. LAURENT et O. ROUSSET, « Convention de délégation de service public local et loi Sapin », LPA 11 mars 1994 n° 30 p. 4.

¹⁸³ Il est aussi possible de retenir la qualification d'actes à effet *inter partes* ou *erga omnes*. Les actes mixtes sont ceux dont certaines clauses ont des effets *inter partes*, subjectives, et d'autres *erga omnes*, c'est-à-dire réglementaires ou objectives.

¹⁸⁴ *Ibid.*, n° 21 p. 41. Les trois derniers mots sont en italique dans le texte.

¹⁸⁵ Les actes ayant une part d'effet réglementaire ne pouvant être ni des contrats ni des règlements, le Traité des contrats les fait entrer dans ces « limbes » que sont les « conventions ».

¹⁸⁶ *Ibid.* n° 22 p. 42. Le dernier mot est en italique dans le texte.

véritable spécificité des contrats de la commande publique est qu'ils sont tous des actes synallagmatiques.

2) Le caractère par essence synallagmatique des contrats de la commande publique

643. L'article 1102 du code civil nous enseigne que « le contrat est *synallagmatique*, ou *bilatéral* lorsque les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres ». Cette définition, parfaitement reçue en droit public, prend une importance particulière dans le cadre des contrats de la commande publique. Si l'on reprend en effet les définitions des marchés publics, internes ou communautaires, des délégations de service public ou des contrats de partenariats, tous sont des contrats synallagmatiques.

644. Le propre de ces contrats est que les contractants ont des obligations de créancier à débiteur, qui sont réciproques ou corrélatives¹⁸⁷. Or, dans les différents contrats de la commande publique, la prestation de l'un des contractants a toujours pour contrepartie un paiement, soit direct sous la forme d'un prix, soit indirect sous la forme d'un droit à percevoir une rémunération. La doctrine civiliste prend d'ailleurs comme exemples topiques des contrats bilatéraux les contrats de vente et les contrats d'entreprise¹⁸⁸, catégories dont nous avons déjà dit qu'elles pouvaient aussi regrouper l'ensemble des marchés publics et des autres contrats de la commande publique¹⁸⁹.

645. Les conséquences de cette qualification de contrats synallagmatiques ne sont pas décisives au regard du régime de la commande publique, même si cela a malgré tout d'autres implications. Pour les contrats de droit privé, on sait que le caractère bilatéral a des conséquences en matière de preuve – l'obligation d'un double original de l'article 1325 du Code civil –, en matière de résiliation – la condition résolutoire sous-entendue en cas d'inexécution de son obligation par une partie de l'article 1184 du code civil – ou en matière d'interprétation¹⁹⁰. Le droit public comme le droit privé considèrent de plus la

¹⁸⁷ Cf. A. SÉRIAUX, « La notion de contrat synallagmatique », *Études offertes à Jacques Ghestin, le contrat au début du 21^e siècle*, LGDJ, 2001 spécialement les pages 777 à 788.

¹⁸⁸ Cf. notamment F. TERRÉ, PH. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 8^e ed. 2002 n° 64 et s. après voir pris ces exemples, les auteurs ajoutent : « Les contrats étant l'instrument privilégié d'échange des biens et des services, la plupart d'entre eux rentrent dans cette catégorie ». A. BÉNABENT, *Droit civil, Les obligations*, Paris, Montchrestien coll. Domat droit privé, n° 19 apporte une précision qui va dans ce sens en ajoutant que « La plupart des contrats onéreux sont synallagmatiques tandis que la plupart des contrats gratuits sont unilatéraux ». Il ajoute comme contrat onéreux unilatéral le seul « prêt onéreux » auquel aucun des contrats de la commande publique ne saurait être assimilé.

¹⁸⁹ Cf. *infra* et F. LLORENS, *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics - contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif*, Paris, LGDJ coll. Bibliothèque de droit public, Tome 139, 1981.

¹⁹⁰ Sur les conséquences du caractère synallagmatique du contrat en droit privé, cf. A. SÉRIAUX, « La notion de contrat synallagmatique », *Études offertes à Jacques Ghestin, le contrat au début du 21^e siècle*, LGDJ, 2001 pp. 777-788, spé. p. 778.

cause du contrat pour l'un des cocontractants comme partiellement fonction de la contre-prestation qu'il en attend¹⁹¹.

C'est sur un *plan théorique* que le caractère bilatéral a une importance au regard du droit des marchés publics et plus largement de la commande publique. On peut en effet inverser la proposition que nous avons faite : *l'acte de commande publique n'est pas un contrat qui a en plus la spécificité d'être synallagmatique ; il est avant tout synallagmatique, ce qui le conduit à être contractuel*. Ce qui est le fondement des « actes » de la commande publique c'est justement d'être synallagmatiques, ils le sont nécessairement par leur objet matériel. Un acte de commande publique se présente sous la forme d'un échange entre un mode de paiement et un bien ou une prestation. C'est cette nécessaire bilatéralité qui induit une forme elle aussi nécessairement contractuelle.

646. Parmi les conséquences de cette approche « inversée », on peut constater l'inapplicabilité, dont nous avons traité, du droit de la commande publique à certaines catégories de conventions de DUGUIT, notamment aux *Unions (Vereinbarungen)* aux purs *actes-règles*¹⁹², ou aux *actes-conditions*. C'est aussi ce caractère synallagmatique qui exclut l'application des procédures de commande publique aux contrats unilatéraux comme les offres de concours. Mais cette approche par le caractère synallagmatique nous conduit aussi à justifier que les seules « délégations de service public » qui ont une forme contractuelle soient soumises à des procédures de passation. En effet, si l'on se réfère à la *Communication interprétative de la commission sur les concessions en droit communautaire*¹⁹³, la volonté des instances communautaires était à l'origine de traiter sous le terme de « concession » l'ensemble des délégations de service, y compris celles unilatérales – que cela soit une délégation à une personne privée ou la création d'un établissement public – ou que l'on déduirait d'autres conventions – par exemple la création d'entreprises communes¹⁹⁴ comme les sociétés d'économie mixte en France. De ce projet initial n'est restée dans la version définitive de la communication qu'une formule malheureuse¹⁹⁵ d'acte contractuel

¹⁹¹ Pour le droit public, cf. A de LAUBADÈRE, F. MODERNE, P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, tome 1, 1983, n° 515 & 517. Cette remarque a des conséquences pour l'application des vices du consentement.

¹⁹² Mais pas aux actes qui ne seraient que partiellement des *Actes-règles* comme c'est le cas des concessions. Cf. *infra*.

¹⁹³ JOCE n° C 121 du 29 avril 2000 p. 2. commentée par J. ARNOULT, « Le texte définitif de la communication interprétative de la Commission européenne sur les concessions en droit communautaire », *RFDA*, septembre 2000, pp. 1015-1021 ; et pour le pré-projet, du même auteur : « Le projet de communication interprétative de la Commission européenne sur les concessions en droit communautaire des marchés publics » *RFDA*, janvier 2000, n° 1 pp. 24-28 ; CH. FOUASSIER, « Vers un véritable droit communautaire des concessions ? Audaces et imprécisions d'une communication interprétative. », *RTDEur*, Octobre 2000, n° 36(4) p. 675 ; CH. BETTINGER, « Réflexions sur le premier texte d'harmonisation sur les concessions dans le droit communautaire. À propos de la communication interprétative de la commission », *Revue des concessions et délégations de service public*, mars 2000, n° 8, p. 97

¹⁹⁴ On retrouve ici les *Union (ou vereinbarungen)* de DUGUIT

¹⁹⁵ Cette opinion est partagée par les commentateurs de la directive, et notamment par CH. FOUASSIER, « Vers un véritable droit communautaire des concessions ? Audaces et imprécisions d'une communication interprétative. », *RTDEur*, Octobre 2000, n° 36(4) p. 675

ou d'acte « unilatéral ayant reçu le consentement de ce tiers »¹⁹⁶. Au vu de cette précision, on ne peut en effet que se demander le sens qu'il faut lui donner.

647. Plusieurs solutions sont envisageables. La première serait d'avoir de cette disposition une vision large qui conduirait à étendre à d'autres actes que les contrats les dispositions issues du droit des marchés communautaires. Cette approche est selon nous dangereuse pour l'unité de la commande publique, difficile à apprécier et méconnaît notre propre tradition. La deuxième interprétation serait d'inclure dans les contrats de la commande publique ceux qui s'apparenteraient à des contrats d'adhésion, mais cette précision serait alors superfétatoire puisqu'ils sont – au moins en droit français – de toute façon des contrats. En réalité, la raison à cette expression est vraisemblablement à trouver dans la tradition juridique d'un autre pays de l'Union¹⁹⁷. On ne saurait que souligner la façon – à notre sens – maladroite dont cela a été rédigé. Plutôt que d'utiliser le terme d'acte « unilatéral ayant reçu le consentement d'un tiers », il aurait mieux fallu utiliser le terme d'acte synallagmatique, qui comprend en droit français les seuls contrats et qui pourrait inclure les autres actes juridiques de certains pays de l'Union qui ne sont pas considérés par la doctrine locale comme des contrats mais qui sont ce que nous pourrions appeler des « actes unilatéraux à visage inversé » par référence à l'expression employée en matière d'établissements publics. Il s'agit en effet de contrats que l'on considère comme unilatéraux mais qui, en tant qu'actes synallagmatiques, sont fondamentalement contractuels¹⁹⁸.

Notons que ce débat n'est pas clos par les directives 2004/17 et 2004/18 malgré l'innovation que représente la définition des « concessions de services ». Celle-ci les définit en effet comme des « contrats *présentant les mêmes caractéristiques que les marchés publics* » mais cela ne veut pas dire que le droit communautaire a pris conscience du caractère d'actes synallagmatiques de ces actes.

Les contrats de la commande publique sont donc avant tout des actes synallagmatiques. Ce ne sont pourtant pas leurs seules spécificités, les sources internes et

¹⁹⁶ Communication interprétative de la commission sur les concessions en droit communautaire du 20 avril 2000, point 2.4, p. 12 : « *Sont donc visés par la présente Communication, les actes imputables à l'État, par lesquels une autorité publique confie à un tiers – que ce soit par un acte contractuel ou par un acte unilatéral ayant reçu le consentement de ce tiers – la gestion totale ou partielle de services qui relèvent normalement de sa responsabilité et pour lesquels ce tiers assume les risques d'exploitation. Ces services ne sont visés par la Communication que s'ils s'analysent en une prestation d'activités économiques au sens des articles 43 à 55 (ex 52 à 66) du Traité. Ces actes étatiques seront désignés ci-après par le terme « concessions », indépendamment de leur qualification juridique en droit national.* »

¹⁹⁷ On peut penser semble-t-il aux concessions en droit allemand qui sont considérées comme des actes unilatéraux parce qu'elles sont rédigées par la personne publique mais qui ont, selon les critères que nous avons posés, un caractère non seulement synallagmatique mais aussi contractuel. À moins que la commission n'ait pas voulu abandonner complètement sa volonté d'étendre la notion de concession et qu'elle ait voulu laisser une trace de sa résistance dans la communication à travers cette expression.

¹⁹⁸ Si l'on reprend les critères que nous avons exposés auparavant, ils produisent des effets de droit, ils comportent une partie subjective minimum, ne serait-ce que parce qu'ils sont synallagmatiques et surtout, en tant qu'actes acceptés par les deux parties, ils sont bien la formalisation d'un accord de volontés.

communautaires ayant ajouté d'autres caractéristiques qui, sans être de l'essence de ces contrats n'en sont pas moins importantes en pratique.

3) Le caractère écrit des contrats de la commande publique, un élément complémentaire

648. Les contrats de la commande publique ne requièrent fondamentalement que les éléments de définition cités au début de ce paragraphe. Pourtant, un autre critère doit aussi être abordé tant certains en font un critère du contrat public : sa forme écrite. Si cette question a été pendant longtemps liée à la nature administrative ou civile du contrat (a), elle est aujourd'hui propre à la commande publique (b), matière dans laquelle elle s'est renouvelée ces dernières années (c).

a) Contrats administratifs, marchés de travaux publics et de fournitures et exigence d'un écrit

649. On a pendant un temps débattu en doctrine de la nécessité d'une forme écrite en matière de contrats administratifs, et surtout à propos du corollaire de cette éventuelle exigence : la question de savoir si, en l'absence de forme écrite, le contrat ne devenait pas un contrat de droit privé. Le Conseil d'État n'avait pour sa part pas clairement conclu au caractère civil de contrats sur le seul fondement de leur forme verbale¹⁹⁹, même s'il ne se posait en tout état de cause pas cette question lorsque le contrat

¹⁹⁹ Les arrêts cités comme reconnaissant la nature privée d'un contrat sur le fondement de sa forme verbale ne nous semblent pas probants. Dans l'arrêt CE 12 novembre 1921 *Husson*, RDP 1922 p. 71, le contrat verbal entre l'armée et le propriétaire d'une carrière pour le prêt à titre gratuit de la carrière afin d'entraîner les troupes partant au front en 1918 est analysé comme un contrat de droit privé non pas parce qu'il est verbal mais bien parce qu'il s'agit de « gestion privée. » Les conclusions du commissaire du Gouvernement MAZERAT comme l'arrêt vont clairement dans ce sens. Pour ce qui est de l'arrêt CE 28 juillet 1951, *Dame Foucher, veuve Perrossier*, rec. p. 469, on peut aussi se demander si le contrat (appelé « accord amiable ») a une nature privée parce qu'il est oral ou parce qu'il s'agit d'un accord gratuit cédant des terrains pour la construction provisoire de maisons pour les sinistrés de la seconde Guerre – dans les conditions des ordonnances de 1945. La règle que l'on pourrait éventuellement tirer de ces deux arrêts est que lorsqu'un contrat était à la fois oral et gratuit il était qualifié de contrat de droit privé, sans exclure le fait qu'il s'agit dans les deux cas de « mise à disposition » de terrains, ce qui pourrait aussi être une troisième condition. Cette position trouve aujourd'hui un écho dans les définitions internes et communautaires des marchés publics qui précisent que les marchés sont des contrats « conclus à titre onéreux », ce qui laisse à penser qu'un contrat à titre gratuit ne peut pas être un marché public. Il n'est pas impossible que cette considération n'ait pas été concluante dans les arrêts précités. L'arrêt CE 22 mai 1939, *Dame Veuve Chabaud*, rec. p. 348 est plus délicat puisqu'il s'agit de savoir si le contrat en cause était un contrat de travaux publics (oral). L'arrêt conclut qu'il s'agissait d'un contrat de droit privé mais l'analyse nous conduit à constater que cette conclusion est vraisemblablement tirée du fait qu'il s'agissait d'un marché de transport de matériaux pour le cantonnier, donc un contrat qui pouvait être de droit privé (parce qu'il s'agissait d'un marché de transport alors soumis à une interprétation *contra legem* du décret de 1806) et qu'il ne faut pas y voir la conséquence du caractère oral du contrat.

avait, *rationae materiae* une nature administrative, ce qui était par exemple le cas en matière de travaux publics.

650. Cette question du caractère écrit ou oral qui pouvait engendrer une nature administrative ou commerciale du contrat s'appliquait de la même manière en matière de marchés publics que pour les autres contrats de l'administration. Pour les marchés de travaux publics, la question était facilement résolue²⁰⁰ ; la dépendance de l'écrit valant surtout en matière de marchés publics de fournitures durant tout le temps des tergiversations à propos de l'interprétation du décret du 11 juin 1806²⁰¹. Une thèse présentait d'ailleurs le marché de fourniture comme un contrat nécessairement écrit, faute de quoi il était un contrat de droit privé²⁰². Pour simplifier on peut dire que, tant que le droit des marchés publics était développé autour de la notion de travaux publics il était, pour la question de son caractère écrit, parfaitement en adéquation avec le droit des contrats administratifs.

651. Il convient aujourd'hui de distinguer deux approches : celle issue du droit des contrats administratifs et celle issue du droit des contrats de la commande publique²⁰³. En matière de contrats administratifs, la forme écrite n'est pas requise impérativement, sauf si les lois et règlements en disposent différemment pour certaines catégories de contrats²⁰⁴. La conséquence de la nature verbale sur la nature administrative ou civile du contrat a elle aussi disparu après des hésitations contentieuses. On applique aujourd'hui les critères classiques de distinction des contrats administratifs et des contrats de droit privé, que le contrat soit écrit ou non. La situation en matière de commande publique est différente.

b) La commande publique, un principe faussement inversé

652. En matière de commande publique, la prégnance des textes permet de connaître pour chacune des catégories de contrats s'il existe, ou non, une obligation d'écrit.

²⁰⁰ L'arrêt CE 12 juillet 1907 *Ministre des travaux publics*, montre qu'en matière de travaux publics, l'attractivité joue de toute façon en ce que la question de la soumission de ces contrats ne saurait dépendre de leur caractère oral : « [Considérant] *Qu'il suit de là que le contrat verbal passé entre l'État et le sieur Mouysset présente tous les éléments constitutifs du marché de travaux publics* ».

²⁰¹ En matière de marchés portant sur des « travaux publics », la compétence était administrative par l'effet de la loi du 28 pluviôse An VIII ; comme on l'a vu, la question a été plus diverse et complexe sous l'empire du décret du 11 juin 1806 *décret sur l'organisation et les attributions du Conseil d'État*, DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 15 page 376. Cf. 1^e partie, Titre 2

²⁰² Cf. ARRIGHI, *Essai sur le caractère administratif des marchés de fournitures*, Thèse, Paris, 1945, notamment les pages 57 et 67 citées par ailleurs dans le *Traité des contrats* : « *Une convention verbale n'est pas un marché de fournitures [...] Si le contrat est verbal, il est civil* ».

²⁰³ Cette distinction est faite aussi par A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, n° 116 et n° 525

²⁰⁴ À cela il faut ajouter tous les cas dans lesquels le contrat est administratif par effet de la présence de clauses exorbitantes du droit commun. On voit en effet mal un contrat oral pouvant contenir de telles clauses. Il faudrait alors que les preuves du contenu du contrat soient spécialement fortes, ce qui est difficile à concevoir sauf peut-être par la présence de nombreux témoignages concordants.

Le principe reste pourtant, malgré les rares cas dans lesquels il peut être appliqué, l'absence de formalisme.

Les marchés publics doivent être des contrats écrits depuis le premier Code des marchés, comme ils l'étaient par ailleurs en pratique auparavant la plupart du temps. Les anciens articles 39 et 250 du Code de 1964 étaient clairs²⁰⁵, comme le sont les articles 11 des codes de 2001 et 2004²⁰⁶. L'exigence d'écrit est d'ailleurs liée à l'existence d'une procédure formalisée, ne serait-ce que comme preuve de la réalisation des différentes étapes de cette procédure. Les arrêts qui se réfèrent à l'absence d'écrit précisent en effet que le contrat verbal ainsi formé serait en tout état de cause illégal et qu'il ne saurait être le fondement à un paiement²⁰⁷, l'obligation d'écrit étant une règle d'ordre public²⁰⁸. Par ailleurs, un arrêt de la *Cour de discipline budgétaire et financière* considère que l'absence d'écrit et de notification du marché – cette dernière étant matériellement impossible sans écrit – avant le commencement d'exécution du marché est une « *infraction aux règles d'exécution des dépenses de l'État* »²⁰⁹.

653. Deux éléments nous conduisent donc à dire que l'exigence d'un écrit est une conséquence nécessaire du caractère très formel des procédures de passation des marchés. Le premier élément est le texte même du code de 2004 qui impose à plusieurs reprises des écrits comme élément des procédures. C'est le cas à son article 62, régissant les appels d'offres restreints, qui prévoit que l'invitation à présenter une offre se fait par écrit²¹⁰, de même qu'à l'article 66 sur les procédures négociées avec son obligation d'un avis d'appel à la concurrence²¹¹, de même enfin qu'à l'article 71 qui prévoit que le « bon de commande » est un « *document écrit* »²¹². Le second élément prouvant le lien entre procédure

²⁰⁵ Art. 39 : « *Les marchés publics de l'État sont des contrats écrits dont les cahiers des charges sont des éléments constitutifs* » et art. 250 : « *Les marchés sont des contrats écrits dont les cahiers des charges visés à l'article 318 sont des éléments constitutifs* ».

²⁰⁶ Les deux articles sont rédigés de manière différente, mais comprennent tous deux une exigence d'écrit sauf exception. Par ailleurs les articles 15 des codes précisent que la reconduction d'un marché doit elle-aussi se faire par écrit,

²⁰⁷ CE 1^{er} octobre 1969, *Société des établissements Privés*, rec. p. 411, req. n° 74381. Le juge envisage tout de même dans cet arrêt que la théorie de l'enrichissement sans cause puisse jouer si l'entreprise a effectué le « marché nul » et que la personne publique s'en est enrichie (mais il refuse de considérer qu'il y a un enrichissement en l'espèce).

²⁰⁸ Si aucun arrêt ne l'a précisé clairement, c'est ce qui ressort de l'arrêt précité *Société des établissements Privés* et des conclusions du commissaire du gouvernement DANDELLOT sur l'arrêt CE Sect. 12 octobre 1984 *Chambre syndicale des agents d'assurances des Hautes-Pyrénées*, RFD 1985, p. 18.

²⁰⁹ Cour de discipline budgétaire et financière, 15 décembre 1993, *A. et B., service d'information et de relations publiques des armées (SIRPA)*, rec. Lebon p. 536 ; J.O. du 25 juin 1994, p. 9242 ; *Marchés publics*, n° 284, octobre 1994 p. 29 obs. M.F. « [...] l'instruction révèle une méconnaissance des dispositions de l'article 39 du code des marchés publics, ce qui est constitutif d'une infraction aux règles d'exécution des dépenses de l'État au sens de l'article 5 de la loi du 25 septembre 1948 susvisée ».

²¹⁰ Article 62 du Code de 2004, (ancien article 63 du Code de 2001) « I. - *La personne responsable du marché adresse, simultanément et par écrit, à tous les candidats retenus une lettre de consultation pour les inviter à présenter une offre.* »

²¹¹ Article 66 du code de 2004 (ancien article 67 du Code de 2001) : « *Elle adresse simultanément et par écrit aux candidats une lettre de consultation et, le cas échéant, le dossier de consultation.* »

²¹² À cela il faut ajouter deux autres exigences d'écrit dans la procédure même : à l'article 76 : « *La personne responsable du marché doit informer également, dans les plus brefs délais, les candidats des motifs qui l'ont conduite à ne pas attribuer ou notifier le marché ou à recommencer la procédure. Sur demande écrite des candidats, la*

et « écrit » est l'absence de formalisme pour les marchés en dessous du seuil auquel la mise en concurrence est obligatoire, ce dès le code de 1964 – c'est ce que l'on appelait les marchés sur mémoire ou facture – et, bien sûr, aujourd'hui²¹³.

654. Le droit communautaire ne laisse pas plus de doute quant à l'exigence d'un écrit puisqu'il l'inclut dans sa définition même des marchés publics à l'article 1^{er}, 2, a) des directives 2004/17 et 2004/18²¹⁴. Il va même plus loin en définissant au point 12 du même article la notion d'« écrit »²¹⁵, qu'il renouvelle partiellement autour de la transmission par moyens électroniques²¹⁶. Comme en droit interne, les exigences d'écrit se retrouvent ensuite tout au long de la procédure²¹⁷. Ici encore, l'exigence d'un écrit – plus large du fait du champ d'application plus étendu des directives communautaires – se justifie aussi par les nécessités d'une procédure formalisée, par la complexité des marchés quant aux opérations en jeu (objets multiples ou complexes, délais...) ²¹⁸, par les sommes en jeu²¹⁹ et par la preuve de l'application des procédures.

655. On peut aussi voir dans d'autres textes de la commande publique cette obligation d'un écrit. Il en était notamment ainsi du décret de 1993 relatif aux missions de maîtrise d'œuvre confiées par les maîtres de l'ouvrage public à des personnes privées. Ce décret d'application de la loi MOP²²⁰ oblige en effet le contrat à comporter tellement de dispositions obligatoires que l'on considère depuis son entrée en vigueur qu'il est impossible de les envisager dans le cadre d'un accord verbal²²¹. Le droit positif a d'ailleurs

réponse est écrite » ; et à l'article 95 sur le paiement : « *Les opérations effectuées par le titulaire d'un marché qui donnent lieu à versement d'avances ou d'acomptes, à règlement partiel définitif ou à paiement pour solde, doivent être constatées par un écrit dressé par la personne publique contractante ou vérifié et accepté par elle* ».

²¹³ L'article 11 prévoit un écrit pour les seuls « *marchés dont le montant est égal ou supérieur aux seuils fixés au II, au 1^{er} alinéa du III et au IV de l'article 28 du présent code* » c'est-à-dire pour les marchés en dessous des seuils pour lesquels la procédure adaptée est possible (marchés de travaux, de fournitures ou de services, y compris marchés des opérateurs de réseaux).

²¹⁴ « *Les [marchés] sont des contrats à titre onéreux conclus par écrit* ».

²¹⁵ Article 1^{er} point 12 : « *Les termes «écrit(e)» ou «par écrit» désignent tout ensemble de mots ou de chiffres qui peut être lu, reproduit, puis communiqué. Cet ensemble peut inclure des informations transmises et stockées par des moyens électroniques.* »

²¹⁶ Cf. *supra* 3°).

²¹⁷ Articles 32 3) ; 32 4) a) ; 32 4) d) ; 40 1) ; 41 1) et 2) ; 42 6) a) et b) ; et enfin art 55 1)

²¹⁸ Il apparaît en effet clairement qu'un marché complexe de construction qui multiplie les entreprises groupées, les sous-traitants, les corps de métiers pour un ensemble de plusieurs dizaines de millions d'euros ne saurait être un contrat verbal.

²¹⁹ Rappelons que les procédures communautaires ne s'appliquent qu'aux marchés au dessus de seuils qui sont, somme toutes, importants.

²²⁰ Ce décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993, *Décret relatif aux missions de maîtrise d'œuvre confiées par des maîtres d'ouvrages publics à des prestataires de droit privé*, qui est l'un des décrets d'application de la loi 85-704 du 12 juillet 1985 modifiée, *relative à la maîtrise d'ouvrage public et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée*, dite loi MOP. Outre l'argument de la complexité des clauses obligatoires qui justifie un écrit comme l'ont précisées deux réponses ministérielles (n° 31241 JOAN (Q) 12 février 1996 p. 771 et n° 35626, JOAN (Q) 17 juin 1986 p. 3254), l'article 26 de ce décret précise que l'entrepreneur doit, dans certains cas, remettre au maître d'œuvre « *les éléments graphiques et écrits définissant [...]* »

²²¹ Cf. L. RICHER, *Droit des marchés publics*, Paris, ed. du Moniteur, fasc. II.100.2/2 M.A.J. n° 34

confirmé cette position puisque l'ordonnance du 17 juin 2004 qui modifie la loi MOP²²² précise expressément que « *les rapports entre le maître de l'ouvrage et le mandataire sont définis par un contrat écrit* »²²³.

656. On ne saurait pourtant conclure de ces textes que le droit de la commande publique a, à l'inverse de celui des contrats administratifs, une obligation de forme écrite. Cette obligation serait pourtant envisageable puisque le droit allemand est même allé plus loin en imposant une exigence d'écrit à l'ensemble de ses contrats administratifs²²⁴. On peut en effet trouver un certain nombre de cas dans lesquels l'écrit n'est pas requis.

Le premier est l'ensemble des marchés en dessous des seuils pour lesquels la procédure adaptée est possible tel que le précise l'article 11 du Code des marchés publics. La conséquence de cela a été l'intégration, dans le CGCT, d'une dispense de transmission au représentant de l'État des marchés d'un montant inférieur à 90 000 € HT. On remarque encore le lien entre l'exigence d'un écrit et les exigences procédurales de tout ordre²²⁵. Le deuxième cas dans lequel l'écrit n'est pas obligatoire recouvre l'ensemble des délégations de service public. La loi MURCEF qui définit cette catégorie contractuelle ne reprend en effet pas l'exigence d'écrit²²⁶ et la jurisprudence ne l'impose pas non plus²²⁷. Il semble de

²²² Ordonnance n° 2004-566 du 17 juin 2004 portant modification de la loi no 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée, J.O. 19 juin 2004, texte n° 27

²²³ Il s'agit d'une modification de l'article 5 de la loi MOP.

²²⁴ Le droit allemand prévoit un principe de « forme écrite » (*Schriftform*) pour tous les contrats administratifs, sauf disposition contraire. Ce principe est issu du § 57 de la *Verwaltungsverfahrensgesetz* (code de procédure administrative), et il a été imposé alors même que ce code pose au contraire un principe d'absence de formalisme de la procédure administrative à son § 10. Cf. § 57 « *Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag ist schriftlich zu schließen, soweit nicht durch Rechtsvorschrift eine andere Form vorgeschrieben ist.* » Sur ce point, cf. P. STELKENS, H. J. BONK u. M. SACHS, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, München, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1990, § 57 et H.-U. ERICHSEN u. W. MARTENS *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin, New-York, Walter de Gruyter, 1992.

²²⁵ Cette insertion aux articles L. 2131-2, L. 3131-2 et L. 4141-2 du CGCT et L. 6145-6 du code de la santé publique est issue de l'article 11 de la loi MURCEF (Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier, J.O. n° 288 du 12 décembre 2001 page 19703). Ces articles du CGCT et du CSP faisant référence aux « marchés sans formalité préalable », catégorie de marchés présente dans le code de 2001 mais qui n'existe plus dans le code de 2004, ce dernier précise à son article 28 que les « marchés passés selon la procédure adaptée » « [...] constituent les « marchés passés sans formalités préalables » mentionnés aux articles 9, 10 et 11 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001. »

²²⁶ Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 MURCEF (Cf. note précédente), article 3 : « Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être chargé de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service. » Définition insérée à l'article L 1411-1 du CGCT et à l'article 38 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

²²⁷ Le « grand arrêt » CE Sect. Du 20 avril 1956 *Epoux Bertin*, rec. p. 167, *GAJA*, 14^e ed. n° 75 p. 486 ; *AJDA* 1956.II p. 272, concl. M. LONG et 221 chr. J. FOURNIER et G. BRAIBANT ; *RDP* 1956, p. 869, concl. M. LONG, note M. WALINE ; *Dalloz* 1956, p. 433, note A. de LAUBADÈRE ; *La Revue Administrative*, 1956 p. 496, note G. LIET-VEAUX ; porte notamment sur un contrat verbal entre l'administration et les époux Bertin qui s'engageaient à fournir la nourriture des prisonniers soviétiques

surcroît que la jurisprudence soit spécialement souple dans certains cas comme tend à le prouver un arrêt de la Cour administrative d'appel de Lyon du 29 juin 1994 qui considère une demande du Préfet par téléphone à une entreprise comme un contrat valable. En l'espèce, il nous semble qu'il s'agissait alors d'un marché public de service qui aurait normalement dû être passé par écrit mais que le fait que le contrat soit passé pour l'exercice des pouvoirs de police de la sécurité du Préfet conduit à en faire un marché passé dans l'urgence, ce qui suffirait à l'analyse de l'arrêt pour que le contrat pût être oral²²⁸. Cette interprétation stricte de l'étendue de l'obligation d'un écrit se rapproche d'une interprétation *contra legem* dans la mesure où elle ne lie plus l'exigence d'un écrit à la qualification de « marché public » mais à la présence de procédures de passation.

L'exigence d'un écrit, même non généralisée, est par conséquent une règle relativement répandue dans le cadre des contrats de la commande publique. Sa non-généralisation empêche par ailleurs qu'elle soit l'un des critères des « contrats » au sens de la commande publique. Reste que la notion « d'écrit » elle-même a été renouvelée par les textes récents.

c) Le renouvellement de la notion d'écrit

657. La forme de l'écrit est une question que la doctrine se pose pour l'ensemble des contrats administratifs : acte notarié, sous seing privé, sous forme d'échange de lettres ou « *en la forme administrative* », la question a été traitée par les ouvrages²²⁹. Elle a pourtant récemment été renouvelée à deux égards : d'une part par l'imposition de la langue française, d'autre part par les téléprocédures et les « moyens électroniques » d'échanges de données.

658. Pour ce qui concerne la langue française, l'ordonnance de Villers-Cotterêts n'avait jamais été interprétée comme imposant la langue française dans les

avant leur rapatriement pour une somme forfaitaire de 30 francs par jour. Ce contrat s'assimilerait aujourd'hui à une délégation de service public, la rémunération étant fonction des résultats d'exploitation et le contrat confiant une mission de service public (c'est même ce second point qui est l'apport principal de l'arrêt en ce qu'il confère au contrat son caractère administratif).

Remarquons toutefois que les délégations de services publics qui sont des « concessions de travaux » au sens des directives 2004/18 et 2004/17 sont, elles, soumises à une obligation d'écrit en application du droit communautaire. Cela étant, en toute logique, une concession dépassant les seuils communautaires nécessite en pratique un contrat pour préciser les obligations réciproques des cocontractants.

²²⁸ CAA Lyon, 29 juin 1994, *Société Trédi*, rec. T. p. 1030, 1057, 1076 et 1078, req. 92LY01571. En tout état de cause, la question de la passation dans les conditions du Code des marchés publics ne s'est pas posée devant le juge. On peut aussi estimer que cela est dû au fait que les pouvoirs du préfet étaient tirés de l'article 2 de la loi n° 75-633 du 15 juillet 1975 qui dérogerait au Code des marchés publics. Cette interprétation ne nous convainc pas, aucun élément de ce texte (actuellement article L 541-2 du code de l'environnement) ne laissant supposer qu'il faille y voir un texte empêchant l'application des procédures de passation.

²²⁹ Cf. notamment A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE, P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, Tome 1, 1983, n° 529 et s. p. 565 et s.

contrats de l'administration, ce qui reste un mystère au vu du contenu de ce texte²³⁰. L'article 2 de la Constitution de 1958 qui dispose que « *la langue de la République est le français* » non plus. C'est pourtant sur le fondement de ce deuxième texte que la loi du 4 août 1994 impose le français dans les marchés publics comme dans presque tous les contrats administratifs²³¹. Le droit communautaire est un peu plus en retrait sur ce point puisqu'il impose le choix d'une langue officielle de la communauté pour la publication des avis de marché²³² et qu'il demande à ce que l'invitation à présenter une offre, à participer au dialogue ou à négocier précise la langue dans laquelle il faut répondre²³³, mais qu'il n'impose pas la rédaction du marché dans une langue ou une autre.

659. Pour ce qui concerne les échanges de données informatisées, les directives de 2004 ont, pour la première fois, donné une définition de l'écrit²³⁴ qui permet de les inclure dans ce terme à travers la notion de « moyen électronique », qu'elle définit aussi. Les codes de 2001 et 2004 avaient anticipé cette évolution en introduisant un Titre 8 intitulé « *dématérialisation des procédures* » contenant l'article 56 qui précise que « *les dispositions du présent code qui font référence à des écrits ne font pas obstacle au remplacement de ceux-ci par un support ou un échange électronique* » et qui impose à partir du premier janvier 2005 une obligation d'accepter les candidatures et remises d'offre par voie électronique.

Cette évolution n'est pas un bouleversement, elle permettra au contraire une meilleure publicité des offres et une meilleure gestion de l'ensemble de celles-ci par les

²³⁰ Le 10 août 1539, le roi François 1^{er} signe à Villers-Cotterêts une ordonnance, appelée parfois *Guillemine*, de 192 articles. Le Parlement de Paris l'enregistrera le 6 septembre. Son article 111 dispose : « *Et pour ce que telles choses sont souvent advenues sur l'intelligence des mots latins contenus dans lesdits arrêts, nous voulons dorénavant que tous arrêts, ensemble toutes autres procédures, soit de nos cours souveraines et autres subalternes et inférieures, soit de registres, enquêtes, **contrats**, commissions, sentences, testaments, et autres quelconques actes et exploits de justice, ou qui en dépendent, soient prononcés, enregistrés et délivrés aux parties, en langage maternel et non autrement* ».

²³¹ Loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française, article 5 : « *Quels qu'en soient l'objet et les formes, les contrats auxquels une personne morale de droit public ou une personne privée exécutant une mission de service public sont parties sont rédigés en langue française.* » Ces dispositions ne sont pas applicables aux personnes gérant des activités industrielles et commerciales lorsque le contrat s'exécute intégralement hors du territoire national. Une autre version en langue étrangère peut pourtant faire foi aussi si le contrat est conclu avec un ou plusieurs cocontractants étrangers.

²³² Article 36 4) de la directive 2004/18 *et* 44 4) de la directive 2004/17. Avant ces directives, le Conseil d'État avait déjà considéré que les modèles d'avis communautaires imposaient d'indiquer la langue de rédaction des offres, cf. CE 27 juillet 2001, *Compagnie générale des eaux*, BJC, 2002, n° 20 p. 21, conclusions D. PIVETEAU.

²³³ article 40 5) b) et c) de la directive 2004/18 *et* art 47 4) b) et 47 5) d) de la directive 2004/17.

²³⁴ L'article 1^{er}, point 12 de la directive 2004/18 (et point 11 de la directive 2004/17) précise en effet : « *Les termes « écrit(e) » ou « par écrit » désignent tout ensemble de mots ou de chiffres qui peut être lu, reproduit, puis communiqué. Cet ensemble peut inclure des informations transmises et stockées par des moyens électroniques.* » et le point 13 (point 12 de la directive 2004/17) du même article définit la notion de moyen électronique comme « *[...] un moyen utilisant des équipements électroniques de traitement (y compris la compression numérique) et de stockage de données, et utilisant la diffusion, l'acheminement et la réception par fils, par radio, par moyens optiques ou par d'autres moyens électromagnétiques.* ». La référence à la compression numérique sans une référence à la cryptographie nous semble relativement étrange. Il est vrai que la première peut dénaturer la substance de « l'écrit » d'origine et pas la seconde, mais si c'est cela qui est en cause, le juge va devoir préciser le niveau de compression admis au cas par cas, en fonction de la nécessité d'avoir un « écrit » plus ou moins fidèle à l'original.

entreprises si la base de données que cela représente est correctement gérée et ouverte²³⁵. Reste que cette évolution ne pourra avoir lieu dans des conditions acceptables que si l'on pose des bases saines à la certification et aux signatures électroniques, ce qui n'a pas encore été spécifiquement fait dans le cadre de la commande publique²³⁶.

§ 2^e : Le critère organique

660. C'est largement qu'il faut entendre le critère organique de la notion de commande publique. En réalité, la définition qu'il faut retenir est peu différente de celle de la notion de « marchés publics » au sens communautaire. Elle se divise ainsi en deux grandes catégories de personnes, d'une part les personnes devant passer de tels contrats, que l'on peut regrouper sous le terme de « commanditaires » (A). D'autre part les personnes pouvant devenir les cocontractants de ces premières personnes, celles qui pourront répondre aux appels à contracter des commanditaires et que l'on regroupera sous le terme de « commandités » (B).

A) Les « commanditaires »

661. Au terme de la définition de la commande publique que nous avons exposée, les « commanditaires »²³⁷ seront les personnes morales de droit public (1) et les personnes morales de droit privé qui sont « soit contrôlées par une ou plusieurs personnes publiques, soit qui [ont] en charge des deniers publics » (2).

1) Les personnes morales de droit public

662. Les personnes morales de droit public constituent le cœur des personnes soumises au droit de la commande publique, et en nombre elles en sont d'ailleurs la grande

²³⁵ La difficulté peut en revanche exister en cas d'incompétence des collectivités locales en la matière. L'aide qu'elles pourraient chercher auprès de professionnels pour la mise en place de ces procédures informatisées serait en effet par elle-même un marché de services.

²³⁶ Encore un point sur lequel on verrait un intérêt à reconnaître une notion de commande publique afin d'unifier le régime des certifications à tous ces contrats. Cela se rapproche des réflexions que nous avons sur la normalisation, *cf. infra*. Sur un plan plus général, on notera le développement de la signature électronique, tant sur le plan européen par la directive 1999/93/CE du parlement européen et du Conseil *sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques*, que sur le plan interne avec les articles 1316 à 1316-4 du code civil issus de la loi 2000-230 du 13 mars 2000 *portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique*.

²³⁷ Le sens qu'il faut donner à cette qualification est évidemment bien différente des « commanditaires » du droit des sociétés qui sont les « associés d'une société en commandite, simple bailleur de fond n'ayant pas la qualité de commerçant et n'étant pas tenu que sur son apport »

majorité. Le Code des marchés publics actuel²³⁸, la loi Sapin²³⁹ ou l'ordonnance sur les contrats de partenariat²⁴⁰ en font leurs seuls champs d'application organique et elles sont les pouvoirs adjudicateurs « par nature »²⁴¹ des directives communautaires²⁴².

On pourrait opposer à cette vision large de commande publique que tous ces textes ne visent pas l'ensemble des personnes publiques. Cette critique ne serait pas justifiée. En effet, non seulement une partie du régime de la commande publique peut s'appliquer à elles, même si elles ne sont pas, par exemple, visées par le Code des marchés publics, mais en plus des dispositions particulières peuvent mettre en place des exclusions. De surcroît, l'exclusion ne touche en réalité que les établissements publics industriels et commerciaux de l'État. Ils ne font pas partie des personnes devant passer des marchés publics dans le cadre des contrats du Code, tous les autres textes visant « les personnes publiques ». Il n'est pourtant pas abusif de considérer qu'ils font partie de la commande publique dans la mesure où ils sont par ailleurs soumis au droit communautaire dans certaines hypothèses²⁴³.

2) Les personnes morales de droit privé sous influence publique

663. La référence à la définition communautaire des organismes de droit public est indispensable à la détermination des personnes morales de droit privé qui doivent être incluses dans la notion de commande publique. Aux organismes visés dans les deux directives²⁴⁴ il faut ajouter les entreprises publiques de la directive « secteurs spéciaux »²⁴⁵ et les entités privées dans ces mêmes secteurs qui bénéficient de droits exclusifs et spéciaux²⁴⁶. Pour ce qui est du droit interne, les sociétés d'économie mixte sont partiellement soumises à des procédures de mise en concurrence par l'article 48 de la loi

²³⁸ L'article 1^{er} du Code des marchés publics de 2004 dispose qu'il s'agit de « *contrats conclus [...] par les personnes morales de droit public mentionnées à l'article 2* » lequel précise qu'il s'agit des contrats passés par « *l'État, ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales et leurs établissements publics* » ou par leurs mandataires.

²³⁹ L'article 1411-1 du CGCT comme l'article 38 de la loi 93-122 du 29 janvier 1993 contiennent depuis la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 *portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier*, dire « MURCEF », un premier alinéa définissant la délégation de service public qui dispose qu'il s'agit d'un contrat « *par lequel une personne morale de droit public confie [...]* ».

²⁴⁰ Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 *sur les contrats de partenariat*, J.O. n° 141 du 19 juin 2004 page 10994 texte n° 2, dont l'article 1^{er} précise que ces contrats sont conclus par « *l'État ou un établissement public de l'État* » et l'article 14 insère un nouvel article L. 1414-1 au CGCT qui dispose qu'il s'agit de contrats « *par lesquels la personne publique confie à un tiers [...]* ».

²⁴¹ La qualification n'est pas officielle, elle fait référence à *infra* 1^{ère} partie, Titre 2^e.

²⁴² Directive 2004/18, article 1^{er} point 9 : « *Sont considérés comme « pouvoirs adjudicateurs » : l'État, les collectivités territoriales, les organismes de droit public et les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public* ». Cet article correspond à l'article 2-1.-a) de la directive 2004/17 puisque les pouvoirs adjudicateurs sont la partie la plus importante des entités adjudicatrices.

²⁴³ Quand ils correspondent à des organismes de droit public ou, mais uniquement dans les secteurs spéciaux, quand ils sont des entreprises publiques. Sur ce point, *Cf. infra*, 1^{ère} partie, Titre 2^e.

²⁴⁴ *Cf.* note 242

²⁴⁵ Article 2-1-b de la directive 2004/17.

²⁴⁶ Art. 2-2 b) de la directive 2004/17.

Sapin lorsqu'elles passent des contrats de travaux, d'études ou de maîtrise d'œuvre pour l'exécution ou les besoins du service public. Elles font partie de ces personnes privées « sous influence publique ». Ce dernier texte est spécialement intéressant dans la perspective d'une notion de commande publique en ce qu'il précise que ces contrats des SEM « sont soumis aux principes de publicité et de mise en concurrence prévus par le Code des marchés publics dans les conditions fixées par décret en Conseil d'État ». La première conséquence de la qualification de commande publique est justement la soumission à ses principes, même s'ils ne sont pas au sens strict des « principes de publicité et de mise en concurrence ».

664. L'« influence publique », ou plus précisément le *contrôle direct ou indirect par une ou plusieurs personnes publiques* ou la *charge de deniers publics* est un critère trop large qu'il convient de limiter. Pour ce faire, il serait possible de recourir à des critères réducteurs et d'énumérer des exceptions. Cette solution permettrait de s'approcher de la notion communautaire tout en continuant à s'en démarquer. On préférera faire appel au terme de « commanditaire » qu'il est ensuite possible de préciser dans la suite de la définition des contrats de la commande publique.

Ces deux hypothèses permettent non seulement de préciser la notion et de la rendre plus stricte, mais aussi d'évacuer un certain nombre de personnes qui devraient être soumises au droit de la commande publique et dont on ne voudrait pas qu'elles le fussent. La qualification de « contrat de la commande publique » n'emporterait pourtant en elle-même des contraintes acceptables par un bon nombre de personnes même privées, les véritables procédures contraignantes n'étant liées qu'aux sous-qualifications et non à celle de commande publique. Les principes de la commande publique et leurs conséquences sur l'obligation d'une « mise en concurrence minimum »²⁴⁷ sont ainsi proches de ce que l'on peut rencontrer comme contraintes dans les services « achat » des entreprises privées.

B) Les « commandités »

665. Les développements précédents à propos des personnes pouvant répondre à un marché public, ou aux autres contrats dont la passation est réglementée, posent pour l'essentiel les contraintes et les limites qui valent pour l'ensemble de la commande publique²⁴⁸. Le principe en est que la nature de personne publique ou privée du « commandité »²⁴⁹ n'importe pas, mais que son activité doit être marchande. Là encore, des exceptions peuvent être apportées pour des personnes dont on estimerait qu'elles ne devraient pas pouvoir répondre à un marché comme cela pourrait être le cas pour des personnes étrangères dans le cadre de contrats touchant à la sécurité de l'État. On peut

²⁴⁷ Cf. *supra* 2^e partie, titre 2^e.

²⁴⁸ Cf. *infra* 1^e partie, Titre 2^e, Section 2^e.

²⁴⁹ Le terme « commandité » ne doit pas, bien entendu, être entendu au sens du droit commercial, d'un « associé commerçant d'une société en commandite, responsable personnellement et indéfiniment des dettes sociales. ». On regroupera sous cette qualification, l'ensemble des personnes susceptibles de répondre à un contrat de la commande publique.

tout autant envisager des limites tenant à l'exclusion de cocontractants fondé sur leurs capacités financières ou le paiement qu'ils pourraient ne pas avoir effectué de leurs charges sociales ou impôts. Reste que ces exceptions ne retirent rien à la capacité d'avoir une appréciation large des commandités.

§ 3^e : Le critère matériel

666. Le critère matériel de la notion de commande publique fait référence au fait que la personne commanditaire « *se procure pour elle-même ou pour les usagers du service public dont elle a la responsabilité des biens corporels ou des services* ». Deux points doivent être précisés à son sujet.

Le premier porte sur la référence à l'objet matériel des marchés publics tel qu'il a été présenté plus haut²⁵⁰. On a en effet conclu que l'évolution des objets visés par les marchés publics était sans cesse allée dans le sens d'une extension, jusqu'à aujourd'hui prendre en compte tous les biens. Les marchés de travaux portent ainsi sur tous les biens immeubles, et les marchés de fournitures visent l'ensemble des biens meubles. Plus encore, les marchés de services peuvent eux aussi être regroupés comme étant tous des biens incorporels s'analysant comme des obligations de faire. Ces analyses ne sont pas modifiées pour la commande publique dont le critère matériel, en réalité, n'est limité que par le caractère mercantile ou non du bien en question. Cette approche théorique ne se traduit pas parfaitement dans la définition proposée dans laquelle sont distingués les *biens* et les *services*. La raison principale en est que cette approche n'est pas assez immédiatement intelligible par les personnes susceptibles d'utiliser une telle définition.

667. La référence dans cette définition à l'ensemble des biens et des services n'exclut pas par ailleurs la mise en place de sous catégories de biens soumis à des procédures différentes comme c'est le cas aussi bien en matière de marchés publics interne avec la distinction entre les travaux, les fournitures et les services, que communautaires avec la même distinction ou celle qui est faite entre les secteurs classiques ou les secteurs spéciaux ; ou même dans le cadre des délégations de *services publics* limitées à une partie seulement des services²⁵¹. À ces distinctions entre les services, les sous-catégories peuvent de la même manière ajouter des exclusions pour une partie des objets que peuvent avoir ces contrats comme c'est le cas pour les contrats touchant certains biens ou services, tels que ceux de l'article 3 du Code des marchés publics.

668. Les délégations de service public rentrent dans les contrats de la commande publique par l'effet de deux éléments de cette définition matérielle. Elles sont tout d'abord, on vient de le voir, incluses dans la notion de « services » qui comprend les services publics. Elles sont ensuite, dans la condition portant sur le bénéficiaire du contrat. Ainsi, lorsque le contrat est destiné à fournir au commanditaire un bien « *pour lui-même* », il

²⁵⁰ Cf. *infra*, 1^e partie, Titre 1^{er}.

²⁵¹ À cet égard, on a dit les difficultés que pourraient poser les « concessions de services » du droit communautaire si on les limite pas aux services *publics* ou *d'intérêt général* comme dit plus volontiers le droit communautaire.

s'agit le plus souvent d'un marché public ; et lorsque le commanditaire entend se procurer un service ou un bien « *pour des usagers du service public dont elle a la responsabilité* », il s'agira alors tout aussi souvent de délégations de service public. Remarquons que cette différence n'est pas absolue. Ainsi, lorsque la personne publique fait éditer une brochure pour expliquer le fonctionnement de son administration, le marché est destiné aux usagers du service ; et à l'inverse, lorsque la délégation de service public porte sur la promotion, par le sponsoring, de l'image d'une collectivité locale, on peut objectivement dire que cette dernière en est elle-même le premier bénéficiaire, et non les usagers²⁵².

§ 4^e : le critère de la rémunération

669. Le temps où l'autorité publique se faisait payer directement ses ouvrages ou ses dépenses militaires en nature, par des corvées ou la levée du Ban est révolu²⁵³. La question de la rémunération est aujourd'hui centrale dans les définitions des marchés publics et des délégations de service public, notamment comme fondement de la différence entre ces deux catégories contractuelles²⁵⁴.

670. Le prix est habituellement analysé comme la contrepartie des biens obtenus par la personne publique, par le pouvoir adjudicateur ou par l'entité adjudicatrice dans les marchés publics. Il est le second élément matériel, avec le bien objet de la commande, qui donne à ces contrats le caractère synallagmatique. Ce « prix », qui pose déjà quelques problèmes de définition, trouve classiquement son pendant dans le « droit d'exploiter le service ou l'ouvrage » dans le cadre des concessions du droit interne. La situation actuelle est pourtant plus complexe que cela.

D'un côté, on est en présence d'un débat doctrinal qui vise à distinguer, sur le fondement du critère de la rémunération, et dans le cas où aucun autre critère ne le permet, les délégations de service public des marchés publics. La solution aujourd'hui applicable en droit positif trouve une forme de stabilité, entre risque et prix, qui a le mérite

²⁵² TC 5 juillet 1999, *Société international management group*, req. n° 3133 ; *DA*, 1999, comm. n° 272 : « *Considérant [...] que le contrat litigieux confiait à la société international management group tant la conception des opérations de communication et de publicité envisagées pour promouvoir l'image du département à l'occasion du Masters de Paris, que leur exécution ; qu'ainsi cette société participait à l'exécution même d'un service public administratif, [compétence administrative]* »

²⁵³ M. F. MALAPERT, *Histoire de la législation des travaux publics*, Paris, *Librairie générale de l'architecture*, 1880, dans son chapitre 8 § 3^e lie aussi le phénomène des corvées à la rémunération des marchés. Il envisage aussi les autres modes de paiement des travaux comme l'impôt sur l'or et les péages. On touche ici l'idée que les contrats que l'on qualifierait aujourd'hui de « concessions » ou de « marchés publics » n'avaient pas sous l'Ancien Régime de différences sur ce plan : le contrat qui prévoyait la mise en place d'un pont financé par péage ne différait pas du contrat qui mettait en place un pont financé par l'impôt, il était dans les deux cas considéré comme un « marché », c'est-à-dire un contrat de travaux.

²⁵⁴ On a pu penser pendant un temps que les contrats en dessous des seuils de passation ne rentraient pas dans la qualification des « marchés publics ». Cette théorie a été rapidement abandonnée, non seulement en droit communautaire mais aussi par le droit interne, abandon que le Code des marchés publics de 2004 a encore rappelé en précisant à son article 1^{er} que « *Quels que soient leurs montants, les marchés publics respectent les principes [...]* » (il s'agit d'un ajout par rapport au texte du Code des marchés publics de 2001).

d'être à la fois relativement « objective » par le recours aux résultats financiers, et suffisamment souple par l'analyse de ces résultats au regard du critère du « risque » (A).

D'un autre côté, on ne peut que constater que le critère de la rémunération doit être pris le plus largement possible dans le cadre de la commande publique puisque ses contrats englobent les deux catégories qu'il conduit à distinguer (B).

A) Le critère de la rémunération : un débat central dans la différence entre marchés publics et délégations de service public

671. La rémunération a été abordée de différentes façons durant l'histoire des contrats de l'administration, et souvent comme moyen, changeant, de distinguer les concessions des marchés (1), il a aujourd'hui aussi ce rôle à travers le critère de la « rémunération substantiellement fondée sur les résultats de l'exploitation », souvent décrié²⁵⁵ (2).

1) Généalogie de l'utilisation de la rémunération et du transfert de risque comme élément de définition

672. La distinction des différentes catégories contractuelles au sein des contrats des personnes publiques est l'objet de nombreux développements dans les manuels et ouvrages de la doctrine. L'analyse comparée des définitions des concessions et des marchés permet de trouver dans le mode de rémunération ou dans le transfert du risque la principale différence entre ces deux contrats. La solution n'est pourtant pas unanime, peu d'auteurs se référant au critère du risque comme élément de distinction, puisqu'il apparaît souvent comme un point commun aux concessions et marchés (a). En revanche, beaucoup d'auteurs se réfèrent au mode de rémunération (b). C'est ensuite que réapparaîtra le critère du risque mais seulement dans le cadre des concessions (c).

a) Le recours au critère des « risques et périls » dans les définitions des catégories contractuelles et son caractère inopérant

673. Les définitions que la doctrine donne classiquement des différentes catégories de contrats font la plupart du temps appel à la notion de « risques et périls » de l'entrepreneur. AUCOC considère ainsi que ce risque fait partie des critères des marchés²⁵⁶

²⁵⁵ Cf. PH. TERNEYRE, note sous CE 15 avril 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône*, RFDA, 1996, pp. 718-722 ; J.-C. DOUENCE, « Observations sur l'application à certains contrats de la distinction entre marchés et délégations fondée sur le mode de rémunération », RFDA, 1999, pp. 1134-1146 qui parle de « critère indéfinissable » et de « critère inutilisable »

²⁵⁶ L. AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'école des ponts et chaussées*, Paris, Dunod ed., Tome 2, 1870, n° 588, p. 145 : « l'entreprise diffère de la régie en ce que l'entrepreneur, qui contracte avec l'administration, s'engage, moyennant un prix donné et sous certaines conditions, à exécuter un travail en courant des

mais ne l'envisage pas pour les concessions²⁵⁷, position parfaitement inverse de celle du Répertoire Dalloz de 1905 qui inclut le risque dans la définition des concessions mais ne l'évoque pas à l'occasion des marchés²⁵⁸.

674. Le véritable statut du risque est vraisemblablement à trouver dans une solution médiane que défendent d'autres auteurs parmi les plus éminents : il existe à la fois dans le cadre des marchés et dans celui des concessions. Telle est notamment la position du doyen HAURIOU dans les dernières éditions de son *Précis*, le marché étant défini comme conclu aux « *risques et périls* » de l'entrepreneur et la concession comme étant aux « *frais, risques et périls* » du concessionnaire²⁵⁹. Sa pensée a évolué sur ce point puisque la 4^e édition du même précis n'abordait pas le critère du risque²⁶⁰ ; en ce sens, l'évolution postérieure donnera plutôt raison à sa première idée. L'école du service public rejoint sur ce point celle de la puissance publique puisque JÈZE défend, lui aussi, dans son ouvrage sur *les contrats administratifs*, une reconnaissance généralisée du transfert du risque dans les concessions comme dans les marchés²⁶¹.

chances de gain ou de pertes, *suivant qu'il aura plus ou moins bien fait ses calculs ou que les circonstances seront plus ou moins favorables.* »

²⁵⁷ *Ibidem* : « *Quant à la concession, troisième mode d'exécution des travaux publics, c'est un contrat par lequel une ou plusieurs personnes s'engagent à exécuter un travail à la condition d'être rémunéré de leurs soins et de leurs dépenses, non pas par une somme d'argent, que leur paye directement l'administration après achèvement du travail, mais par la perception d'une rétribution imposée pour un temps plus ou moins long aux particuliers qui profitent du travail. Nous indiquons ici la condition essentielle du contrat de concession, on verra plus tard qu'il peut s'y adjoindre des conditions accessoires.* »

²⁵⁸ *Répertoire alphabétique du droit français, Tome 35 « succession - travaux publics », article « travaux publics ».* Publié par A. CARPENTIER et G. FRÈREJOUAN du SAINT, Paris, *Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts (fondé par J.-B. Sirey) et du journal du palais*, 1905, n° 119 concessions de travaux « *L'administration peut se substituer, pour son exécution et son entretien, une société ou un simple particulier, qui s'engage à procéder à cette exécution et à cet entretien à ses risques et périls et qui reçoit, en échange, un certain nombre d'avantages variables avec la nature de la concession mais consistant, le plus ordinairement, dans le droit de percevoir une taxe de transport ou de péage ou de vendre, avec monopole de fait, certains produits* » & qui définit ensuite les marchés de travaux publics comme le « *Contrat par lequel un entrepreneur s'engage envers une administration publique à exécuter, moyennant un certain prix, un ouvrage convenu.* »

²⁵⁹ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, Sirey, 1933, 12^e ed., réédition Dalloz, 2002, 1150 pp., spé. p. 930 « *L'entreprise ou marché de travaux publics est un contrat par lequel un entrepreneur s'engage envers une administration publique à exécuter, sous la surveillance de celle-ci, mais à ses risques et périls, l'ouvrage convenu, moyennant un prix en argent qui doit lui être payé d'après des bases déterminées* » & p. 940 « *la concession est une opération par laquelle un particulier se charge à ses frais, risques et périls, du fonctionnement d'un service public et, le cas échéant, de l'exécution de travaux publics, grâce à un octroi temporaire de droits de puissance publique effectué d'une façon réglementaire, grâce aussi à une rémunération prévue contractuellement et résultant généralement de taxes qu'il reçoit l'autorisation de percevoir sur les usagers du service* ». Ces définitions sont reprises à l'identique dans la 5^e édition de son *Précis élémentaire de droit administratif*, Paris, *Librairie du Recueil Sirey*, 1943, refondu et mis à jour par A. HAURIOU, 534 pp., notamment p. 427 pour les concessions et p. 423 pour les marchés.

²⁶⁰ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public général à l'usage des étudiants en licence et en doctorat ès-sciences politiques*, Paris, L. Larose ed., 4^e ed. 1901, VI-896 pp., spé. p. 423 « *l'entreprise ou marché de travaux publics est un contrat par lequel un entrepreneur s'engage envers une personne administrative à exécuter l'ouvrage convenu, moyennant un prix en argent que celle-ci doit lui payer d'après des bases déterminées.* » & p. 427 « *La concession de travaux publics est un contrat par lequel un entrepreneur s'engage, envers une personne administrative, à exécuter un travail public, moyennant la concession de l'occupation de l'ouvrage public pendant un certain délai et la permission de lever une taxe sur le public à l'occasion de l'usage que celui-ci fait de l'ouvrage public* ».

²⁶¹ G. JÈZE, *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics*, Paris, *Marcel Giard ed. puis Librairie générale de droit et de jurisprudence*, 1927, spé. Tome 1, 257 pp., spé. p. 40 pour

Cette position doctrinale se comprend aisément, le droit civil faisant porter le risque sur le chef du cocontractant. Il en est ainsi, par exemple, des contrats de construction. La conséquence logique sur la distinction entre marchés et concessions, en est le caractère inopérant du critère du risque, auquel se substituent d'autres critères fondés sur la rémunération.

b) L'utilisation des critères fondés sur la rémunération pour distinguer marchés et concessions

675. Le recours au critère du risque dans les marchés comme dans les concessions conduit à l'estimer inopérant pour distinguer ces deux catégories contractuelles. On pourrait aller plus loin et le trouver largement inutile en considérant qu'en absence de risque transféré au cocontractant, on ne voit pas bien les conséquences que cela aurait sur le plan de la légalité des contrats. Aucun arrêt ne considère en effet ces contrats comme illégaux, ni que cette absence de transfert de risque implique l'inapplicabilité des règles de passation. La première raison que l'on peut trouver au recours au critère du risque est la volonté de la doctrine de renforcer la différence avec le procédé de la régie, mais cette explication est peu convaincante. La seconde raison à la référence au risque est surtout de rappeler cette règle alors justement qu'elle va contre le régime naissant des contrats administratifs qui, fondamentalement, vise à réduire le risque des entreprises en contrepartie des prérogatives de l'administration et dans un but de continuité du service public.

Il reste, quelles que soient les raisons qui ont présidé à la généralisation du critère du risque, que c'est dans les autres critères et notamment dans celui de la rémunération, que l'on va trouver le moyen de distinguer les marchés des concessions.

676. Si l'on reprend les auteurs, ce qui caractérise le marché est le versement d'un *prix*, voire, dit HAURIU, d'un « *prix en argent* »²⁶² ou, dit JÈZE, « *une rémunération en argent* »²⁶³. Ce critère est généralisé même si l'on reconnaît déjà qu'il n'est pas absolu, JÈZE lui-même précisant que pour les marchés de travaux publics, l'un des éléments essentiels est que le contrat est passé « *moyennant une rémunération en argent ou autrement* »²⁶⁴. Il faut dire que certains textes organisaient depuis de nombreuses années des moyens de paiement alternatifs, notamment en nature²⁶⁵, et que la jurisprudence avait accepté la qualification de

les marchés de fourniture dont le 4^e « élément essentiel » de définition est : « *la fourniture est aux risques et périls du fournisseur* » ; p. 46 pour les marchés de transport, 4^e point similaire ; p. 50 pour les marchés de travaux publics dont le 4^e « élément essentiel » est aussi : « *4^o les risques sont pour l'entrepreneur.* » ; enfin, p. 56 pour les concessions dont le 3^e élément est : « *3^o L'exploitation a lieu aux risques et périls du concessionnaire.* ».

²⁶² M. Hauriou, *Op. Cit.* p. 930, voir note 260

²⁶³ G. JÈZE, *Op. Cit.* p. 40, 3^e « élément essentiel » de la définition des marchés de fourniture, p. 46, 3^e élément des marchés de transport.

²⁶⁴ G. JÈZE, *Op. Cit.* p. 50.

²⁶⁵ On pense notamment aux textes qui permettaient aux entrepreneurs de route de se rémunérer partiellement au moins sur la vente des matériaux pris dans les carrières et avec lesquels ils construisaient les « ouvrages » publics. Cf. Circulaire du 21 novembre 1866 d'application du CCAG du

marché du fait d'une garantie d'emprunt²⁶⁶. Cet auteur ne voulait certainement pas que sa théorie tombât sous l'effet d'exceptions textuelles ou jurisprudentielles.

677. Pour ce qui est des concessions, le critère est le droit de lever une taxe – ensuite qualifiée de redevance – sur le public en contrepartie et à l'occasion de l'utilisation de l'ouvrage issu du travail public ou, et c'est le cas le plus courant, à l'occasion du service rendu.

En définitive, la distinction entre marchés et concessions était donc effectivement fonction d'un critère fondé sur la rémunération entre, d'une part le prix et, d'autre part, la redevance sur les usagers. Le risque a pourtant ensuite été réintroduit comme élément de distinction en apparaissant comme l'un des critères des concessions.

c) La réapparition du critère du risque

678. Les définitions jurisprudentielles qui sont intervenues au début du XX^e siècle ont fortement contribué à la réapparition – ou au maintien partiel – du critère du risque.

679. C'est notamment le cas du « Grand arrêt » du Conseil d'État du 30 mars 1916 *Gaz de Bordeaux*²⁶⁷, dans lequel le juge administratif a considéré « que la variation du prix des matières premières à raison des circonstances économiques constitue un aléa du marché qui peut, suivant le cas, être favorable ou défavorable au concessionnaire et demeure à ses risques et périls, chaque partie étant réputée avoir tenu compte de cet aléa dans les calculs et prévision qu'elle a faits avant de s'engager », sauf à ce que circonstances exceptionnelles « déjoue les calculs » et bouleverse absolument « l'économie du contrat », ce qui conduit le juge à limiter le risque en accordant une indemnité au concessionnaire pour avoir rendu le service dans ces circonstances exceptionnelles. Cette position visant à démontrer la place du risque dans les contrats de concessions se retrouve par ailleurs dans l'arrêt du Conseil d'État du 8 février 1918 *Société d'éclairage de Poissy*, pour les marchés publics de fournitures²⁶⁸.

Si les deux arrêts permettent d'appliquer la théorie des circonstances exceptionnelles aux marchés comme aux concessions, on remarquera que les deux contrats en cause ont comme point commun d'être de longue durée, la concession l'est classiquement, mais c'est aussi le cas du « marché de fourniture » de la seconde espèce qui

16 novembre 1866 dont le titre II permet cela. Cf. M. F. MALAPERT, *Histoire de la législation des travaux publics*, Paris, *Librairie générale de l'architecture*, 1880, 521 pp., spé. p. 378

²⁶⁶ C'est le cas d'un arrêt CE 13 avril 1894, *Syndicat du Canal de Gignac*, rec. p. 252. Cet espèce concerne le même canal que celui du « Grand arrêt » du Tribunal des conflits du 9 décembre 1899, mais porte sur la qualification du contrat qui est appelé « marché de travaux publics » par le Conseil d'État en considération du versement d'une subvention et l'accord d'une garantie d'emprunt au cocontractant.

²⁶⁷ CE 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, rec. p. 125, concl. P. CHARDENET ; *GAJA* 14^e ed. n° 32, pp. 188-196 ; *RDP*, 1916 pp. 206 et 388, concl. P. CHARDENET, note G. JÈZE ; *Sirey* 1916.3.17, concl. P. CHARDENET, note M. HAURIOU. Cet arrêt qui fonde la théorie de l'imprévision apporte notamment sur le caractère risqué du contrat.

²⁶⁸ CE 8 février 1918, *Société d'éclairage de Poissy*, rec. p. 121 ; *RDP*, 1918, p. 248, concl. CORNEILLE

est d'une durée de 10 ans²⁶⁹. Or, c'est cette condition de longue durée qui a, nous semble-t-il, modifié le critère du risque : il ne s'est plus agi alors d'un risque propre à des circonstances possibles mais inattendues au moment du marché, ceux que l'on rencontre notamment dans les marchés de travaux – intempéries, sol nécessitant des fondations plus profondes – qui sont des risques « initiaux », mais d'un risque de *gestion* dû à la longue vie du contrat.

680. Or ce nouveau critère du risque de « gestion » s'est trouvé limité aux concessions puisqu'entre-temps, les « marchés », et notamment les marchés de fournitures, étaient devenus des contrats de durée relativement courte²⁷⁰. On pourrait résumer l'évolution en disant que le critère du risque – sous entendu « de gestion » – est venu remplacer le critère de la longue durée du contrat, et que l'évolution des marchés vers des contrats de courte durée a conduit le critère du risque à n'être applicable qu'aux concessions.

On a considéré que cet élément de *régime*, au départ applicable aussi bien aux marchés qu'aux concessions, puis seulement aux concessions, devait devenir un élément de *définition* des seules concessions. La doctrine est en effet allée dans ce sens. C'est ainsi que le *Traité des contrats* n'emploie les termes de « frais et risques » que pour la définition de concessions de service²⁷¹ et non pour celle des marchés. Le professeur René CHAPUS fait montre de la position ambiguë qui résulte aujourd'hui des liens difficiles entre le risque et la rémunération en estimant que le transfert des « frais et risques » au concessionnaire fait partie de la « *conception classique et stricte de la concession* »²⁷² mais que « *le mode de rémunération, par les usagers, du concessionnaire* » fait tout autant partie de cette « *conception classique et stricte de la concession* »²⁷³.

L'évolution interne de la concession comme devenant une sous-catégorie des délégations de service public, ainsi que la reconnaissance de deux notions communautaires de « concessions de travaux publics » et de « concessions de services » ont conduit la doctrine et le législateur à revoir les définitions et les critères de distinctions entre les marchés et les concessions. Celle-ci est aujourd'hui fondée sur un critère nouveau, à mi-chemin entre le critère de la rémunération et le critère du risque, qui fait l'objet de critiques et qui est souvent mal compris.

²⁶⁹ Les conclusions précitées du commissaire du gouvernement CORNEILLE nous enseignent que le contrat a duré de janvier 1918 à décembre 1917.

²⁷⁰ Rappelons (*cf. infra* Première partie, Titre 2^e) que les marchés de fournitures notamment étaient, jusqu'au début du XX^e siècle, par nature de longue durée. On estimait même que les contrats de fournitures ponctuels étaient des contrats de droit privé et que seuls ceux de longue durée étaient des « marchés ».

²⁷¹ A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, Tome 1, 2^e ed., 1983, spé. p. 285 n° 227 : « On définit classiquement la concession de service public comme la convention par laquelle une collectivité publique (le concédant) charge une entreprise privée (le concessionnaire) de faire fonctionner le service public à ses frais et risques, en se rémunérant par des redevances perçues sur les usagers » *et* p. 244, n° 188 : « On peut, en s'appuyant à la fois sur la doctrine et sur la jurisprudence, définir le marché public comme un contrat par lequel le cocontractant de l'administration s'engage à fournir à celle-ci une prestation, au sens large, moyennant le versement d'un prix ». Notons que le *Traité des contrats* ne reprend pas l'idée des « frais et risques » dans la définition des concessions de travaux publics (n° 250)

²⁷² R. CHAPUS, *Droit administratif général*, Paris, LGDJ, 15^e ed., 2001, Tome 1, n° 809

²⁷³ *Ibidem*, n° 809 *in fine* et n° 810 3°)

2) Un critère mixte entre mode de rémunération et risque

681. La mise en place de la catégorie contractuelle des délégations de service public par la loi « Sapin »²⁷⁴ a bouleversé l'appréhension des concessions en n'en faisant qu'une sous-catégorie soumise à des procédures de passation, au même titre que les affermages et certaines régies intéressées, contrats dont les modes de financements sont différents. Il s'en est suivi que le critère de la rémunération sur les usagers ne pouvait suffire, ne serait-ce que parce que les usagers étaient absents de certains de ces contrats qui déléguaient un service public²⁷⁵.

682. De plus, le début des années 1990 a été une époque d'inventivité contractuelle qui a conduit les opérateurs économiques et les personnes publiques à sortir des cadres classiques des concessions ou des marchés en développant des montages contractuels complexes et des financements *ad hoc*. Le critère relativement clair du prix ou de la rémunération sur les usagers ne correspondait alors plus à la réalité des contrats issus de ce que l'on a appelé « l'ingénierie juridique ».

Ces deux considérations ont conduit le juge à devoir redéfinir la différence entre marchés publics et délégations de service public. Constatant qu'historiquement la rémunération fondait cette différence, c'est autour de ce critère que le Conseil d'État a cherché à trouver une solution. C'est d'ailleurs ce à quoi l'invitait le droit communautaire qui fait lui aussi la différence entre « concessions » et « marchés publics » sur le fondement du critère de la rémunération²⁷⁶. Pour ce dernier, les marchés sont des contrats « à titre onéreux » dont la contrepartie est un « prix », tandis que les concessions de travaux publics ou de service ont comme contrepartie « soit uniquement [...] le droit d'exploiter [« l'ouvrage » ou « le service »], soit [...] ce droit assorti d'un prix »²⁷⁷. Hors ce critère, l'ensemble des caractéristiques de ces contrats peuvent – mais ne doivent pas nécessairement – être identiques.

683. La solution à la question du critère de distinction est venue de l'arrêt du Conseil d'État du 15 avril 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de Lambescq*²⁷⁸ qui a

²⁷⁴ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, *Relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques* dite « loi Sapin », J.O. du 30 janvier 1993

²⁷⁵ C'est, on le sait, le cas des régies intéressées que l'on peut définir comme le contrat par lequel l'exploitation d'un service public se fait pour le compte de la personne publique délégante en contrepartie d'une rémunération payée par elle, rémunération dépendant le plus souvent des résultats de l'exploitation.

²⁷⁶ Malgré des évolutions communautaires dans les directives de 2004 qui donnent une définition officielle des « concessions de service », rien n'a d'ailleurs changé depuis.

²⁷⁷ Ces définitions sont issues des articles 1^{er}-3 et 1^{er}-4 de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004, *relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services*, JOUE L134 du 30 avril 2004, ainsi que des articles 1^{er}-3 a) et b) de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 *portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux*, JOUE L. 134 du 30 avril 2004. Rappelons que si les concessions de travaux sont soumis à des procédures de passation particulières, les concessions de service ne sont, aux termes de l'article 17 de la directive 2004/18, soumises pour leurs parts à aucune procédures de passation.

²⁷⁸ CE 15 avril 1996, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de Lambescq*, rec, p. 137 ; *Dr. adm.* 1996, comm. n° 355 ; *AJDA* 1996, p. 806 et 729, chron. X. GIRARDOT et D. CHAUVVAUX ; *RFDA* 1996,

estimé que les délégations de service public étaient « *des contrats dans lesquels la rémunération du cocontractant de l'administration [est] substantiellement assurée par les résultats de l'exploitation* » ; élément de définition que la loi MURCEF a repris en substance dans sa définition textuelle des contrats de délégation de service public²⁷⁹.

Rappelons par ailleurs que ce critère ne vaut que subsidiairement, c'est-à-dire lorsque tous les autres critères sont communs aux marchés et aux délégations, cas qui peut arriver puisque l'on a dit qu'ils étaient tous les deux des contrats de la commande publique, mais qui n'est pas automatique. Un contrat de marché public ne peut donc pas toujours être confondu avec un contrat de délégation de service public : cela n'est le cas que lorsque la personne contractante est une personne publique (donc dans le cadre de marchés publics au sens interne mais pas dans le cas de tous les marchés au sens communautaire), que le service géré est un service public (et pas seulement un « service »), que ce service est délégué, ce qui signifie que la personne cocontractante ne fait pas qu'y participer, qu'elle en a la véritable charge, qu'elle l'organise et le gère²⁸⁰. Dans ces seuls cas, lorsqu'il y a transfert de l'exploitation par une personne publique d'un service public, il faut analyser le critère de la rémunération.

La compréhension de ce nouveau critère passe par la reconnaissance de l'insuffisance de chacun des critères du prix et du risque (a), puis par l'analyse de ce critère actuel à « double détente » (b).

a) La reconnaissance de l'insuffisance des critères traditionnels

Le critère actuellement applicable diffère à la fois du critère du prix et de celui du « risque ». C'est qu'aucun des deux n'est aujourd'hui suffisant en lui-même.

684. Le critère du prix qui paraît si clair et « objectif » puisque quantifiable est en effet inadapté. D'une part, la jurisprudence s'est en effet elle-même éloignée d'un « prix en argent » pour accepter dans différents cas des rémunérations différentes. Dans un arrêt du 22 février 1980, *SA des sablières modernes d'Aresy*²⁸¹, le Conseil d'État a jugé que le contrat par lequel la contrepartie de travaux pour le compte d'une commune était la cession gratuite des matériaux extraits des terrains communaux devait être qualifié de marché public. Le « prix » est alors une rémunération en nature. Cette solution a ensuite été reprise à l'occasion de la rémunération de travaux de digues pour le compte de l'État

p. 715, concl. C. CHANTEPY, note. PH. TERNEYRE ; *CJEG* 1996, p. 267, concl. C. CHANTEPY, note R. SAVIGNAT

²⁷⁹ Loi n° 2001-1168, 11 déc. 2001 *portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier*, J.O. 12 déc. 2001, p. 19703 : « Une délégation de service public est un contrat par lequel une personne morale de droit public confie la gestion d'un service public dont elle a la responsabilité à un délégataire public ou privé, dont la rémunération est substantiellement liée aux résultats de l'exploitation du service. Le délégataire peut être en charge de construire des ouvrages ou d'acquérir des biens nécessaires au service »

²⁸⁰ Sur la « délégation », cf. G. GLÉNARD, « La notion de délégation dans le droit de la délégation de service public », *Droit administratif*, 1^{ère} partie, février 2002, Chron. 3 pp. 4-9 ; 2^e partie, mars 2002, Chron. 6 pp. 11-16 et CH. MAUGÜÉ et PH. TERNEYRE, « Les délégations de service public en question », *CJEG*, 1997, pp. 131-146, spé. p. 132.

²⁸¹ CE 22 février 1980, *SA des sablières modernes d'Aresy*, rec. p. 110

par l'octroi d'un droit d'exploiter les terrains exondés²⁸². Ce contrat qui a été qualifié de « marché de travaux publics » est pourtant bien plus une concession de travaux publics... Reste que cela renforce l'idée que le critère du prix ne saurait être utilisable. La solution que le juge administratif donne à la question de la qualification des contrats de « mobilier urbain » va aussi dans ce sens. Il estime en effet qu'il convient de les qualifier de « marchés publics » en considération du fait qu'un abandon de recette s'assimilerait à un prix payé par l'administration. Cette position de la Cour administrative d'appel de Paris à l'occasion des contrats de mobilier urbains²⁸³ trouve d'ailleurs un écho dans un autre arrêt qui concerne un journal d'information municipal²⁸⁴ ; on peut voir là un rapprochement de l'idée de « prix » avec celle « d'aide publique » qui, elle aussi, peut prendre la forme d'un abandon de recette²⁸⁵. La confirmation de ces jurisprudences par le Conseil d'État est attendue²⁸⁶, le juge communautaire allant aussi dans le sens de la Cour administrative d'appel de Paris²⁸⁷.

D'autre part, le droit communautaire a estimé que l'objet des marchés publics de fourniture est « l'achat, le crédit-bail, la location ou la location-vente, avec ou sans option d'achat, de produits »²⁸⁸, ce qui signifie que, dans le cadre de ces marchés, le financement des biens n'est pas au sens strict un « prix »²⁸⁹. Il apparaît donc bien que le critère du prix ne saurait en lui-même suffire à distinguer marchés et délégations.

²⁸² CE Sect. 18 mars 1988, *Société civile des Néo-Polders*, rec. p. 129 ; RDP, 1989, p. 505, note F. LLORENS

²⁸³ Il existe en réalité deux arrêts du même jour et du même nom CAA Paris, plén. 26 mars 2002, *Sté Jean-Claude Decaux, Contrats et marchés publics*, mai 2002, p. 4 concl. V. HAÏM et juillet 2002, p. 17, note A. MÉNÉMÉNIS ; *AJDA* 2002, p. 519, note J.-D. DREYFUS, *ACCP*, juillet 2002, p. 56, note C. CABANES et G. MAUVAIS ; *BJCP* 2002/24, p. 354, concl. V. Haïm ; RFDA 2003, p. 252, article de F. BRENET « La qualification des contrats de mobilier urbain : nouvelles précisions ».

²⁸⁴ CAA Paris, 11 octobre 1994, *SARL Editor Tennog c/ Communes de Houilles*, rec. p. 663, *AJDA*, 1994 p. 901, concl. J.-P. PAITRE ; *LPA*, 26 juillet 1995, p. 38, note V. HAÏM. On remarquera que le commissaire du gouvernement est commun aux deux affaires, ce qui n'est peut-être pas étranger à la proximité des solutions.

²⁸⁵ Cf. P. DELVOLVÉ, *Droit public de l'économie*, Paris, Dalloz, coll. *Précis*, 1998, 799 pp., spé. n° 93, p. 115

²⁸⁶ Le Conseil d'État s'est prononcé sur la nature des contrats de mobilier urbain dans un avis déjà ancien du 14 octobre 1980, n° 327449, *EDCE* 1981, p. 196, mais sur lequel on ne peut se fonder puisque les motifs alors utilisés pour retenir la qualification de marchés publics ne correspondent pas à ceux qu'il faudrait aujourd'hui avancer à la suite de la jurisprudence *Préfet des Bouches-du-Rhône* ou de la nouvelle définition légale des délégations de service public. Voir sur ce point les explications de A. MÉNÉMÉNIS dans sa note sou l'arrêt *Sté Jean-Claude Decaux*, précitée note 283.

²⁸⁷ CJCE, 12 juillet 2001 *Ordine degli architetti delle province du Milano e Lodi, Piero de Amicis, Consiglio nazionale degli architetti et Leopoldo Freyrie c/ Comune di Milano*, affaire C-399/98, rec. 2001 p. I-5409, *BJCP* n° 19/2001, pp. 475-489, concl. (contraires) PH. LÉGER, obs. R. SCHWARTZ et CH. MAUGÜÉ ; *Contrats et marchés publics* 2001, n° 9, p. 10, comm. n° 154 par F. LLORENS ; *ACCP*, 2001, n° 4, p. 61 ; *JCP (G)* 2001, I, n° 368, p. 2250, obs. S. BRACONNIER ; *Europe* 2001, p. 16-17, note F. MARIATTE. Dans cette affaire, il s'agit d'un contrat d'aménagement dont les dispositions bien particulières dépendent de la législation italienne. Le prix des ouvrages construits pas l'aménageur est considéré comme équivalent à la participation dont il a été dispensé par la personne publique.

²⁸⁸ Article 1^{er} 2 c) de la directive 2004/18 : « Les «marchés publics de fournitures» sont des marchés publics autres que ceux visés au point b) ayant pour objet l'achat, le crédit-bail, la location ou la location-vente, avec ou sans option d'achat, de produits. ».

²⁸⁹ L'article 9-6 de la même directive prévoit d'ailleurs des méthodes de calcul pour la valeur estimée du marché à prendre en compte pour l'application des seuils de passation.

685. Le critère du risque ne peut pas non plus, à lui seul, servir de critère à la différence entre les marchés publics et les délégations de service public. D'une part on l'a vu, l'idée de risque est bien souvent présente dans le cadre des marchés publics. C'est vrai pour l'ensemble des marchés « à forfait » dont le prix est ferme²⁹⁰, puisque les risques économiques « normaux » sont alors à la charge de l'entreprise qui ne peut augmenter ses revenus²⁹¹. On retrouve l'idée de HAURIOU ou de JÈZE que les marchés transmettent le risque, l'aléa normal du contrat.

Par ailleurs, on peut prendre la question du risque à travers le droit des contrats administratifs et son régime particulier de l'imprévision ou du fait du prince. La situation est alors inversée puisqu'alors, en tant que contrats administratifs, les concessions ne peuvent être vues comme des contrats complètement « risqués » puisque l'aléa imprévisible ou dû à la personne publique est supporté par le commanditaire.

686. La référence au risque ou au prix, comme celle de la rémunération sur les usagers étant insuffisante, le pouvoir réglementaire n'a pas pu utiliser simplement le critère du « prix » pour définir les marchés publics dans le Code des marchés publics. Cette considération l'a conduit à utiliser le terme de contrat conclu « à titre onéreux » dans son article 1^{er}, même s'il faut noter que le reste du Code utilise le terme de « prix » à de très nombreuses reprises, ce qui n'est pas sans poser le problème du calcul exact de celui-ci lorsqu'il est donné « en nature » ou en abandon de recettes dont on peut ne pas connaître la valeur exacte²⁹². On remarquera que le droit communautaire utilise lui aussi le terme de « contrats à titre onéreux »²⁹³, mais la raison en est différente : elle tient au fait que la notion communautaire de « marché public » inclut celle de « concession » de travaux publics ou de services qui, pour leur part, sont des contrats financés par le « droit d'exploiter » l'ouvrage ou le service, et que le prix qui viendrait en supplément n'est pas obligatoire.

Pour ce qui est de la distinction entre les deux contrats en droit interne, le juge a donc dû mettre en place un critère plus complexe qui prend en compte partiellement ces deux éléments en fonctionnant en deux temps.

²⁹⁰ Cf. S. BRACONNIER, *Droit des marchés publics*, Paris, Imprimerie nationale, éditions techniques coll. *Essentiels experts*, 396 pp., spé. pp. 299-302 pour les définitions des marchés à prix forfaitaires et unitaires, fermes ou provisoires ; ainsi que l'étude de F. BRIAL, « Prix forfaitaires dans les marchés publics », *Droit administratif*, 1997, chron. n° 20

²⁹¹ On retrouve aussi cette idée dans H. PRIEUX, *Traité pratique du droit des travaux publics*, Paris, éditions du moniteur des travaux publics, 2^e ed. 1954, Tome 1^{er}, 853 pp., spé. n° 85 : « en stipulant un prix forfaitaire, l'Administration ne supportera, en principe, aucun aléa. », même s'il reconnaît qu'en pratique, l'entrepreneur arrive souvent à obtenir une indemnité... mais cela est aussi vrai pour les concessions. Le décret n° 2001-738 du 23 août 2001, *Relatif aux règles selon lesquelles les marchés publics peuvent tenir compte des variations des conditions économiques*, donne des détails techniques permettant de juger de la part de risque qui appartient aujourd'hui au commandité.

²⁹² C'est notamment le cas lorsque le prix est le droit de vendre les espaces publicitaires dans un bulletin d'information municipale. Il faut alors faire attention à rentrer dans les cas de l'article 18 du Code des marchés publics dans lesquels le prix peut être provisoire et non définitif comme c'est le principe.

²⁹³ Cf. article 1^{er}, 2-a) de la directive 2004/18

b) le caractère substantiel de la rémunération sur les résultats de cette exploitation : un critère à « double détente ».

687. Par le recours au terme « d'exploitation », le juge montre qu'il brise les critères classiques²⁹⁴ pour en poser un nouveau qui fonctionne en deux temps (α). D'abord la référence à une rémunération qui est fonction de cette exploitation, critère relativement objectif qui se rapproche en cela de celui d'un « prix » aux modalités particulières (β). Ensuite la référence, par l'adverbe « substantiellement » à un critère plus flou qui renvoie au risque, mais un risque bien particulier : non pas le risque en général mais le « risque financier de l'exploitation » (γ).

a) L'exploitation et l'abandon des distinctions classiques

688. Le recours au terme d'exploitation du service montre bien la façon dont le juge a cherché à briser les distinctions classiques. L'exigence d'une exploitation renvoie clairement à la définition classique des concessions mais elle permet à la jurisprudence de la dépasser. Elle sous-entend en effet que le délégataire gère un service public de façon partiellement commerciale, ce qui va plus loin que la simple rémunération par une redevance sur les usagers. Cette dernière reste possible et est même le cas le plus courant, mais le nouveau critère permet aussi que la gestion du service soit commercialement intéressante et donc fournisse des revenus – un « chiffre d'affaire » – autrement que par une redevance, voire sur d'autres personnes que les usagers. La référence à une « exploitation » a en réalité rapproché les délégations de service public des marchés puisqu'elle a accepté, notamment dans le cadre des régies intéressées, le paiement d'un « prix » par la collectivité²⁹⁵.

β) La rémunération doit être fonction de l'exploitation

689. Cette activité commerciale de service public déléguée²⁹⁶, doit comporter une part de véritable exploitation, ce qui veut dire que la quantité d'activité du délégataire et ses éventuelles actions commerciales de prospection de clients doivent modifier les résultats financiers. Ainsi, un contrat « à forfait », c'est-à-dire dans lequel l'administration

²⁹⁴ Cf. pour des positions partiellement différentes F. LLORENS « Remarques sur la rémunération du cocontractant comme critère de la délégation de service public » *Liber amicorum Jean Waline, Dalloz ed.* 2002, p. 301 et s. ; L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ coll. *Manuel*, 4^e ed. 2004, 677 p., spé. n° 776-777

²⁹⁵ Les régies intéressées, avec ce mode de paiement, sont les « délégations de service public » les plus éloignées des concessions et les plus proches des marchés.

²⁹⁶ L'activité est commerciale, mais cela n'exclut pas que le service public soit à caractère essentiellement administratif. Le fait est que, pour permettre la rémunération il faut que ce service soit au moins partiellement industriel et commercial, ce même si la rémunération est auprès d'un « client » personne publique comme dans le cadre d'une régie intéressée.

fixerait un prix global pour une série de prestations déléguées à une entreprise ne pourrait pas être une délégation de service public.

690. La question de la dépendance entre la gestion par l'entreprise et ses recettes d'exploitation²⁹⁷ pose toutefois des problèmes lorsqu'il s'agit d'un marché à prix unitaire, c'est-à-dire dans lequel les biens sont payés au *pro rata* de ce qui est fourni au commanditaire. Afin de distinguer ces contrats des délégations, le critère est alors que la rémunération du cocontractant doit être fondée sur les données *financières* de l'exploitation et non sur les données *matérielles* de celle-ci (nombre de compteurs d'eau ou de tonnes de déchets traités). Dans le deuxième cas, il y a seulement une augmentation en volume de la production, mais dans des conditions fixées ; dans le premier, l'augmentation du bénéfice ou des pertes financières n'est pas forcément directement lié à la masse de la production, elle dépend aussi de la gestion du commandité et de sa volonté d'augmenter ces résultats par des prix différents selon les clients ou par la recherche de nouveaux débouchés.

691. Il reste que ce critère ne permet pas dans tous les cas de distinguer entre les marchés publics et les délégations de service public dans la mesure où de nombreux contrats contiennent à la fois une part de « prix » et une part de résultat fonction de l'exploitation. Ainsi, les délégations de service public assez rentables pour que la seule rémunération sur les usagers suffise à rembourser l'investissement de départ et la prestation du service ne sont pas courantes. La plupart des contrats de délégation de service public, et notamment les concessions, comportent à la fois une « subvention d'investissement » visant à limiter *ab initio* la charge de travaux permettant l'exécution du service (par exemple la construction de l'autoroute ou de l'usine de retraitement) et une subvention d'exploitation visant à compenser le caractère difficilement rentable de certains services publics.

C'est là la limite de la référence à la rémunération sur les résultats de l'exploitation qui nécessite un second critère : le caractère « substantiel » de celle-ci.

y) L'adverbe substantiellement et l'analyse par le risque

692. Le second temps de l'analyse est donc de savoir si, lorsqu'il y a une rémunération fonction des résultats de l'exploitation, cette dernière a un caractère « substantiel » dans l'ensemble de la rémunération.

Ce caractère aurait pu être quantifié pour permettre une solution arithmétique, et de ce fait relativement simple, à la question de la nature du contrat. Tel n'a pas été le choix du Conseil d'État. L'arrêt SMITOM²⁹⁸ aurait pourtant pu être l'occasion de fixer un

²⁹⁷ L'utilisation du terme « résultat » d'exploitation est contesté par les chroniqueurs du Conseil d'État X. GIRARDOT et D. CHAUVAUX dans leur commentaire de l'arrêt *Préfet des Bouches-du-Rhône* à l'*AJDA*, 1996, spé. p. 731 (pour les références de l'arrêt, cf. note 278) qui estiment qu'il s'agit d'une « maladresse de rédaction » et qui proposent plutôt le terme de « recettes ». Le terme de « résultat d'exploitation » laisse en effet penser que le prix payé par l'administration ne rentrerait pas dans le résultat d'exploitation de l'entreprise titulaire d'un « marchés de service public ».

²⁹⁸ CE, 30 juin 1999, *SMITOM* [*Synd. mixte du traitement des ordures ménagères centre-ouest Seine-et-Marnais*], req. n° 198147 ; *Dr. adm.* 1999, comm. n° 246 ; *AJDA* 1999, p. 714, concl. C. BERGEAL, note

« pourcentage » de rémunération sur les résultats de l'exploitation qui constituerait la frontière entre les contrats de délégation de service public et les marchés publics. À l'occasion de ce litige, le juge administratif a analysé l'ensemble des diverses ressources du cocontractant et a estimé à 30 % son taux de rémunération sur les résultats de l'exploitation. Il en conclut « *que, dans ces conditions, la rémunération prévue pour le cocontractant du SMITOM était substantiellement assurée par le résultat de l'exploitation du service* ». Les conclusions du commissaire du gouvernement, Mme BERGEAL, nous montrent pourtant que si la référence au taux de 30 % permet de conclure que « substantiel » ne signifie pas « majoritaire », ce taux n'est pas non plus définitivement fixé. Il résulte d'une analyse *in concreto* du contrat sur le fondement d'un critère du risque.

693. Le risque en question est pourtant abordé de manière quelque peu particulière, il correspond à ce que le Conseil d'État a lui-même qualifié dans un autre arrêt de « *risque financier de l'exploitation* »²⁹⁹. Cela ne signifie pas que tous les risques doivent être pris en compte, cela signifie que le risque, pour le délégataire, de gagner ou perdre de l'argent doit dépendre de ses *compétences commerciales* et non d'« *aléas économiques* ». Ainsi, si une tempête vient à détruire un réseau de distribution d'eau, il s'agit d'un risque que l'on peut qualifier « *d'aléa économique* » et qui peut être laissé à la charge d'un délégataire comme d'un titulaire de marché public. C'est historiquement à ce risque-là qu'HAURIU ou JÈZE font référence³⁰⁰. En revanche, si, comme dans l'arrêt *SMITOM*, la rémunération dépend de la capacité du délégataire à chercher d'autres communes dont le syndicat est susceptible de traiter les ordures, il s'agit d'un risque dépendant des « *compétences commerciales* » du cocontractant, critère des délégations de service public.

694. Le pourcentage de rémunération qui est fonction des résultats de l'exploitation ne peut donc être fixé pour l'ensemble des contrats, il doit être analysé au cas par cas, en considération du « *risque financier de l'exploitation* » qu'il laisse au délégataire. Ainsi, des subventions d'exploitations qui viendraient garantir l'absence de perte ou un minimum de bénéfices, la rémunération étant par ailleurs prévue comme devant être « *fonction des résultats de l'exploitation* », par exemple par une redevance sur les usagers, ne serait pas une délégation de service public. L'absence de risque financier que prend alors le cocontractant fait de ce contrat un marché public.

695. L'ancrage historique de ce critère nouveau est relativement fort : il tient à la longue durée du contrat. Le marché public, aujourd'hui de courte durée par principe, ne peut subir de risque que les « *aléas économiques* ». Ceux-ci restent à la charge du titulaire du marché, sauf lorsqu'ils rentrent dans le cadre des aléas brisant véritablement l'équilibre du contrat ou causés par le « fait du prince ». En revanche, le *risque financier de l'exploitation* dépend de longueur du contrat dans la mesure où la qualité de la gestion a des conséquences bien plus importantes à long terme qu'à court terme, sauf bien entendu à faire, même sur le court terme, de véritables fautes de gestion.

J.-M. PEYRICAL ; *CJEG* 1999, n° 558, p. 344, concl. C. BERGEAL ; *RFDA* 1999, p. 1147, note L. VIDAL ; *LPA* 28 févr. 2000, p. 10, note C. BOTTEAU ; *BJCP*, 1999/7, p. 607

²⁹⁹ CE 15 juin 1994, *Syndicat intercommunal des transports de la région de Douai*, rec. p. 807, req. 136.734

³⁰⁰ Cf. *supra*

696. *Conclusion du A)*. À la suite d'autres auteurs³⁰¹, il est possible de faire deux principaux reproches à ce critère : d'une part en ne se fondant pas sur l'objet du contrat qu'est la « délégation d'un service public », il perd de vue l'essentiel de la différence entre les deux contrats, notamment parce que la longue durée qui découle normalement d'une véritable délégation n'est pas prise en compte. D'autre part et surtout, le critère du prix peut être central dans les deux types de contrats : le critère du *risque financier de l'exploitation* n'est là que pour déterminer une part, parfois très faible, de risque pour le délégataire par rapport au titulaire d'un marché. Pour sa majeure partie, le contrat de « délégation de service public » ne correspond parfois, à grand renfort de subventions, pas plus à un risque pour le cocontractant que les « marchés de service public » ; la partie « substantielle » devient, par la référence au risque, une « chance » de gain ou de faible perte. Comme le souligne le professeur L. RICHER, Ce système privilégie la rémunération accessoire – la parfois faible rémunération sur les résultats de l'exploitation – par rapport à la rémunération principale qui est constituée par les subventions ou autres formes de prix.

L'importance de ce critère pour la distinction des marchés publics et des délégations de service public ne doit pourtant pas faire penser qu'il doit être utilisé dans une définition de la commande publique qui, justement, englobe ces deux catégories de contrats.

B) L'absence de distinction entre les modalités de la rémunération en droit de la commande publique

697. Le droit de la commande publique recoupe à la fois les délégations de service public, les marchés publics et d'autres contrats qui se différencient selon le mode de financement, ou la contrepartie du bien qui est l'objet principal du contrat. On ne saurait donc inclure dans la définition de la commande publique un critère restrictif de financement.

Le critère de la rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation ne perd pas totalement son intérêt puisqu'il constitue actuellement le droit positif permettant de différencier les délégations de service public des marchés publics « de service public ». Mais cela ne constitue que le critère de distinction entre certaines des sous-catégories de la commande publique, pas même le critère principal permettant en général de distinguer les marchés des délégations, et pas non plus le critère qui distingue, par exemple, les marchés européens des marchés internes.

698. Le critère choisi, identifiant les contrats de la commande publique comme des « *contrats à titre onéreux* », permet de bénéficier du double sens que prend ce terme dans les droits internes et communautaires, tout en insistant aussi sur le caractère large de ce

³⁰¹ Cf. L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ coll. Manuel, 4^e ed. 2004, 677 pp., spé. p. 510 n° 774. Plus virulent contre le critère actuel et son interprétation : D. MOREAU, « Pour une relativisation du critère financier dans l'identification des délégations de service public », *AJDA*, 2003, n° 27, pp. 1418-1425

critère de la rémunération ou, plus largement, du financement que l'on retrouve aussi dans les autres contrats de la commande publique.

Il permet en effet d'inclure, comme en *droit communautaire* à la fois les paiements d'un « *prix* » et des financements par « *le droit d'exploiter* » l'ouvrage ou le service. Ce sont les deux modalités prévues dans les directives pour les concessions. À cela il est possible d'ajouter que la contrepartie peut aussi être l'accord d'un crédit-bail ou d'une location avec option d'achat pour certains marchés publics. Le caractère « onéreux » du contrat tel qu'il résulte du *Code des marchés publics* a aussi pour vocation d'étendre à d'autres moyens que le simple prix en argent les modalités de la contrepartie, et l'on a vu en effet que le juge incluait dans cette notion les prix en nature.

699. Pour ce qui est des autres contrats, le « caractère onéreux » n'est pas celui aujourd'hui retenu mais il englobe les modes de financement habituels. Dans le droit des *délégations de service public*, on remarquera que le critère de la « rémunération substantiellement liée aux résultats de l'exploitation » contient, en elle-même, l'idée d'une rémunération prenant des formes très diverses. Si l'archétype en la matière est la rémunération par des redevances sur les usagers, le cas de la régie intéressée montre qu'elle peut, en totalité, prendre la forme d'un prix. Plus encore, la possibilité ouverte par cette définition d'associer à une rémunération classique des « subventions » d'équipement ou d'exploitation, qui ne sont pas à proprement parlé des « prix », montre que la rémunération peut effectivement être diverse. Dans le droit des *Contrats de partenariat*, le texte de l'ordonnance³⁰² précise que la rémunération est « *un paiement par la personne publique* ». Il faut entendre par là non seulement un « prix », c'est-à-dire un paiement en argent, mais aussi d'autres formes de paiements indirects tels qu'on vient de les évoquer pour les délégations de service public.

Le « caractère onéreux » regroupe par conséquent toutes les rémunérations directes ou indirectes, sous-entendu sur des usagers ou par l'octroi d'un droit de percevoir des redevances ou taxes, voire le refus de percevoir de l'argent sur son cocontractant³⁰³.

³⁰² Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 *sur les contrats de partenariat*, J.O. n° 141 du 19 juin 2004 page 10994 texte n° 2, article 1^{er}, 4^e alinéa : « *La rémunération du cocontractant fait l'objet d'un paiement par la personne publique pendant toute la durée du contrat. Elle peut être liée à des objectifs de performance assignés au cocontractant* »

³⁰³ La rémunération du commandité par le refus du commanditaire de percevoir une recette (redevances d'occupation du domaine ou taxes) peut s'analyser aussi comme une « compensation » au sens des articles 1289 à 1299 du Code civil, c'est-à-dire l'« *Extinction totale ou partielle de deux obligations réciproques entre les mêmes personnes ayant pour objet une somme d'argent ou une certaine quantité de choses fongibles de même espèce* » (G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, Paris, PUF, 8^e ed. 2000, V^o Compensation)

CHAPITRE 2^E :

INTÉRÊT DE LA DÉFINITION

700. La mise en place d'une véritable notion juridique de commande publique permet d'envisager la résolution d'une partie des imperfections et carences dont on a fait le constat dans le régime actuel de ces contrats. Il est entendu que l'amélioration de la cohérence et de la lisibilité de la commande publique, ne résultera pas simplement de la mise en place d'une notion spécifique de commande publique. Les notions de marchés publics, de délégations de service public, de contrats de partenariat devront continuer à impliquer l'essentiel du régime des contrats, au moins dans un premier temps. Il en est de même de toutes les dispositions dérogatoires auxquelles les commanditaires et commandités deviennent presque accoutumés : marchés des concessionnaires, secteurs spéciaux, contrats de partenariat particuliers à la police, la gendarmerie ou aux établissements pénitentiaires, ou encore flou sur les « concessions de service » communautaire, reconnues et définies mais aussitôt évacuées du champ d'application des directives. La reconnaissance d'une seule « matière » juridique ne peut modifier l'ensemble du droit existant, seule une modification d'envergure le pourrait... mais toutes les précédentes ont échouées parce qu'une matière économique comme la commande publique ne se réforme pas si facilement en s'opposant à des pratiques que l'on croit à la fois naturelles et immuables, alors même qu'elles sont récentes.

La véritable modification de la matière viendra plus facilement, croit-on, par l'établissement d'une notion de commande publique. Elle servira de référence à un régime simplifié parce que partiellement unifié ; mais elle permettra aussi de donner la même direction, par des principes communs, à l'évolution future. Au fond, c'est la reconnaissance d'une unité qui va être recherchée derrière la notion de commande publique. (Section 1^{ère}).

Mais la commande publique doit aussi être abordée comme une notion qui dépasse celle de *contrats administratifs* et qui permet de voir les « contrats publics » comme une matière « *janus* » comprenant, d'une part, les contrats administratifs tels qu'on les présente classiquement et auxquels s'attache essentiellement une compétence contentieuse et un régime d'exécution et, d'autre part, la commande publique à laquelle s'attache un régime essentiellement constitué de règles de passation. Deux prismes pour les contrats publics qui imposent une vision renouvelée de ceux-ci. (Section 2^e).

SECTION 1^{ÈRE} :
L'OBJECTIF DE RATIONALISATION

701. On ne peut pas sérieusement justifier l'extrême diversité de régime au sein des procédures de passation, des contentieux ou des normes techniques applicables, par la seule liberté contractuelle ou les contraintes de la vie économique. Elles fondent assurément une partie de la variété, des disparités des régimes, mais si elles l'expliquent, elles ne justifient pas l'éparpillement actuel. La source essentielle de ces complexités est à rechercher dans la manière désordonnée avec laquelle le droit de la commande publique a été formé. La rationalisation du droit applicable à ces contrats devient alors nécessaire. Elle peut prendre diverses formes

702. La première consiste en la reconnaissance de la commande publique comme matière englobante qu'il convient de mettre officiellement au-dessus des catégories existantes. Cette reconnaissance peut prendre la forme d'un Code de la commande publique qu'une partie de la doctrine, comme certains parlementaires et entrepreneurs appellent de leurs vœux depuis quelques mois¹. Ce code devra contenir les principes qui gouvernent la commande publique (§ 1^{er})

703. La seconde consiste en la possibilité de développer un régime commun à tous les contrats visés. Biens des textes applicables à telle ou telle sous-catégorie comme les marchés publics et les délégations de service public pourraient sans doute être rattachés à la notion de commande publique. La situation en serait d'autant simplifiée que de ces qualifications communes pourrait sortir un régime partiellement commun. Il suffit de penser aux différentes procédures de publicité, à appliquer selon que l'on est dans le cadre d'un marché public ou de la loi Sapin, pour se convaincre de l'utilité de ces efforts de rationalisation (§ 2^e).

§ 1^{er} : Le développement de l'unité à travers la notion de commande publique

704. L'unité de la commande publique suppose la reconnaissance d'une notion autonome à laquelle correspondra un régime spécifique. Cela passe par la reconnaissance non seulement de « principes de la commande publique », et par la garantie de leur effectivité, afin qu'ils puissent s'appliquer directement aux opérateurs et constituer un « droit positif » de la commande publique (A). Mais la grande évolution serait incontestablement la mise en place d'un Code éponyme (B).

¹ Il est notamment possible de faire référence au rapport à l'Assemblée nationale de M. Etienne BLANC, sur le projet de loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit, rapport n° 1635, dont quelques développements sont consacrés à un code de la commande publique.

A) Une unité de régime à travers les principes de la commande publique

705. Si l'on entend par « notion juridique » le binôme constitué, d'une part, d'une définition faite de critères permettant de circonscrire une série de faits ou d'actes juridique² et, d'autre part, un régime applicable à ces faits ou actes en considération de la qualification qu'on leur a donné, on pourrait objecter à notre proposition que la commande publique n'a pas de régime propre. On voudra démontrer le contraire. Si ceux-ci feront l'objet de développements plus nombreux par la suite³, il est possible de les aborder rapidement (1). On pourrait aussi prendre argument de la reconnaissance par le Conseil constitutionnel d'un « droit commun de la commande publique ». Mais les règles de « droit commun » reconnues ne semblent pas avoir la portée que le Conseil constitutionnel leur accorde tant leurs fondements paraissent contestables. (2).

1) Première approche des principes de la commande publique

706. Le Code des marchés publics reconnaît depuis 2001 une série de principes⁴ et leur accorde une place symboliquement importante à son article 1^{er}. Le Conseil constitutionnel est venu confirmer leur importance en les élevant au niveau constitutionnel⁵ et en les étendant à un ensemble de contrats qu'il qualifie lui-même de « *Commande publique* ». Il semble, si l'on s'en réfère aux noms des principes reconnus, qu'il

² L. RICHER, « L'article 1^{er} du Code des marchés publics doit-il être révisé ? », *AJDA*, 1994, spécial, pp. 13-17, à la suite de sa définition de la « définition juridique » (*cf. supra*, note 103) précise qu'une définition doit présenter les trois caractères suivants : « *non-contradiction, univocité, caractère non tautologique* »

³ Les « principes de la commande publique » font l'objet de l'ensemble du Titre 2 de la deuxième partie.

⁴ L'article 1^{er} du code a subi des modifications entre la version de 2001 et celle de 2004, mais les dispositions communes aux deux codes regroupent l'essentiel des principes en question : « *les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures* ». Notons qu'une partie de ces principes étaient reconnus dans le Code précédent, *Cf. infra*

⁵ Cette reconnaissance des principes issus du Code des marchés publics par le Conseil constitutionnel est tirée des décisions n° 2002-460 DC du 22 août 2002, rec. p. 198 et n° 2003-461 DC du 29 août 2002, rec. p. 204 ; *AJDA*, 2002, p. 1059, note J.-Y. CHÉROT et J. TRÉMEAU et surtout de la décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, 18^e considérant. *AJDA*, 2003, p. 1391, note J.-E. SCHOETTL ; E. FATÔME et L. RICHER, « Le Conseil constitutionnel et le "droit commun" de la "commande publique" et de la domanialité publique. À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2002-473 DC du 26 juin 2003 », *AJDA*, 22 décembre 2003, n° 44 pp. 2348-2354 ; *DA*, 2003, comm. 188 et 191, par A. MÉNÉMÉNIS ; *RDP*, 2003, p. 1163, note F. LICHÈRE « Le Conseil constitutionnel, la commande publique et le partenariat public-privé : *bis repetita non placent* » ; *Contrats et marchés publics*, 2003, chron. 18, note F. LINDITCH, « Les partenariats public-privé devant le Conseil constitutionnel » ; mais aussi les articles faisant référence à cette décision : A. TESSIER, « Le droit de la commande publique et les articles 5 et 6 de la loi du 2 juillet 2003 autorisant le gouvernement à simplifier le droit », *BJCP*, 2003 p. 354 ; J.-B. AUBY, « Le partenariat public-privé et la constitution », *Droit administratif*, Repères n° 10 ; F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, « Le futur partenariat public-privé ou les limites de la troisième voie », *Contrats et marchés publics*, 2003, Repères n° 7.

estime que ces principes sont spécifiques à la matière – ce qui sera confirmé plus avant dans cette étude.

La reconnaissance de ces principes constitue une profonde évolution et donne toute sa valeur à la notion de commande publique, et cela pour deux raisons. Premièrement, les principes reconnus constituent, en eux-mêmes, un régime juridique d'ores et déjà applicable à la notion qui a été précédemment définie. Deuxièmement, les principes en question donnent un sens à l'évolution future de ces contrats en permettant, à terme, d'unifier une partie de leurs régimes autour de réponses communes correspondant à des obligations issues de principes communs. Ainsi, si comme on le verra les procédures de publicité font partie des obligations issues des principes, on peut penser qu'elles pourraient faire l'objet d'une procédure unique à tous les contrats de la commande publique.

707. La décision 2003-473 DC va plus loin encore en estimant que ces principes fondent d'ores et déjà un « *droit commun de la commande publique* », solution qui va dans notre sens, mais dont le support est constitué de règles dont on peut douter de la pertinence.

2) L'idée mal appliquée d'un « droit commun de la commande publique »

708. Bien que la solution du Conseil constitutionnel et les réserves d'interprétation qu'il pose dans sa décision 2003-473 DC aillent nettement dans le sens de la thèse ici défendue, il peut être permis de faire des « réserves doctrinales » sur ces « réserves d'interprétation ». Les professeurs Étienne FATÔME et Laurent RICHER sont d'ailleurs allés dans ce sens en émettant des doutes quant à la pertinence de la qualification de « *règles de droit commun* » de la commande publique ou de la domanialité publique de certaines dispositions⁶.

Le Conseil constitutionnel considère en effet deux règles différentes comme étant de *droit commun* de la commande publique et fait une réserve d'interprétation interdisant au législateur de revenir de façon trop généralisée sur celles-ci, en considérant que cela « *priverait de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes* » aux principes de la commande publique⁷. Ces deux règles ne nous semblent pas pouvoir être qualifiées de « droit commun » et obliger le législateur à les respecter comme découlant directement des principes.

709. La première « *impose de confier à des personnes distinctes la conception, la réalisation, la transformation, l'exploitation et le financement d'équipements publics, ou la gestion et le financement de services* ». On voit aisément le lien de cette « *règle de droit commun de la commande publique* » avec le principe d'égalité, l'interdiction de regrouper les missions de maîtrise

⁶ E. FATÔME et L. RICHER, « Le Conseil constitutionnel et le “droit commun” de la “commande publique” et de la domanialité publique. À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2002-473 DC du 26 juin 2003 », *AJDA*, 22 décembre 2003, n° 44 pp. 2348-2354, spé. p. 2350 et s.

⁷ Et plus précisément « *à l'égalité devant la commande publique, à la protection des propriétés publiques et au bon usage des deniers publics* ».

d'ouvrage et de maîtrise d'œuvre, issue de la loi MOP de 1985⁸, visant à protéger les petites et moyennes entreprises contre les grands groupes. Cependant, généraliser cette règle issue d'un texte ne s'appliquant qu'aux marchés publics au sens strict du terme, et pas à l'ensemble de la commande publique, est malvenu. En effet, d'une part la loi MOP ne vise que les « marchés publics de travaux » qui ne sont qu'une simple partie des marchés publics. D'autre part, la décision du Conseil constitutionnel revient à étendre cette règle d'exception à toute la commande publique. À l'opposé, certains contrats de la commande publique permettent, sans que l'on mette en avant un quelconque risque pour les petites entreprises, le cumul des deux fonctions : c'est le cas des ventes en l'état futur d'achèvement ou des baux emphytéotiques sur le domaine public, c'est aussi le cas des « marchés publics » au sens du droit communautaire, ce dernier ne connaissant pas la notion de maîtrise d'ouvrage. Si la règle de la séparation des fonctions est importante en droit des marchés publics internes, par opposition aux marchés issus du droit communautaire, il semble difficile, malgré son lien avec le principe d'égalité, d'en faire un « droit commun » de l'ensemble de la commande publique.

710. La deuxième règle de « droit commun » de la commande publique porte sur l'interdiction, « *en cas d'allotissement* », que des offres portant simultanément sur plusieurs lots « *fassent l'objet d'un jugement commun* ». On peut, *mutatis mutandis* appliquer le même raisonnement que pour la séparation des fonctions de maître d'ouvrage et de maître d'œuvre à cette règle-ci. Le jugement par lot procède en effet, lui aussi, de la défense des petites et moyennes entreprises et il est, lui aussi, propre aux marchés publics au sens du Code des marchés publics. D'ailleurs, la règle est directement issue de l'article 10 al. 4 de ce Code, ce qui montre qu'elle se limite à son champ d'application⁹. Plus encore, l'article 10 a été modifié entre le Code de 2001 et celui de 2004 dans le sens d'une plus grande liberté en acceptant qu'au moment de la signature, un seul marché soit passé avec le titulaire de plusieurs lots¹⁰ ; il s'agit là d'une simplification procédurale symbolique de la volonté de limiter, même pour les marchés du Code, les contraintes pesant sur le regroupement des lots¹¹.

711. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel reconnaît une autre règle de droit commun mais liée, semble-t-il, non pas à la commande publique mais à la domanialité publique : l'interdiction du « *recours au crédit-bail ou à l'option d'achat pour préfinancer un ouvrage*

⁸ Et plus précisément de son article 7 alinéa 2 qui n'a pas été modifié par l'ordonnance n° 2004-566 du 17 juin 2004 portant modification de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée.

⁹ Art. 10 al. 4 : « *Les offres sont examinées lot par lot. Les candidats ne peuvent pas présenter des offres variables selon le nombre de lots susceptibles d'être obtenus.* »

¹⁰ Art. 10 al. 1^{er}, Code des marchés publics de 2004 : « *Dans le cas où plusieurs lots sont attribués à un même titulaire, il est possible de signer avec ce titulaire un seul marché regroupant tous ces lots.* »

¹¹ Notons toutefois que le nouvel alinéa 5 de cet article 10 a augmenté les contraintes en obligeant à séparer les lots de construction et d'entretien des immeubles. Cependant, cette contrainte n'est pas à proprement parlé destinée à développer une vision stricte de l'allotissement, elle a directement pour objectif d'interdire le développement des « marchés d'entreprise de travaux publics », et surtout, pour être précis, des « faux » METP. On peut d'ailleurs douter de la pertinence d'une règle aussi stricte puisqu'elle a conduit à développer les nombreuses formes de contrats de partenariat spécialisées ou généraux alors que des exceptions à cet article et dans la loi MOP auraient suffi à atteindre le même objectif.

public ». On ne peut ici aussi que regretter la contrainte que cette règle, fondée sur le seul Code du domaine de l'État, fait peser sur le législateur¹².

712. Les règles de droit commun de la commande publique reconnues par le Conseil constitutionnel ne sont pas celles qui auraient dû l'être. L'idée qui sous-tend cette reconnaissance est de concrétiser les principes de la commande publique en en précisant les effets obligatoires, c'est-à-dire en donnant des « exemples » des effets nécessaires des principes. On peut y voir un aspect positif malgré l'extension du contrôle du juge constitutionnel, mais le choix des règles a, en l'espèce, été trop été inspiré des moyens soulevés par les députés. Cela a conduit le Conseil à se fonder sur des règles propres aux marchés publics¹³ en considérant que, comme les principes, elles s'étendaient à l'ensemble de la commande publique, ce qui est une erreur. Si effectivement, une partie des règles applicables aux marchés publics pourrait servir de base à un régime commun à l'ensemble de la commande publique¹⁴, on ne saurait estimer que ce régime commun se constituera des règles qui contraindraient le législateur comme découlant directement des principes. C'est oublier un peu vite que, même en dehors de la théorie pure, toutes les règles sont censées découler peu ou prou de ces principes ; c'est même le sens du contrôle de constitutionnalité. Mais cela ne fait en aucun cas un « droit commun » qui limite l'action du législateur ; il faut que le lien avec les principes soit indéfectible et pas seulement qu'il existe un lien.

713. Si certaines règles peuvent avoir ce rôle, elles doivent être bien plus circonscrites et constituer, avant leur reconnaissance, des règles à la fois nécessairement liées aux principes et appliquée généralement à tous les niveaux. Pour la commande publique, on ne saurait les tirer du Code des marchés publics ou de la loi MOP sans vérifier qu'elles s'appliquent aux autres contrats de la commande publique. On pourrait par exemple estimer que le « droit commun » de la commande publique comprend une obligation minimum de publicité¹⁵, mais il paraît inadapté de qualifier de droit commun les règles reconnues dans la décision 2003-473 DC.

La mise en place d'un droit commun à la commande publique et la reconnaissance des principes de la commande publique passe vraisemblablement par la mise en place d'un véritable « Code de la commande publique ».

¹² On retrouve en effet cette règle à l'article 34-7 du Code du domaine de l'État, et encore est-elle limitée au seul crédit-bail. La seule différence entre le crédit-bail et la location avec option d'achat est que dans le second cas le transfert de propriété n'est pas automatique, ce qui constitue une différence peu importante, sauf pour la notion de maîtrise d'ouvrage qui se réfère au destinataire final de l'ouvrage qui doit en fixer les caractéristiques essentielles.

¹³ Cf. A. MÉNÉMÉNIS, « La Constitution et les partenariats public-privé. Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel du 26 juin 2003 », *Droit administratif*, octobre 2003, n° 191, p. 24-26. Cet auteur comprend, lui aussi, de cette façon les dispositions de la décision. Il écrit : « ce droit commun paraît devoir être constitué d'une large part des textes aujourd'hui applicables aux marchés publics ».

¹⁴ Cf. *infra* § 2^e pour des développements sur ces règles pouvant être regroupées.

¹⁵ Cf. *infra* Titre 2^e.

B) Une unité par un code de la commande publique

714. Comme le soulevait en 2001 la Commission supérieure de la codification¹⁶, la codification de la commande publique serait une grande réforme qui marquerait la reconnaissance de la notion en limitant les impacts que cela aurait sur l'impression d'instabilité de ce droit (1). Mais il faudrait pour cela que l'ensemble de ce droit soit effectivement codifié (2).

1) Accessibilité et intelligibilité contre naissance d'une matière : la tension de la codification

715. La codification est avant tout une méthode. Elle correspond à un « *objectif de valeur constitutionnelle d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi* » issu des articles 6 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. C'est ce qu'a précisé le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 99-421 DC du 16 décembre 1999¹⁷. Or il peut paraître bien contraire à cet objectif de vouloir mettre en place un nouveau Code alors que les collectivités locales et les entreprises ont été soumises à trois Codes des marchés publics différents en l'espace de 5 ans¹⁸, ce qui a, à chaque fois, porté atteinte à l'accessibilité et parfois à l'intelligibilité de ce texte. La contradiction est bien réelle mais la pousser trop avant serait méconnaître deux éléments : le premier est que ces différents codes n'ont jamais été des textes immuables, ils ont au contraire fait l'objet de modifications constantes¹⁹ ; le second, plus important, est la modification du nom du code et, ce qui en découle, de son champ d'application. Comme dans d'autres matières, la mise en place d'un « *Code de la commande publique* » apparaîtra comme la naissance d'une matière²⁰.

716. Bien que l'on puisse espérer un effort de stabilité dans l'évolution future des textes, la notion de commande publique est aussi faite pour permettre une évolution rationnelle tendant vers la simplification, c'est-à-dire un droit qui, au moins dans un premier temps, doit rester en mouvement²¹. Suivant en cela les réflexions menées par la

¹⁶ Cf. 12^e rapport relatif à l'année 2001.

¹⁷ Décision n° 99-421 du 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes*, rec. p. 136 ; *Dalloz*, 2000 p. 361, chron. B. MATHIEU ; *LPA*, 28 juillet 2000, p. 15, note B. MATHIEU et M. VERPEAUX ; *Droit administratif*, 2002 (4), pp. 6-14, note H. MOYSAN ; *AJDA* 2000, p. 31, note J.-E. SCHOETIL.

¹⁸ Le Code de 1964 déjà modifié constamment jusqu'en 2001, le code de 2001 pour la période 2001-2004 et enfin le code de 2004 depuis.

¹⁹ En témoigne le titre de l'article de CH. BRÉCHON-MOULÈNES, N. CHARREL et L. RICHER, « Une étape de la réforme permanente : le décret du 7 mars 2001 », *ACCP*, juin 2001, p. 7.

²⁰ En ce sens, C. LEPAGE, « Le Code de l'environnement : Acte de naissance officiel du droit de l'environnement ? », *Gaz. Pal.*, 1996, n° 66 doctr. p. 215. C'est aussi le sens qui est donné par la Commission européenne aux « codifications » (le mot est employé) des directives communautaires, Cf. A. MATTERA, « Vers un code européen des marchés publics », *RDUE*, 2000, p. 523.

²¹ F. LICHÈRE, « La simplification du droit des marchés publics », *RDP*, novembre 2003, n° 6, pp. 1529-1533, spé. p. 1531 montre que la simplification par un renforcement de la cohérence ne signifie pas forcément une simplification par la qualité d'écriture du droit ni par la quantité. Cette limite

Commission supérieure de la codification²², un code dont les numéros d'articles suivraient un plan réfléchi pour l'évolution de la matière semble le plus adapté, même si le modèle du Code civil fait préférer au juriste les articles qui se suivent dans l'ordre numérique²³. On peut d'ailleurs regretter que les derniers Code des marchés publics n'aient pas été faits sur le modèle du Code général des collectivités territoriales ou du Code de justice administrative en considération du caractère mouvant du droit des marchés publics, caractère que l'on pouvait constater bien avant 2001. La raison en est vraisemblablement qu'il s'agit d'un Code qui émane de la *Direction des affaires juridiques* du Ministère de l'économie et des finances et non de la Commission supérieure de la codification, même s'il faut remarquer l'avantage que cela a eu de ne pas être une codification « à droit constant » comme le sont normalement celles de la Commission en question²⁴.

717. Il faut toutefois minimiser ces changements de code, lorsqu'ils ne se doublent pas d'une modification de fond. Les nombreuses différences entre les Codes de 2001 et 2004 ne sont, à bien y regarder, pas plus importantes que celles qu'a subies le Code de 1964 à plusieurs reprises, notamment à la suite du décret n° 92-1310 du 15 décembre 1992 *portant simplification du Code des marchés publics*. En somme, si les différents codes des marchés publics et leurs modifications ont été des réformes constantes, on ne saurait les comparer avec la réforme essentielle que constituerait un « code de la commande publique » qui s'apparenterait plus à la naissance d'une matière qu'à une simple évolution. On remarquera d'ailleurs que la « matière » des marchés publics est née de la même manière avec le Code en 1964. À cette considération, il faut ajouter que le droit des marchés publics peut, dans un premier temps, être inséré « à droit constant » dans un Code de la commande publique, ce qui limiterait au moins l'atteinte à l'intelligibilité de la réforme et évacuerait presque la question de son accessibilité.

ne porte pourtant pas d'atteinte importante aux avantages de la codification présentés par R. SCHWARTZ, « L'éloge de la codification », *Droit administratif*, décembre 2002, pp. 11-13.

²² Cf. les nombreux articles du président de la Commission supérieure de la codification : G. BRAIBANT, « La nouvelle codification », *La vie judiciaire*, 1993, n° 2484 p. 2 ; « Les problèmes actuels de la codification française », *RFDA*, juillet 1994, pp. 663-667 ; article "Codification" », *Encyclopédie Universalis*, 1996 ; « Rapport d'activité 1993 de la Commission Supérieure de la Codification (extraits) », *RFDA*, juillet 1994, pp. 686-689

²³ La numérotation du Code civil est appelée « numérotation continue », cf. PH. REIGNÉ *et alii*, *La numérotation dans la codification*, Groupement d'intérêt public Mission de recherche droit et justice, Laboratoire de sociologie juridique de l'Université Paris 2 – CNRS, 1999. Ce rapport de synthèse montre l'intérêt de ce qu'il appelle la « numérotation indiciaire » (numérotation discontinue en fonction d'un plan préétabli) pour la codification des matières à la fois législatives et réglementaires, comme la commande publique.

²⁴ Pour une analyse des codifications de la Commission supérieure de la codification, dites *codifications administratives*, avec leurs limites – droit constant, absence de grande réforme – et leurs avantages – éviter les blocages durant la phase législative, cf. CH. ETTORI, « Les codifications administratives », *EDCE*, 1956, p. 41 à 47. Pour une vision plus extérieure, voir B. G. MATTARELLA, « La codification du droit : réflexions sur l'expérience française contemporaine », *RFDA*, juillet 1994, pp. 668-685. Pour une analyse plus spécifique à notre matière, cf. aussi M. GUIBAL, « À propos de la codification administrative », *JCP E (Cahier du droit de l'entreprise)*, 1995, n° 3 p. 1 ; et du même auteur, « Codification et simplification du droit des marchés publics », *AJDA*, 20 juillet 1994, Spécial p. 6

Mais pour que les bénéfices de la Codification en terme de cohérence et de rationalisation soient réels, il faut que celle-ci comprenne effectivement toutes les règles de cette matière.

2) La nécessité d'une codification complète

718. Les débats qui ont eu lieu à l'occasion de la recodification du Code de commerce ont montré l'une des grandes limites de la codification : elle perd une grande partie de son intérêt – et notamment son objectif d'accessibilité au droit – dès lors qu'elle est incomplète²⁵. La question doit être soulevée de la même manière pour le Code de la commande publique qui ne doit oublier aucune disposition « extérieure » au Code des marchés publics, ni celles d'origine interne (a), ni celles transposant des dispositions communautaires (b), ni enfin les textes s'appliquant qu'à certains contrats de la commande publique (c).

a) L'intégration des textes internes sur les différents contrats de la commande publique

719. Pour ce qui est des textes propres au droit français, ce nouveau code de la commande publique devra nécessairement englober le Code des marchés publics qui disparaîtra formellement. Cela ne pose pas spécialement de problème au fond dans la mesure où cette modification peut se faire à droit constant, ce qui a pour seul défaut de modifier, une nouvelle fois, les numéros d'articles. Le véritable problème vient de la nature réglementaire du Code des marchés publics qui le place logiquement dans la seconde partie d'un Code moderne²⁶. Cette situation, due à une habilitation législative²⁷, doit pouvoir à moyen terme se résoudre en rendant à ces articles la valeur législative qu'ils devraient avoir. On est bien conscient des problèmes de perte d'influence que cela signifie pour le ministère de l'économie et des finances, ainsi que des difficultés que cela pose pour l'adoption du texte par le Parlement où il sera vraisemblablement beaucoup discuté, mais cette dernière considération doit aussi laisser penser que le texte sera amélioré par le travail parlementaire.

²⁵ L'ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000, *Relative à la partie législative du Code de commerce* (ratifiée par l'article 50-I de la loi n° 2003-7 du 3 janvier 2003) a été critiquée sur le fondement de son périmètre qui n'englobait pas l'ensemble du droit « commercial » ou « des affaires » Cf. D. BUREAU et N. MOLFESSIS, « Le nouveau code de commerce ? une mystification », *Dalloz*, 2001, chr. pp. 361-369. Le « code privé » intitulé « Code de commerce » de l'éditeur *Lexis-Nexis*, ed. 2004, contient d'ailleurs des « annexes » au nouveau code de commerce une fois et demi plus importantes en volume que le Code lui-même. La question peut aussi être soulevée par le Nouveau Code pénal qui ne contient pas, loin s'en faut, l'ensemble des dispositions pénales du droit français.

²⁶ Chaque article se voyant attribuer la lettre R.

²⁷ Cf. *supra*

720. Les délégations de services publics devront aussi être incluses dans ce texte. La question est plus délicate car la loi Sapin²⁸ a déjà été codifiée, pour les contrats des collectivités territoriales, aux articles L. 1411-1 et suivants du CGCT. La technique des dépendances entre codes qui existe déjà peut permettre de lier les dispositions d'un code à celles d'un autre, permettant ainsi que la modification de l'un modifie l'autre sans qu'il soit besoin de le faire formellement. Pour une plus grande cohérence de la commande publique, il semble que le CGCT devrait être le code « suiveur ».

721. Enfin, les ordonnances sur les contrats globaux, et spécialement sur les Contrats de partenariat, doivent aussi faire partie de ce Code. Selon sa procédure d'adoption, peut-être sera-t-il possible de rationaliser les différents textes dont les dispositions sont parfois inutilement divergentes, en prenant pour fondement les dispositions de l'ordonnance sur les Contrats de partenariat²⁹. On remarquera ici aussi la possibilité de réunifier les dispositions applicables à l'État et celles applicables aux collectivités territoriales qui sont distinguées, *ab initio*, dans l'ordonnance. Les secondes étant intégrées aux articles L. 1414-1 et suivants du CGCT.

À ces textes importants et qui ont, ou devraient avoir une nature législative, il faut bien entendu ajouter les textes réglementaires d'application qui les précisent. On pense aux nombreux décrets et arrêtés d'application du Code des marchés publics³⁰ mais aussi aux décrets pris en application de la loi Sapin³¹ ou de l'ordonnance sur les contrats de partenariat³².

722. La question d'autres dispositions qui concernent des contrats pouvant être inclus dans la commande publique sans y être toujours est plus délicate. Il en est ainsi par exemple des dispositions du Code du domaine de l'État³³ qui sont à l'origine des baux emphytéotiques sur le domaine public dont on sait qu'ils sont aussi, pour les commanditaires, une manière de se procurer un ouvrage. Il en est de même des dispositions du Code de l'urbanisme qui concernent les conventions d'aménagement qui

²⁸ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, *Relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, modifiée de nombreuses fois.

²⁹ Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 *sur les contrats de partenariat*, J.O. n° 141 du 19 juin 2004 page 10994 texte n° 2

³⁰ Par exemple le décret n° 2004-16 du 7 janvier 2004, *Pris en application du code des marchés publics et concernant certains marchés publics passés pour les besoins de la défense* ou le décret n° 2001-797 du 3 septembre 2001, *Relatif aux comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics* pris en application de l'article 131 du Code des marchés publics de 2001, inchangé en 2004.

³¹ Par exemple le décret n° 93-584 du 26 mars 1993, *Relatif aux contrats visés au I de l'article 48 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993...* parfois appelé le « petit code des marchés publics ».

³² Décret n° 2004-1145 du 27 octobre 2004 *pris en application des articles 3, 4, 7 et 13 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat et L. 1414-3, L. 1414-4 et L. 1414-10 du Code général des collectivités territoriales*, J.O. n° 253 du 29 octobre 2004 page 18260, texte n° 4 & décret n° 2004-1119 du 19 octobre 2004 *portant création de la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat*, J.O. n° 246 du 21 octobre 2004, p. 17821, texte n° 19, qui est venu mettre en place un « organisme expert ».

³³ Ou du futur « Code des propriétés publiques » que M. QUERRIEN appelle de ses vœux en conclusion au rapport de juin 2001 qui lui avait été demandé à ce sujet. Pour l'État, il s'agit aujourd'hui de l'article L. 34-1 du Code du domaine de l'État qui permet la constitution de droits réels sur le domaine public. Pour les collectivités locales, les dispositions sur les baux emphytéotiques sur le domaine publics, issus de la loi n° 88-13 du 5 janvier 1988, *d'amélioration de la décentralisation*, art. 13-II, ont été codifiées à l'article L. 1311-2 du CGCT

sont aussi, parfois, des contrats de la commande publique. Ces dispositions n'étant que partiellement des textes de la commande publique, la solution dans ce cas est vraisemblablement un renvoi au Code du domaine de l'État ou de l'urbanisme.

723. En revanche, bien que plus ponctuelles, les dispositions organisant la passation des contrats de certaines entités précises doivent être incluses dans le Code de la commande publique, les Codes dans lesquelles elles sont actuellement devant devenir le Code « suiveur ». Il en est ainsi des marchés des établissements publics de santé que l'article L. 6141-7 du Code de la santé publique³⁴ soumet à un Code des marchés publics modifié³⁵, ainsi que des sociétés privées gérant un régime obligatoire de sécurité sociale telles que définies à l'article L. 124-4 du Code de la sécurité sociale³⁶, ou encore des organismes privés d'HLM ou les SEM exerçant une activité de construction ou de gestion de logements sociaux que le Code de la construction et de l'habitation soumet à un compendium particulier du Code des marchés publics³⁷.

b) L'intégration des textes spécifiques de transposition des directives « marchés publics »

724. La transposition des directives communautaires a conduit le droit français, pour respecter le champ d'application de son Code des marchés publics, à prendre des textes – législatifs ceux-ci – transposant les directives « marchés publics » au-delà du champ d'application de ce Code. Ils devront naturellement être intégrés dans le Code de la commande publique. C'est le cas en premier lieu de la loi du 3 janvier 1991 qui

³⁴ Les établissements publics de santé sont définis à l'article L. 6141-1 du Code de la santé publique

³⁵ Art. L. 6141-7 al. 2 CSP : « *Les dispositions du Code des marchés publics relatives à la passation des marchés sont adaptées, par voie réglementaire, aux conditions particulières de leurs gestion* ».

³⁶ Art. L. 124-4 du Code de la sécurité sociale (qui définit exactement les personnes qu'il vise), précisé par un arrêté du 31 janvier 2002, *Portant règlement sur les marchés des organismes de sécurité sociale*, J.O. 22 février 2002 qui adapte les dispositions sur les marchés de l'État à ces organismes (ainsi qu'aux organismes de sécurité sociale régis par le Code rural). Notons qu'une lettre du 19 avril 2004 du Ministère de la santé et de la protection sociale et du ministère de la famille et de l'enfance précise les dispositions transitoires afin d'adapter les procédures de passation au Code des marchés publics de 2004.

³⁷ Il s'agit, pour les organismes privés d'HLM de l'article L. 433-1 du CCH pour le principe et des articles réglementaires correspondants pour une référence aux marchés des collectivités locales (référence qui correspond à l'ancien Code des marchés publics de 1964). Pour ce qui concerne les SEM de logements sociaux, l'article L. 481-4 du CCH pose lui aussi le principe de l'application de Code des marchés publics de façon adaptée. Ces deux articles sont issus de la loi Sapin, et notamment de ses articles 48-II et 48-III.

concerne les secteurs classiques³⁸ et de la loi du 11 décembre 1992 qui concerne les secteurs spéciaux³⁹. C'est aussi le cas, en second lieu, de leurs décrets d'application⁴⁰.

Dans la mesure du possible, la « réunification » dans un même code des dispositions issues du droit communautaire pourra être la source de simplifications en développant des solutions communes quand cela est possible. On a pu remarquer que la transposition des directives dans le Code des marchés publics était en effet plus rapide que l'intégration des dispositions communautaires dans les textes en dehors du Code⁴¹.

c) L'intégration des textes ponctuels précisant le régime de certains contrats de la commande publique

725. Les textes précités, d'origine interne ou communautaire, ont pour objectif de préciser les définitions et les régimes des sous-catégories contractuelles de la commande publique. Mais il existe d'autres textes ponctuels qui viennent préciser le régime de plusieurs catégories de contrats sur tel ou tel point particulier. C'est le cas de la loi du 31 décembre 1975, *relative à la sous-traitance*⁴² qui fixe les règles de sous-traitance non seulement des personnes privées mais aussi des personnes publiques ou des entreprises publiques⁴³. C'est aussi le cas de la loi MOP du 12 juillet 1985⁴⁴ dont on a vu qu'elle était au cœur de nombre des spécificités internes du droit des marchés publics. On peut aussi comprendre dans ces textes ponctuels des textes relatifs aux intérêts moratoires⁴⁵ ou autres

³⁸ Loi n° 91-3 du 3 janvier 1991, *Relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence*, modifiées de nombreuses fois, notamment par l'article 49 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 « Sapin », par la loi n° 95-127 du 8 février 1995, par la loi n° 97-50 du 22 janvier 1997 et par l'art. 8-1 de la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 MURCEF

³⁹ Loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992, *Relative aux procédures de passation de certains contrats dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications*.

⁴⁰ Notamment les décrets n° 92-311 du 31 mars 1992, *Soumettant la passation de certains contrats de fournitures, de travaux ou de prestation de services à des règles de publicité et de mise en concurrence* et n° 93-990 du 3 août 1993, *Relatif aux procédures de passation des contrats et marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications*, eux aussi de nombreuses fois modifiés.

⁴¹ J.-F. SESTIER, « Les oubliés du droit de la commande publique », *JCP (A)*, 19 avril 2004, pp. 577-584

⁴² Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 *relative à la sous-traitance*, modifiée notamment par la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 MURCEF, art. 6.

⁴³ Le Titre II de la loi prévoyant le paiement direct s'applique en effet au terme de l'article 4 de la loi « *aux marchés passés par l'État, les collectivités locales, les établissements et entreprises publics* ». Le sens de « marché » est ici celui de « contrat de la commande publique », et l'on remarquera l'utilisation des derniers termes qui signifient que non seulement les EPA et les EPIC sont visés (ces derniers n'étant pas soumis au Code des marchés publics, rappelons le) mais aussi les entreprises publiques prenant la forme de sociétés de droit privé. On retrouve ici le critère de « l'influence publique » qui sera retenu plus tard par le droit communautaire.

⁴⁴ Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 *Relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée*.

⁴⁵ La loi n° 94-679 du 8 août 1994, *Portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, dont l'article 67 prévoit que les renonciations contractuelles aux intérêts moratoires sont réputées non écrites. Notons que l'article 96 du Code des marchés publics prévoit : « *Le dépassement du délai de paiement ouvre de plein droit et sans autre formalité, pour le titulaire du marché ou le sous-traitant, le bénéfice d'intérêts moratoires, à compter du jour suivant l'expiration du délai.* »

dispositions de paiement⁴⁶, aux avenants⁴⁷, à la lutte contre le travail illégal⁴⁸, aux obligations de décoration des constructions publiques⁴⁹, à la fin des contrats de travaux⁵⁰ ou à la dématérialisation des procédures⁵¹.

Ces dispositions sont très disparates et leurs différentes sources ne facilitent pas la codification. Des efforts particuliers devront être portés sur le plan de l'ouvrage.

3) Les difficultés de plan d'un Code de la commande publique.

726. Le plan d'un code qui suit la « numérotation indiciaire » telle qu'elle existe dans le Code général des collectivités territoriales, le Code de la Santé publique ou le Code de justice administrative ne peut contenir que neuf Parties, elles-mêmes divisées en neuf Livres, chacun divisés en neuf Titres. Le choix d'un plan à quatre niveaux comme le CGCT ou le Code de la Santé publique ne semble pas adapté à la commande publique. Sur le plan de l'organisation de ces Parties, il paraît intéressant de rechercher la cohérence et les similitudes avec les autres codes afin d'améliorer l'accessibilité aux règles au sein même du code.

727. La première Partie pourrait ainsi comprendre les « dispositions générales », et notamment la définition de la commande publique et les principes qui lui sont applicables. À cela on peut ajouter un ou plusieurs Titres qui seraient voués à être augmentés au cours des années et qui comprendraient un régime commun à tous les contrats en question⁵².

⁴⁶ La loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, *Relative aux nouvelles régulations économiques* prévoit un délai maximal de paiement qui remplace le délai auparavant fondé sur le mandatement, ce qui conduisait à opposer aux entreprises un délai interne aux personnes publiques. On peut voir dans l'article 96 commun aux Codes des marchés publics de 2001 et 2004 qui prévoit un délai de paiement de 45 jours, ainsi que le droit à des intérêts moratoires (*cf.* note ci-dessus) une application de cette loi.

⁴⁷ Article 8 de la loi n° 95-127 du 8 février 1995, *Relative aux marchés publics et aux délégations de service publics*, qui prévoit un avis de la commission d'appel d'offre pour tous les avenants aux marchés publics entraînant une augmentation du montant global de plus de 5%.

⁴⁸ Loi n° 97-210 du 11 mars 1997, *Relative au renforcement de la lutte contre le travail illégal*, et son décret d'application n° 97-638 du 31 mai 1997. Le champ d'application de ce texte est spécialement adapté à la notion de commande publique puisqu'au terme de l'article 27 de la loi : « Ces dispositions s'appliquent à toutes personnes morale soumise pour la passation de ses contrats et marchés à des règles de publicité et de mise en concurrence ». Le texte de ce décret a d'ailleurs été repris quasiment à l'identique à l'article 43 du Code des marchés publics (article commun aux codes de 2001 et 2004).

⁴⁹ Décret n° 2002-677 du 29 avril 2002, *Relatif à l'obligation de décoration des constructions publiques et précisant les conditions de passation des marchés ayant pour objet de satisfaire à cette obligation*, et l'arrêté le précisant du 30 septembre 2003.

⁵⁰ Décret n° 66-665 du 31 août 1966, *Fixant des délais et des règles de procédure propres à accélérer les opérations de constatation, de liquidation et de règlement des travaux de construction effectués pour le compte de l'État, des collectivités et établissements publics et des organismes d'habitation à loyer modéré*.

⁵¹ Décrets n° 2001-846 du 18 septembre 2001, *Pris pour l'application du 3° de l'article 56 du Code des marchés publics et relatif aux enchères électroniques*, et n° 2002-692 du 30 avril 2002 *pris en application du 1° et du 2° de l'article 56 du Code des marchés publics et relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics*.

⁵² Pour des exemples, *Cf. infra* paragraphe second suivant.

728. Les deuxième et troisième parties pourraient être consacrées respectivement aux marchés publics et aux délégations de service public. Il s'agirait en réalité de codifier ou recodifier la loi Sapin et les articles L. 1411-1 et suivants du CGCT, ainsi bien entendu que le Code des marchés publics.

Le choix reste, pour les autres catégories de contrats, entre les regrouper dans un titre générique « autres contrat » ou de distinguer encore. Dans la seconde hypothèse, il est possible de créer un titre pour les marchés au sens communautaire, un autre pour les contrats de partenariat et un autre générique. En tout état de cause, il est difficile de concevoir de « fermer » les contrats de la commande publique en ne faisant pas un titre regroupant des contrats moins courants ou à venir, ne serait-ce que pour les contrats de l'article 48 de la loi Sapin ou pour les baux emphytéotiques sur le domaine public.

729. Enfin, un dernier titre – le septième ? – pour les dispositions applicables à une partie seulement des contrats de la commande publique, qui regrouperait les « textes ponctuels » que nous avons déjà cités⁵³. Ce dernier titre est voué à perdre de l'importance puisque l'effort de rationalisation nécessaire conduira à adapter les dispositions qu'il contient à l'ensemble de la commande publique, c'est-à-dire à les transférer, modifiées⁵⁴, dans le Titre 1^{er}.

La question des transferts qui pourront advenir entre ce titre dernier et le titre premier est en réalité celle du développement d'un régime commun à tous les contrats de la commande publique.

§ 2^e : Le développement d'un régime commun à tous les contrats de la commande publique.

730. Le régime de la commande publique se limite aujourd'hui officiellement à l'application de principes qui, bien que dès maintenant effectifs et sources de contraintes de droit positif⁵⁵, ne constitue pas un *corpus* de règles de nature à simplifier par eux-mêmes la matière. Le développement d'un régime commun à tous ces contrats correspond pour sa part à la volonté de rationalisation de l'ensemble de ces contrats. La notion de commande publique peut être le vecteur de cette rationalisation. Différents domaines sont susceptibles de pouvoir être ainsi unifiés sous ce qui ne sera plus seulement un « label ». Le premier domaine concerne les mesures de publicité qui sont aujourd'hui distinctes pour les différents contrats, alors qu'elles pourraient relativement aisément être unifiées (A). Le deuxième domaine concerne le contentieux de ces contrats qui, pour les recours spécifiques à certains d'entre eux – référés précontractuels, contentieux pénal ou modes

⁵³ Cf. *supra*, 2) c).

⁵⁴ Les modifications du champ d'application de ces règles ne sont pas toujours faciles à envisager, elles risqueraient de constituer parfois des contraintes bien trop grandes sur les contrats auxquels elles viendraient à être étendues. Cela étant, rien ne s'oppose à ce que l'extension contienne des exceptions pour certains contrats, il s'agira de concilier la rationalisation du droit avec les contraintes économiques et l'utilité de nouvelles procédures.

⁵⁵ Cf. *infra* 2^e partie, Titre 2.

alternatifs de règlement des litiges – doivent aussi pouvoir être rationalisés (B). D'autres points épars mais qui correspondent à cet éclatement de la matière pourraient enfin faire l'objet de regroupements (C).

A) L'unification des règles de publicité

731. Les règles de publicité sont une constante et, on le verra, une obligation, des contrats de la commande publique. Sauf les cas exceptionnels de chacune des catégories contractuelles, toutes prévoient des mesures permettant de faire connaître la procédure de passation future ou le résultat de la procédure passée. Les objectifs de toutes ces dispositions sont identiques : il s'agit d'assurer la création d'un marché concurrentiel et l'égalité sur ce même marché⁵⁶. Cette considération devrait permettre une unification des procédures de publicité pour tous les contrats de la commande publique (2), *a contrario* de la situation actuelle (1).

1) Une diversité étonnante des mesures de publicité.

732. Les marchés publics sont soumis aux publicités communautaires issues des directives, au premier rang desquelles l'avis de pré-information⁵⁷ envoyé à l'Office de publication des communautés européennes dans les conditions prévues à l'article 39 du Code des marchés publics. Pour les « marchés publics communautaires » qui ne sont pas des marchés publics au sens du Code français, le décret n° 92-311 du 31 mars 1992 prévoit des dispositions similaires⁵⁸, qui trouvent leur origine dans les textes aujourd'hui codifiés à l'article 35 de la directive 2004/18. L'avis sur le résultat de la consultation ou « avis d'attribution » est aussi une obligation de publicité d'origine communautaire⁵⁹ que l'on retrouve dans les textes internes⁶⁰. Enfin, plus classiquement, l'avis de consultation ou

⁵⁶ Cf. *infra* les développements à ce sujet, 2^e partie, 2^e titre, 1^{er} Chapitre à propos des principes fondateurs des procédures de passation.

⁵⁷ Le terme s'écrit indifféremment dans les textes pré-information et préinformation. La seconde orthographe est celle retenue par la directive communautaire 2004/18, le Code des marchés publics de 2004 utilisant pour sa part uniquement la première (articles 39, 57 et 62) alors que celui de 2001 utilisait indifféremment la première (article 53) ou la seconde (articles 39 et 58).

⁵⁸ Il s'agit plus précisément de l'article 13 du décret d'application de la loi du 3 janvier 1991 qui s'applique aux secteurs classiques, Cf. note 40

⁵⁹ Articles 35 et 69 (pour les concours) de la directive 2004/18, articles 43 et 63 (pour les concours toujours) de la directive 2004/17

⁶⁰ Article 15 du décret n° 92-311 du 31 mars 1992, article 14 du décret n° 93-990 du 3 août 1993 (Le premier est le décret d'application de la loi du 3 janvier 1991 et s'applique aux secteurs classiques, le second est le décret d'application de la loi du 11 décembre 1992 et s'applique aux secteurs spéciaux. Cf. note 40) et articles 30 et 80 du Code des marchés publics de 2004.

d'appel à la concurrence est la publicité la plus répandue, au-dessus et en deçà des seuils communautaires de passation⁶¹.

733. Les délégations de service public sont aussi soumises à des procédures de publicité qui, non seulement sont différentes de celles des marchés publics, mais en plus, sont, elles aussi, distinctes selon que le contrat est soumis ou non au droit communautaire. Pour les délégations internes, les articles L. 1411-1 du CGCT et 38 de la loi Sapin sont tous deux mis en œuvre par un décret du 24 mars 1993⁶² qui dispose que la personne publique délégante doit effectuer une insertion dans une publication habilitée à recevoir des annonces légales et dans une publication spécialisée correspondant au secteur économique concerné⁶³. Pour les délégations de service public susceptibles d'être soumises au droit communautaire en raison de leurs montants, il faut distinguer selon qu'elles sont des « marchés publics » ou des « concessions » au sens des directives. Dans le premier cas, les dispositions précitées sont applicables – c'est notamment ainsi que seront qualifiées les régies intéressées –, dans le second, les directives prévoient des mesures particulières de publicité si elles sont des « concessions de travaux publics » – l'essentiel des concessions de service et travaux publics – mais aucune si elles sont des « concessions de service » – ce qui sera notamment le cas de la plupart des affermages. Pour les « concessions de travaux publics », les dispositions de la directive 2004/18 imposent le respect d'un avis standard annexé⁶⁴ pour les concessions.

L'ordonnance sur les contrats de partenariat⁶⁵ prévoit à son article 3 et à un nouvel article L. 1414-3 du CGCT, que les mesures de publicité seront précisées par décret. On peut y voir l'occasion d'unifier, dans la mesure du possible, les procédures de publicité de l'ensemble des contrats de la commande publique.

2) Objectif et méthode d'unification

734. La rationalisation des procédures de publicité est un objectif en lui-même, non seulement pour la simplicité que cela représente pour les commanditaires, pour les efforts de formation initiale et continue que cela évite, mais aussi pour la stabilité juridique

⁶¹ Règles que l'on retrouve pour l'essentiel à l'article 40 du Code des marchés publics, article 42 de la directive 2004/17, article 35 de la directive 2004/18 à l'article 14 du décret du 31 mars 1992 et 13 du décret du 3 août 1993.

⁶² Décret en Conseil d'État n° 93-471 du 24 mars 1993, *J.O.* 26 mars 1993, p. 4773, codifié pour les collectivités territoriales à l'article R. 1411-1 du CGCT

⁶³ Pour la première publication, chaque préfet établit par arrêté une liste des journaux habilités à publier les annonces en question pour son département. Pour la seconde publication (mais les deux peuvent être concomitantes), une plus grande souplesse est laissée aux collectivités, notamment lorsqu'il est difficile de trouver un journal particulier à un secteur. Cette circonstance ne saurait justifier l'absence de cette seconde publication sous peine de nullité (TA Lyon, 24 sept. 1997, *Cie européenne des Bains*, req. n° 9304338).

⁶⁴ Article 58 de la directive 2004/18 avec un renvoi aux modèles d'avis des annexes VII B et C de ce texte. L'article 18 de la directive 2004/17 exclut son application aux concessions de travaux publics comme de service.

⁶⁵ Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 *sur les contrats de partenariat*, *J.O.* n° 141 du 19 juin 2004 page 10994 texte n° 2

que représenterait le fait de connaître rapidement les positions du juge sur l'interprétation qu'il faut avoir du texte et les exigences qu'il pose.

On pourrait pourtant aller plus loin et utiliser une future similitude de procédure pour ouvrir un plus grand choix aux commanditaires en mettant en place, sous certaines conditions, une publicité commune. Il suffirait pour cela d'ouvrir la possibilité d'une publicité laissant le choix aux futurs commandités de répondre en proposant une délégation de service public, un marché public ou un contrat de partenariat. Il arrive en effet que les commanditaires ne sachent pas exactement quel contrat, et notamment quel mode de financement, convient le mieux à leurs besoins. Cette publicité unifiée permettrait par conséquent, d'une part de ne pas avoir à recommencer une procédure au cas où le premier choix s'avérerait le moins adapté, et d'autre part de permettre de reporter le choix après la réception des offres. Le seul écueil de cette éventuelle procédure serait la nécessité de garantir l'égalité entre les candidats, mais rien n'empêcherait par exemple de laisser ceux-ci proposer des variantes fondées sur l'un ou l'autre des contrats de la commande publique, puis de restreindre ensuite l'appel d'offres aux cas qui correspondraient à la formule contractuelle choisie, si tant est qu'il y ait suffisamment d'offres pour que la concurrence soit effective. Ces limites semblent de nature à respecter les égalités d'accès et de traitement des candidats⁶⁶.

735. Mais l'établissement d'une procédure unique pose deux séries de difficultés. D'un côté, le droit communautaire qui impose des procédures au-dessus de ses seuils d'application dont on ne voit pas pourquoi on les étendrait en dessous. D'un autre côté, l'adaptation de cette publicité au marché, adaptation qui différencie de fait toutes les publicités, notamment pour les marchés locaux.

La solution semble pourtant pouvoir être trouvée dans le développement des solutions informatisées de publicité. Le souci d'égalité d'accès qui justifiait que l'on ne les développe pas afin de ne pas exclure les petites entreprises moins adeptes de nouvelles technologies étant aujourd'hui dépassé⁶⁷, les réflexions à ce sujet devraient apporter des solutions à la fois plus simples et plus égalitaires. Pourquoi en effet ne pas envisager, selon la méthode du « guichet unique », une publication par transmission des données par Internet à un serveur qui se chargerait, en fonction des informations transmises, de classer les offres et de les proposer aux futurs commandités qui se connecteraient sur le site de publication. Si, théoriquement, ce guichet unique toucherait de façon moins spontanée les

⁶⁶ Pour la différence entre ces deux formes du principe d'égalité, *Cf. infra* 2^e partie, Titre 2^e, Chapitre 1^{er}.

⁶⁷ On fait ici référence au développement de la dématérialisation des procédures, aussi bien en droit interne que communautaire. Pour le droit interne notamment avec l'article 56 du Code des marchés publics et au développement de la « signature électronique » par la loi n° 2000-230 du 13 mars 2000 relative à la signature électronique qui insère dans le Code civil les articles 1316 à 1316-4. Pour le droit communautaire, l'article 42 de la directive 2004/18 permet la généralisation de ces moyens et faisant référence à la directive 1999/93, équivalent européen de l'article 1316-4 du Code civil. Le droit communautaire a même développé pour les procédures dématérialisées une procédure propre intitulée « système d'acquisition dynamique ». Pour ces innovations du droit communautaire, *Cf.* la 4^e partie de A. TESSIER, « Les nouvelles directives communautaires sur les procédures de passation des marchés publics : quelles innovations ? », *Droit administratif*, juillet 2004, n° 7, Etude 13, pp. 7-13, spé. p. 12

entreprises que la publication des annonces dans les journaux locaux ou spécialisés, en pratique, on peut envisager qu'il prenne la forme d'un site Internet permettant un accès facile aux offres. Plus encore, la simple inscription des entreprises sur le site pourrait conduire à leur envoyer automatiquement les offres par message électronique tous les jours. En somme il s'agit de mettre en place un « service public de la publicité des offres de la commande publique »⁶⁸ que l'on peut indifféremment, soit confier à des organes officiels comme les Journaux officiels, soit déléguer à une entreprise privée qui facturerait le service ou serait rémunérée selon la méthode de la régie intéressée.

On le voit, les méthodes comme l'intérêt existent à simplifier et unifier les procédures de publicité pour l'ensemble de la commande publique. C'est aussi le cas pour le contentieux spécial de ce type de contrats.

B) Une unification partielle du contentieux de ces contrats

736. Savoir si le juge compétent est le juge administratif ou judiciaire ne dépend pas, pour ces contrats, de leur nature de « contrats de la commande publique », mais bien de celui de « contrats administratifs » ou « de droit privé ». Pourtant, certains contentieux particuliers sont liés à leur qualification de marchés publics ou de délégations de service public. Il en est ainsi des « référés précontractuels » (1), de certains contentieux pénaux (2) ou des contrôles administratifs qui pourraient conduire à la création d'une autorité administrative indépendante de la commande publique (3).

L'unité du contentieux de ces contrats qui pourrait exister dans les trois cas précités ne peut cependant qu'être partielle. En effet, c'est précisément l'une des difficultés de la commande publique que de voir son contentieux réparti entre le juge judiciaire et le juge administratif. Bien que largement plus important en quantité par rapport au contentieux privé, le contentieux administratif n'est pas plus unique aujourd'hui qu'il ne l'était jusqu'au début du XX^e siècle pour les contrats des personnes publiques. La différence est que ce n'est plus une question de gestion publique ou gestion privée mais bien une indifférence du droit communautaire quant à la nature du contentieux qui en est la source. C'est cette considération qui justifie notamment que les référés précontractuels, d'origine communautaires, se trouvent en parallèle dans le Code de justice administrative et dans le Code de procédure civile.

1) Une unité du contentieux des référés précontractuels

737. Les articles L. 551-1 et L. 551-2 du Code de justice administrative forment à eux deux le chapitre relatif aux « référés en matière de passation de contrats et marchés ».

⁶⁸ Ce service public pouvant aussi servir d'organe certificateur afin d'assurer la sécurité des transmissions et l'authenticité des candidatures et des offres. La question de la méthode de certification – i-e le fait d'assurer que l'expéditeur d'une transmission est bien celui qu'il dit être – devant peut-être alors être normalisée au plan européen.

Cet intitulé montre la difficulté qu'a rencontrée le législateur pour regrouper les contrats qui entrent dans le champ d'application de ces articles⁶⁹. Issus de la transposition⁷⁰ des directives « recours »⁷¹ après une condamnation pour retard par la Cour de justice des communautés européennes⁷², ces textes s'appliquent à des contrats qui sont tous des contrats de la commande publique, voire qui sont, sans les nommer ainsi, tous les contrats de la commande publique.

738. Le recours issu de ces textes a une double spécificité : il est particulier tout d'abord en ce qu'il est un recours au fond, de pleine juridiction, ouvert aux concurrents évincés et au Préfet mais fondé sur la seule légalité de la procédure de passation et qui vise l'annulation de celle-ci en amont de la signature du contrat. Il est particulier ensuite parce qu'il a un champ d'application original, qui prend sa source dans une définition communautaire de « marché public » et interne de « délégation de service public »⁷³. Ce deuxième caractère a conduit le législateur à créer un recours identique devant les juridictions judiciaires, puisque les « marchés publics » au sens communautaire peuvent être, en droit français, des contrats de droit privé⁷⁴.

⁶⁹ On notera aussi le titre tout à fait contestable du Chapitre V du Code de procédure civile reprenant les référés précontractuel mais devant les juridictions judiciaires (*Cf. infra*) qui s'intitule « *Le contentieux de la passation de certains contrats de travaux* », alors que les modifications de la loi du 3 janvier 1991 à laquelle se réfère ce texte ne touchent aujourd'hui plus seulement les travaux mais aussi les fournitures et les services. Une rectification serait bienvenue.

⁷⁰ Pour les secteurs classiques la transposition s'est faite par la loi n° 92-10 du 4 janvier 1992 *relative aux recours en matière de passation de certains contrats et marchés de fournitures et de travaux*, modifiée par la loi « Sapin » n° 93-122 du 29 janvier 1993 qui y a ajouté les délégations de service public, ainsi que par l'article 14 de la loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 *relative au référé devant les juridictions administratives* pour le pouvoir de suspension de la signature accordé au juge. Ces textes sont à l'origine de l'article L. 22 du Code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, puis de l'article de L. 551-1 du Code de justice administrative. Pour les secteurs « spéciaux », la transposition s'est faite par la loi n° 93-1416 du 29 décembre 1993 *relative aux recours en matière de passation de certains contrats de fournitures et de travaux dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications*, elle-même modifiée par la loi du 30 juin 2000 précitée.

⁷¹ Pour les secteurs classiques, il s'agit de la directive n° 89/665 du 21 décembre 1989 *portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux* ; pour les secteurs « spéciaux », il s'agit de la directive n° 92/13 du 25 février 1992 *portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications*, (JOCE L. 76 du 23 mars 1992 p. 14)

⁷² CJCE 19 mai 1999, *Commission c/ République française*, Aff. n° C-225/97, *BJCP* 1999, n° 6, p. 519, concl. A. LA PERGOLA.

⁷³ Les conclusions de H. SAVOIE sous l'arrêt CE 20 mai 1998 *Communauté de communes du Piémont de Barr, service des eaux et de l'assainissement du Bas-Rhin*, rec. p. 201, concl. H. SAVOIE ; *RFDA*, 1998, p. 533, concl. H. SAVOIE ; *AJDA*, 1998, pp. 553-559 chr. F. RAYNAUD et P. FOMBEUR ; *Marchés publics*, juillet 1999, n° 3 page 25-26 ; *MBTP*, 29 mai 1998, p. 425, concl. H. SAVOIE ; *Revue des concessions et des DSP*, 1998 ; pp. 99-131, note G. GUIAVARC'H, ne laissent aucun doute sur le recours à la définition communautaire pour définir les marchés publics, par ailleurs la notion de délégation de service public n'existe qu'en droit interne.

⁷⁴ Il s'agit des articles L. 1441-1 et suivants du Code de procédure civile. Depuis la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 *MURCEF*, ces dispositions n'auraient plus de sens si « marché public » était compris au sens du Code des marchés publics dans la mesure où tous les contrats en cause seraient des contrats administratifs par effet de cette loi pour les marchés ou par effet des critères jurisprudentiels pour les délégations de service public.

739. Sont aujourd'hui visés par ces dispositions, les marchés publics passés en application du Code des marchés publics en dessous des seuils communautaires comme au dessus⁷⁵, ceux passés en application des lois de transposition des directives communautaires pour les pouvoirs adjudicateurs autres que ceux visés par le Code des marchés publics⁷⁶, ainsi, explicitement, que les délégations de service public. Si ce champ d'application est déjà original, on peut raisonnablement considérer qu'il n'est pas limité à cela.

740. D'abord, si l'on s'en tient au texte de l'article L. 551-1 du CJA, les marchés publics qui ne sont soumis à aucune procédure de publicité n'ont pas de raison de faire l'objet d'un référé précontractuel. En pratique, il ne peut en effet y avoir de « *manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence* » durant leur passation dans la mesure où ils ne sont contraints par aucune obligation de ce type. Le Code de 2004 qui a soumis tous les contrats à une publicité adaptée⁷⁷ pouvait laisser penser que ce débat, qui prévalait sous l'empire des anciens Codes, était clos. Cependant, les projets actuels qui visent à rétablir un seuil en dessous duquel il ne faudrait aucune procédure, pourraient les relancer. La solution serait pourtant aujourd'hui réglée sur un autre fondement : dans la mesure où les principes de la commande publique s'appliquent⁷⁸ et que le juge a considéré à plusieurs reprises qu'ils étaient, par eux-mêmes, des mesures de publicité ou de mise en concurrence⁷⁹, le référé précontractuel est, de fait, ouvert en dessous de seuils. De surcroît, on le verra, les principes imposent des mesures de publicité minimales⁸⁰, cette seconde considération justifiant aussi, à elle seule, l'ouverture du recours de l'article L. 551-1 du CJA même en dessous des seuils. On notera toutefois que la doctrine est partagée sur ce point⁸¹.

⁷⁵ C'est la loi Sapin qui a étendu ce recours efficace en dessous des seuils communautaires.

⁷⁶ Il s'agit des marchés passés en application des lois du 3 janvier 1991 et 11 décembre 1992 (cf. notes 38 et 39)

⁷⁷ Et encore y a-t-il des exceptions, par exemple à l'article 35-III Code des marchés publics

⁷⁸ Cf. à la suite de l'arrêt CJCE 7 décembre 2000, *Telaustria*, Aff. C-324/98, le considérant n° 2 de la directive 2004/18 est tout à fait clair sur la nécessité pour tous les marchés exclus des directives de respecter les principes du Traité. On verra *infra* dans le 2^e titre de cette partie de quels principes il s'agit et les implications concrètes que cela a, en droit communautaire comme en droit interne à la suite de la reconnaissance de principes propres à la commande publique par le Conseil constitutionnel.

⁷⁹ Le juge des référés précontractuels a ainsi accepté les requêtes pour atteinte à l'égalité de traitement cf. Ordonnance du président du Tribunal Administratif de Paris, 2 novembre 1994, *Groupement des sociétés Eiffage, SPIE Batignolles, Fougerolles, SPIE Citra, AJDA*, 1995, pp. 147-153, note CH. BRÉCHON-MOULÈNES ; ou pour atteinte à l'égalité entre les candidats (autre nom de l'égalité de traitement) à l'occasion du non respect d'une norme technique cf. TA Besançon, 14 avril 1994, *Groupement d'entreprises Bigoni-SMBTP-Livera c/ Syndicat intercommunal des eaux de Champagney*, RFD 1994 pp. 747-755, concl. F. MALLOL. Le juge a aussi considéré que le non respect des règles de concurrence issues de l'article L. 462-1 du Code de commerce (codification de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986) constituait une atteinte aux principes concurrentiels : Cf. CE 2 juillet 1999, *SA Bouygues et autres*, req. n° 206.749 ; rec. p. 265 ; *BJCP*, n° 7, p. 620-627, concl. C. BERGEAL, obs. CH. MAUGÜÉ

⁸⁰ Cf. *infra* 2^e partie, Titre 2^e

⁸¹ Cf. notamment PH. TERNEYRE, *Droit des services publics locaux*, fasc. VII.110.2/2, p. 3 ; D. de BÉCHILLON et PH. TERNEYRE, *Contentieux des contrats administratifs*, Répertoire Dalloz, n° 270, p. 45 ; S. BRACONNIER *et alii*, *Les collectivités territoriales et leurs contrats*, Paris, ed. du Juris-classeur, 2002, p. 799, n° 066-03 qui estiment que les marchés publics qui ne sont soumis à aucune procédure ne sont pas susceptibles de faire l'objet d'un recours en référé précontractuel.

741. Si les procédures de passation des contrats nommés « classiques » de la commande publique peuvent faire l'objet d'un référé précontractuel, d'autres contrats moins « classiques » peuvent aussi y être soumis. Il en est, par exemple, ainsi des concessions au sens communautaire du terme. Cela inclut naturellement le cas des montages associant un bail emphytéotique et une convention de financement des travaux prévoyant le droit d'exploiter l'ouvrage pendant une certaine période, montage que le Conseil d'État a qualifié de « concession de travaux publics » au sens des directives⁸². Par ailleurs, la notion de « concession de service » reconnue par les directives de 2004 constitue, même si les procédures de publicité et de passation ne lui sont pas applicables, une extension pour l'heure difficilement estimable des contrats pouvant faire l'objet de ces référés puisqu'elles sont en tout état de cause soumises aux principes de la commande publique. Il en est aussi ainsi, vraisemblablement, des conventions d'aménagement au sens de l'article L. 300-4 du Code de l'urbanisme. Cet article dispose expressément qu'elles n'étaient pas soumises aux dispositions de la loi Sapin⁸³ et la majorité de la doctrine considère qu'elles ne font pas partie des « marchés publics »⁸⁴, même au sens communautaire. Cependant, la Commission européenne a récemment estimé qu'elles pouvaient être des concessions de travaux publics au sens des directives⁸⁵, notamment si l'on s'en réfère à la jurisprudence de la Cour de justice, lorsque le contrat vise essentiellement, au sein de l'aménagement, à la construction d'ouvrages⁸⁶. La question de la rémunération de ces ouvrages ou équipements qui reviennent à la collectivité est centrale dans la qualification de marché public ou de concessions au sens de la directive. Or, comme dans l'affaire de la « Scala de Milan », le paiement peut partiellement être une déduction de contribution du fait de l'article 1585 C du Code général des impôts. Selon la qualification définitive que l'on donnera en droit communautaire aux conventions d'aménagement, elles pourront par conséquent être, elles aussi, des « marchés publics » au sens de l'article L. 551-1 du CJA.

⁸² CE Ass. 10 juin 1994, *Commune de Cabourg*, rec. p. 300 ; req. n° 141633 ; RFDA 1994, p. 728, concl. S. LASVIGNES ; AJDA 1994, p. 560, chron. CH. MAUGÜÉ et L. TOUVET pp. 502-506 ; JCP (G) 1997.IV p. 1863

⁸³ Art. L. 300-4, 4^e alinéa : « Les dispositions de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 [...] ne sont pas applicables aux conventions publiques d'aménagement établies en application du présent article. »

⁸⁴ E. FATÔME et L. RICHER, « Nature et contenu du contrat d'aménagement », RDI, avril 1994, n° 2, pp. 169-177 ; J.-F. BIZET « La convention publique d'aménagement : nature et régime juridiques », BJCP n° 18 et 19/2001, pp. 374-385 et 466-474 ; E. FATÔME et L. RICHER, « La nature juridique des contrats d'aménagement », *Le Moniteur des TP*, 3 septembre 1993, p. 34 ; F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, « Nature et contenu des contrats d'aménagement », *Contrats et marchés publics*, 2001, n° 1, chron. n° 1 p. 4.

⁸⁵ Elle a envoyé une lettre de mise en demeure au gouvernement français sur la question de « la compatibilité avec le droit communautaire de certaines dispositions relatives aux conditions et modalités d'octroi régissant les conventions d'aménagement telles que prévues à l'article L. 300-4 du Code français de l'urbanisme ».

⁸⁶ CJCE, 12 juillet 2001 *Ordine degli architetti delle province du Milano e Lodi, Piero de Amicis, Consiglio nazionale degli architetti et Leopoldo Freyrie c/ Comune di Milano*, affaire C-399/98, rec. 2001 p. I-5409, BJCP n° 19/2001, pp. 475-489, concl. (contraires) PH. LÉGER, obs. R. SCHWARTZ et CH. MAUGÜÉ ; *Contrats et marchés publics* 2001, n° 9, p. 10, comm. n° 154 par F. LLORENS ; ACCP, 2001, n° 4, p. 61, note L. RICHER ; JCP (G) 2001, I, n° 368, p. 2250, obs. S. BRACONNIER ; *Europe* 2001, p. 16-17, note F. MARIATTE, précité note n° 287.

742. Enfin, les Contrats de partenariat semblent pouvoir rentrer dans le champ d'application de cet article. L'absence de notion de maîtrise d'ouvrage public, ainsi que l'indifférence face au financement qui caractérisent la définition communautaire de marché public ne laissent pas de doute sur le fait que ces contrats sont des marchés publics au sens de la directive 2004/18⁸⁷ et par conséquent au sens de l'article L. 551-1.

743. En somme, si le texte des articles L. 551-1 du CJA fait référence aux « *marchés publics et conventions de délégation de service public* », c'est en réalité, à peu de choses près, aux contrats de la commande publique qu'il fait allusion, d'autant que l'article L. 551-2 du CJA et les articles 1441-1 à 1441-3 du Code de procédure civile viennent ouvrir un recours similaire pour les candidats exclus des autres contrats de la commande publique. L'une des simplifications que l'on peut attendre est par conséquent l'extension officielle aux contrats de la commande publique des référés précontractuels.

2) Une unité du contentieux pénal

744. Les incriminations pénales touchant les élus ou les administrateurs s'appliquent bien évidemment lorsque les faits ont eu lieu à l'occasion de la passation d'un contrat de la commande publique⁸⁸. C'est notamment le cas pour le délit de concussion de l'article 432-10 du Code pénal, des délits de corruption passive ou trafic d'influence de l'article 432-11 du même code, comme pour ceux de prise illégale d'intérêt ou d'ingérence – des articles 432-12 et 13 du Code pénal⁸⁹ et des délits de soustraction et détournement de biens des articles 432-25 et 26 de ce code. Ces articles ne sont cependant pas spécifiques à la commande publique et il n'y aurait aucune utilité à utiliser cette qualification.

745. En revanche, le délit d'avantage injustifié, appelé aussi « délit de favoritisme »⁹⁰, s'applique aux termes même de l'article 432-14 du Code pénal « *dans les*

⁸⁷ L'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 *sur les contrats de partenariat* contient d'ailleurs la directive n° 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 *relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services* dans ses visas

⁸⁸ Cf. C. PRÉBISSY-SCHNALL, *La pénalisation des marchés publics*, Paris, LGDJ bibliothèque de droit public, Tome 223, 2002, 617 pp., spé. pp. 33-129 ; J. SAVOYE, « De la répression du délit de favoritisme et autres infractions en matière de marchés publics », *Dalloz* 1999, Chron. pp. 169-173

⁸⁹ La Cour de cassation fait même une interprétation large de la personne « chargée d'une mission de service public » en considérant que les architectes maître-d'œuvres font partie de cette catégorie (Cf. Cass. Crim. 14 juin 2000, *BJCP* n° 14/2000, p. 85

⁹⁰ Cf. pour des commentaires sur cette incrimination : P. DELÉLIS, « Délégations de service public et droit pénal », *Contrats et marchés publics*, 2003, chron. n° 10 p. 31 ; G. PANCAZI, « Le contrôle de la légalité par la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés (MIEM) », *ACCP*, n° 5, novembre 2001 ; ; G. PANCAZI, « Le délit de favoritisme et le nouveau code des marchés publics », *Contrats et marchés publics*, n° 5, mai 2001, p. 4 ; A. LAGUERRE, « Concurrence, favoritisme et sanction pénale dans les marchés publics », *Marchés publics*, n° 271, janvier-février 1993 ; A. S. MESCHERIAKOFF, « Le délit de favoritisme », *LPA*, n° 20, 15 février 1995, pp. 6-10 ; G. PANCAZI, « Les difficultés d'application du délit d'avantage injustifié dans les marchés et les conventions de délégation de service public : l'article 432-14 du nouveau code pénal », *Gaz. Pal.*, 12-14 mars 1995 & *Marchés publics*, 1996, 18-22 n° 2 ;

marchés publics et les délégations de service public », en cas d'« actes contraires aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats »⁹¹. La modification de cet article et son adaptation à la notion de commande publique peuvent s'envisager ; il faudrait pour cela modifier en deux points sa définition. D'une part, il faut que cette incrimination s'applique « dans les contrats de la commande publique », d'autre part, il faut qu'elle s'applique pour des atteintes aux « principes de la commande publique ». Cette modification peut apparaître comme n'étant pas exempte de défauts mais elle semble nécessaire.

746. Le principal argument qui plaiderait en défaveur de cette extension serait une nouvelle « pénalisation » du droit des marchés publics que les élus, locaux notamment, estiment non seulement exagérément étendue et surtout inutile. Cette affirmation nous paraît peu probante dans la mesure où cette réécriture ne constitue pas nécessairement une extension. En effet, on peut dès aujourd'hui se poser la question de l'interprétation du terme de « marché public » au sens du Code pénal. En effet, si ce terme est à entendre au sens du Code des marchés publics, la référence à « la commande publique » dans cet article serait une extension de son champ d'application. En revanche, si c'est déjà au sens du droit communautaire qu'il faut entendre ce terme, il est possible de transposer *mutatis mutandis* au délit de favoritisme l'analyse des contrats en cause faite à l'occasion des référés précontractuels⁹². La référence à la « commande publique » serait alors un simple éclaircissement. La question ne trouve pas de solution évidente. Si la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés publics et les délégations de service public estime qu'il faut prendre ce terme au sens le plus large⁹³, l'analyse des arrêts de la Cour de cassation montre plutôt une référence constante au Code des marchés publics⁹⁴.

747. Malgré ces arrêts, on peut pourtant, pour plusieurs raisons, penser que le délit d'avantage injustifié a d'ores et déjà le même champ d'application que l'article L. 551-1 du CJA⁹⁵. Le premier argument dans ce sens est la source de ce délit : il est issu de la loi

TH. DAL FARRA, « Le risque de favoritisme : quelle perspective après la réforme de la commande publique », *BJCP*, n° 21/2002, p. 91.

⁹¹ Les différentes infractions précitées peuvent se cumuler avec celle là, *Cf.* J. SAVOYE, précité note 88, 2^e partie. *Contra*, de l'utilité de cette infraction comparée à la corruption du fait de son absence de contrepartie, W. JEANDIDIER, *Droit pénal des affaires*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 5^e ed. 2003, 641 pp., spé. n° 361, p. 454

⁹² *Cf. supra*

⁹³ La Mission interministérielle d'enquête sur les marchés publics et les délégations de service public (MIEM) présente un rapport annuel au Premier ministre, au Garde de Sceaux et au Ministre de l'économie et des finances comme l'exige l'article 124 (ex-125) du Code des marchés publics de 2004. Elle défend cette position par exemple dans son *Rapport pour l'année 2000*, cas n° 14, p. 37 quand elle précise : « Un office du tourisme, régi par la loi sur les associations du 1^{er} juillet 1901 n'est pas soumis au code des marchés publics, sauf s'il agit en qualité de mandataire d'une personne à qui ce statut s'impose. - Certains contrats passés par un office du tourisme peuvent être soumis à des obligations de publicité et de mise en concurrence, en application du titre II de la loi 91-3 du 3 janvier 1991. Tout manquement à ces obligations est constitutif du délit de l'article 432-14 du code pénal. »

⁹⁴ Une analyse systématique montre, au début octobre 2004, que tous les arrêts et jugements des juridictions judiciaires relatives à l'application de l'article 432-14 du code pénal et qui citent un texte imposant une procédure de passation, se réfèrent au Code des marchés publics.

⁹⁵ On notera que c'est aussi la position de A. S. MESCHERIAKOFF, « Le délit de favoritisme », *LPA*, n° 20, 15 février 1995, pp. 6-10 qui estime que : « l'incrimination vise à la fois les marchés (au sens large où il est

du 3 janvier 1991, c'est-à-dire la loi qui transpose justement les directives communautaires pour les entités qui n'entrent pas dans le champ d'application du Code des marchés publics⁹⁶. Le second argument est l'interprétation que l'on peut faire de la référence aux principes : on a pu en effet estimer que, même sans disposition précise de passation, par exemple en dessous des seuils, l'infraction était constituée par le seul non-respect des « libertés d'accès et l'égalité des candidats ». En effet, ce texte fait une référence implicite aux principes posés à l'article 47 du « texte réglementaire » qu'est le Code des marchés publics de 1964⁹⁷, principes repris et augmentés depuis aux articles 1^{er} des Codes de 2001 et 2004⁹⁸. Or on verra que ces principes ont été étendus à l'ensemble de la commande publique. Enfin, on peut interpréter un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 20 juin 2004 comme marquant une possible interprétation dans ce sens, même si aucun recours n'est encore venu le confirmer⁹⁹.

748. L'interprétation qu'il faut semble-t-il donner à l'article 432-14 du Code pénal prévoyant le délit de favoritisme est par conséquent la plus large. En ce sens, la modification de l'article pour faire référence à la commande publique et à ses principes ne constituerait une extension que parce que les principes en question sont plus nombreux que les seules liberté d'accès et égalité des candidats. Cette extension serait pourtant en parfait accord avec la reconnaissance, aujourd'hui constitutionnelle, de ces principes¹⁰⁰. On peut par ailleurs voir des avantages à cette unification, et notamment le fait que le recours

employé) et les conventions de délégation de service public», ainsi que celle de C. PRÉBISSY-SCHNALL, *La pénalisation des marchés publics*, Paris, LGDJ bibliothèque de droit public, Tome 223, 2002, 617 pp., spé. p. 47 pour une position sur les marchés publics au sens communautaire, et p. 256 pour le Code des marchés publics qui ne s'applique pas à tous les marchés.

⁹⁶ Loi n° 91-3 du 3 janvier 1991, modifiée par les lois n° 93-122 du 29 janvier 1993 et n° 95-127 du 8 février 1995.

⁹⁷ L'article 47 auquel on fait référence est celui issu de l'article 26 du décret n° 92-1310 du 15 décembre 1992.

⁹⁸ L'incrimination se réfère aux « actes contraires aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats ». Il s'en suit que, par un raisonnement logique quoiqu'étrange de la Cour de cassation, les principes, en tant que reconnus par un acte réglementaire, ont « pour objet » de se garantir eux-mêmes. La reconnaissance de nouveaux principes dans le Code de 2001 vient rendre un peu moins étrange ce raisonnement en laissant penser que les « nouveaux » principes peuvent venir garantir « la liberté d'accès et l'égalité des candidats ». La reconnaissance des principes par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit* permet de se demander s'il ne faudrait pas revenir sur l'ensemble de cette disposition.

⁹⁹ Cass. Crim. 30 juin 2004, n° 03-85946, publiée au Bulletin, que l'on peut interpréter comme ayant implicitement accepté que la loi du 3 janvier 1991 puisse servir de base légale à l'incrimination de délit de favoritisme. Cette dernière casse en effet l'arrêt de la Cour d'appel sur le fondement l'incohérence entre la qualification d'association transparente d'une association publiant le bulletin d'un Conseil général et le fait que la Cour ne constate pas le non respect du Code des marchés publics qui aurait dû s'appliquer, comme s'il s'était agi du Conseil général, si l'association était « transparente ». Or, la Cour d'appel ne fait que relever que la loi du 3 janvier 1991 n'était pas applicable parce que pas encore étendu aux marchés de service (ce qui ne s'est fait que par la loi du 22 janvier 1997). Si elle avait voulu limiter les « marchés publics » de l'article 432-14 à ceux du Code des marchés publics, c'était l'occasion pour la Cour de cassation de dire que seul le Code était en tout état de cause applicable. On le voit, la solution est encore non seulement implicite, mais elle est même le fruit d'une interprétation de l'arrêt qui pourrait ne pas être la bonne.

¹⁰⁰ Cf. *infra* 2^e partie, Titre 2.

à l'un des contrats ne peut pas être considéré comme le détournement d'une autre procédure si les deux sont possibles. Il s'agit en quelque sorte de ne pas limiter le choix de la personne publique aux marchés publics en lui laissant entendre que les autres contrats contiennent un « risque pénal » parce qu'ils sont moins procéduraux. Par ailleurs, notons que la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés publics et les délégations de service public (MIEM) suit cette interprétation, ce qui influe sur le droit positif étant donné qu'elle est à l'origine d'un grand nombre des transferts au parquet de dossiers de délit d'avantage injustifié.

On le voit, le droit pénal spécial applicable aux « marchés publics et délégations de service public » pourrait aisément être étendu à la commande publique, améliorant en cela la visibilité de cette incrimination et la cohérence de cette notion. Dans une moindre mesure d'ailleurs, on pourrait étendre cette réflexion à propos du nouvel article 433-3 du Code pénal, issu de la loi du 18 mars 2003¹⁰¹ qui fait référence aux « marchés » et que l'on pourrait étendre aux « contrats de la commande publique ».

C) Une unité à rechercher dans les contrôles administratifs, la solution d'une autorité administrative indépendante de la commande publique

749. Les contrôles sur les actes et activités de la commande publique doivent aussi pouvoir être autres que purement juridictionnels, notamment parce qu'ils nécessitent des expertises juridiques et financières ainsi que la connaissance des pratiques délictueuses. À cet égard, le contrôle effectué par les autorités administratives pourrait être développé et leurs pouvoirs renforcés. Pour l'heure, deux organismes jouent principalement ce rôle : la MIEM et la Direction générale de la concurrence et de la répression des fraudes (DGCCRF), toutes deux rattachées au Ministère de l'économie et des finances¹⁰². À ceux-ci, on peut ajouter les préfets qui exercent le contrôle de légalité des actes des collectivités locales, contrôle dont on sait la bien trop faible importance quantitative et qui de toute façon, se limite à la légalité de l'acte et au pouvoir de saisine du juge administratif.

750. La MIEM, dont le Code des marchés publics régit le rôle¹⁰³ a été créée par la loi du 3 janvier 1991 et a une compétence bien plus large que les marchés publics au sens strict. Non seulement comme son nom l'indique, elle est compétente depuis la loi Sapin pour le contrôle des délégations de service public, mais l'article 1^{er} de la loi de 1991 la rend compétente, *rationae personae*, pour les marchés et délégation de

¹⁰¹ Article 433-3, issu de la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure : « ... Est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 euros d'amende le fait d'user de menaces, de violences ou de commettre tout autre acte d'intimidation pour obtenir d'une personne mentionnée au premier ou au deuxième alinéa soit qu'elle accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte de sa fonction, de sa mission ou de son mandat, ou facilité par sa fonction, sa mission ou son mandat, soit qu'elle abuse de son autorité vraie ou supposée en vue de faire obtenir d'une administration publique des distinctions, des emplois, **des marchés** ou toute autre décision favorable. »

¹⁰² Sur ce point, cf. C. PRÉBISSY-SCHNALL, *La pénalisation des marchés publics*, Paris, LGDJ bibliothèque de droit public, Tome 223, 2002, 617 pp., spé. pp. 332-348 (Section 2^e : La coopération des services chargés du contrôle des marchés publics).

¹⁰³ Article 119 à 124 du Code des marchés publics

nombreuses personnes : État, collectivités locales et leurs établissements publics bien sûr, mais aussi Sociétés d'économie mixte locales¹⁰⁴ et les Sociétés d'économie mixte nationales « chargées d'une mission de service public ». Cependant, les pouvoirs de la MIEM sont doublement limités : d'abord par le nombre restreint de personnes pouvant la saisir¹⁰⁵, ainsi que par le champ limité de son auto saisine¹⁰⁶, ensuite par la faiblesse de ses moyens propres, aujourd'hui réduits à dix membres désignés par arrêtés interministériels pour quatre ans. On notera cependant que les enquêteurs ont des pouvoirs de police judiciaire ce qui leur permet des investigations poussées, et que leurs contrôles s'étendent non seulement au strict droit des marchés publics mais qu'il peut aussi être comptable et financier, voire axé sur le droit de la fonction publique. Le résultat de ces enquêtes est avant tout transmis au préfet et à l'autorité qui a saisi la MIEM, mais cette dernière peut aussi, en application de l'article 40 al. 2 du Code de procédure pénal, transmettre au Procureur de la République¹⁰⁷.

751. Pour ce qui concerne la DGCCRF, son rôle est essentiellement axé sur le respect du droit de la concurrence tel qu'il résulte des articles L. 410-1 et suivants du Code de commerce. Les agents de cette direction, et notamment des directions départementales, étaient classiquement membres de droit des commissions d'appel d'offres comme en témoigne l'article 22 IV 2) du Code des marchés publics de 2001¹⁰⁸. Le Code des marchés publics de 2004 est revenu sur ce principe en prévoyant que cette participation est facultative¹⁰⁹. On regrette pour notre part que la présence de cette personne neutre ne soit pas obligatoire, d'autant plus qu'au terme de l'article 40 al. 2 du Code de procédure pénal, obligée de transmettre au Procureur de la République toutes les infractions.

752. Mieux, il nous semble qu'il serait possible de développer en France un contrôle administratif poussé et efficace des contrats de la commande publique dans leur ensemble. Ainsi, en suivant le modèle de l'Autriche¹¹⁰, la création d'une Autorité

¹⁰⁴ Il faut comprendre ici : au sens de la loi du 7 juillet 1983 aujourd'hui codifiée aux articles L. 1521-1 et s. du CGCT

¹⁰⁵ L'article 1^{er} – 2 de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 prévoit un pouvoir de saisine général par le Premier ministre, le Ministre de l'économie et des finances ou la Cour des comptes et un pouvoir limité à leur département ministériel et ses SEM et EP pour chaque ministre, ainsi qu'un pouvoir limité aux marchés des collectivités locales, de leurs SEM ou EP pour les préfets.

¹⁰⁶ L'article 1^{er} – 1 *in fine* prévoit qu'un chef de mission ne peut se saisir d'un marché que s'il détecte une irrégularité à l'occasion du contrôle d'un autre marché.

¹⁰⁷ On analyse cela comme une possibilité, mais les membres de la MIEM étant des fonctionnaires, l'application de l'article 40 al. 2 conduit en réalité à une obligation de transmettre au Procureur en cas de constatation d'un délit.

¹⁰⁸ Art. 22 IV du Code des marchés publics de 2001 « - Sont convoqués et peuvent participer aux réunions de la commission d'appel d'offres : [...] 2° Un représentant du directeur départemental de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ; »

¹⁰⁹ Art 22 V du Code des marchés publics de 2004 : « V.- Lorsqu'ils y sont invités par le président de la commission d'appel d'offres, le comptable public et un représentant du directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes peuvent participer, avec voix consultative, aux réunions de la commission d'appel d'offres. Leurs observations sont consignées au procès verbal. »

¹¹⁰ La *Bundes-Vergabegesetz* (loi fédérale sur les marchés publics) autrichienne de 2002 prévoit deux organes de contrôle des marchés publics : le *Bundesvergabeamt* (Administration fédérale des marchés) et la *Bundes-vergabekontrollkommission* (ou Commission de contrôle fédéral des marchés publics). Leur statut,

administrative indépendante effectuant un contrôle dans des délais compatibles avec l'activité économique, serait adaptée à la commande publique. Comme pour les autres Autorités administratives indépendantes, il s'agit de marchés à réguler. À la suite de l'Autorité des marchés financiers, du Conseil de la concurrence ou de la commission de régulation de l'électricité et du Gaz, on pourrait avoir un « *Conseil de la commande publique* » – ou une commission si l'on veut équilibrer le féminin et le masculin – qui jouerait ce rôle pour l'ensemble de la commande publique¹¹¹. Les avantages de cette solution seraient à notre sens nombreux, notamment l'indépendance, l'impartialité et la connaissance du secteur. Par ailleurs, cette solution pourrait conserver entre les mains de la compétence administrative, par un contrôle en appel ou en cassation par le Conseil d'État, la question de ces contrats « publics » qui étaient, avec la loi du 28 pluviôse An VIII et les « travaux publics », le cœur de la compétence administrative.

753. Conclusion de la section : Bien entendu, les cas des règles de publicité et des contentieux spéciaux ne sont que des exemples d'éléments de régime de la commande publique qu'il est possible d'unifier autour de cette notion. On ne saurait tous les reprendre, mais on peut en évoquer certains. Il en est d'abord ainsi des commissions d'appel d'offres ou autres personnes participant au choix du cocontractant, des garanties exigées des entrepreneurs, des modalités de groupement pour les entreprises pouvant répondre à un contrat de la commande publique, de l'information des commanditaires sur l'exécution des contrats ou des délais de paiement lorsque la rémunération est effectuée directement par la personne publique. L'unification de tous ces points, quoique non fondamentale, participerait à la clarification du régime de passation applicable à l'ensemble de ces contrats.

SECTION 2 :

UNE VISION RENOUVELÉE DES CONTRATS PUBLICS :

LES DEUX APPROCHES DES CONTRATS ADMINISTRATIFS ET DES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE

754. Si l'on a pu réfuter la thèse de la nécessité du droit administratif des contrats spéciaux, il faut reconnaître qu'il existe un droit administratif spécial des contrats. Au même titre que d'autres domaines d'un droit administratif très large et diversifié, les contrats sont aujourd'hui soumis à un certain nombre de règles qui en font pour ainsi dire

prévu aux §§. 135 à 177 de la loi, leur garantit une stricte indépendance. De plus, elles possèdent un pouvoir de sanction assimilable à ceux de juridictions administratives spécialisées.

¹¹¹ On notera que L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ coll. Manuel, 4^e ed. 2004, 677 pp., spé. p. 206, n° 278 place la MIEM dans un paragraphe 5 « l'intervention d'organismes administratifs indépendants » tout en précisant que « *La MIEM est moins structurée qu'une autorité administrative indépendante [...]* ». La MIEM pourrait en effet facilement servir de base à la nouvelle AAI que nous appelons de nos vœux.

une matière à part entière, avec par exemple le droit du domaine, le contentieux administratif, le droit de la fonction publique ou le droit public de l'économie.

Cette « matière » que l'on appelle encore souvent le « droit des contrats administratifs » semble pourtant devoir être renouvelée, non pas par une révolution de fond mais par une appréhension différente. Celle-ci passe par la reconnaissance d'un « droit des contrats publics » qui se diviserait lui-même en un « droit des contrats administratifs » et un « droit de la commande publique », ces deux qualifications emportant des solutions et un régime bien différents. (§ 1^{er}). Bien entendu, les contrats publics ont souvent en parallèle les deux qualifications, les liens entre les deux sont indéniables, mais leur approche reste différente (§ 2^d).

§ 1^{er} : Contrats de la commande publique et contrats administratifs, deux notions aux régimes distincts

755. La tradition de l'étude des contrats de l'administration est axée sur la notion de « contrat administratif ». C'est elle qui contient tout ce que les contrats de droit public ont d'autonome par rapport au droit civil, c'est elle qui contient à la fois la puissance publique et le service public, c'est elle qui est la justification d'un droit administratif à travers un type d'acte qui est empreint de rapports égalitaires si contraires à l'idée de souveraineté, c'est elle qui sous-tend la présence d'un juge : le juge administratif. Les ouvrages les plus anciens comme *Les contrats administratifs* de JÈZE en 1927¹¹² comme les plus récents¹¹³, en passant par le *Traité des contrats administratifs*¹¹⁴ se fondent sur cette notion.

L'étude des contrats de la commande publique apparaît alors dans ces ouvrages dans les parties relatives aux « principales catégories de contrats », et étudiés comme nécessitant des règles particulières, tant pour ce qui concerne les « modes de conclusion » des contrats que pour les « sanctions des obligations des cocontractants » ou les « interventions de l'administration dans l'exécution du contrat »¹¹⁵. D'autres ouvrages consacrent une partie

¹¹² G. JÈZE, *Les contrats administratifs de l'État, des départements, des communes et des établissements publics*, Paris, Marcel Giard ed. puis Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1927, spé. Tome 1, 257 pp

¹¹³ On pense par exemple à L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ coll. Manuel, 4^e ed. 2004, 677 pp. ; C. GUETTIER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, PUF droit coll. Thémis droit public, 1^e ed. 2004, 514 pp., mais aussi bien entendu tous les manuels généraux classiques (Cf. bibliographie générale).

¹¹⁴ A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 2^e ed. 1983 Tome 1 et 1984 Tome 2 ; 1^{ère} ed. 1956 par A. de LAUBADÈRE.

¹¹⁵ A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, utilisent les « Principale catégorie de contrats » (1^{ère} ed. pp. 105 et s), les « Modes de conclusions » (1^{ère} ed. p. 257 et s.), les « sanctions des obligations du cocontractant » spéciales (1^{ère} ed. p. 144 et s.) et « l'intervention de l'administration dans l'exécution du contrat », appliqué à chacune des catégories dans les Titre 2, 3 et 4 u Livre 6 du Traité. C'est aussi de cette façon que C. GUETTIER traite le contrats de la commande publique dans son ouvrage : comme classification par objet des contrats administratifs, effet de la liberté contractuelle, puis comme condition de passation des contrats administratifs, enfin comme régimes particuliers d'exécution des contrats administratifs (le mode de rémunération, les avenants).

distincte qui regroupe toutes les règles spéciales aux « *principaux contrats administratifs* »¹¹⁶, dont les contrats de la commande publique constituent la majeure partie.

L'apparition d'une notion de commande publique et, peut-être, la mise en place d'un code propre à ce régime, conduit pourtant à se poser la question d'un renouvellement de cette approche, renouvellement qui distinguerait, de par leur régime, les effets de la qualification de « contrat administratif » (A) de celle de « contrat de la commande publique » (B) au sein de ce que l'on pourrait regrouper sous le terme de « contrats publics »¹¹⁷.

A) Les contrats administratifs, un régime d'exécution et une compétence contentieuse

756. La notion de « contrat administratif » est bien évidemment centrale en ce que d'elle, découle l'application d'un « droit administratif » non seulement marqué par la puissance publique, c'est-à-dire déséquilibré par rapport à ce qui se fait habituellement en droit privé, mais aussi garant, notamment de la continuité des services publics à laquelle concourent les contrats. On peut distinguer comme conséquence de la qualification de contrat administratif d'une part la compétence contentieuse (1) et d'autre part un régime d'exécution et de fin du contrat (2).

1) Le contrat administratif, condition d'une compétence administrative

757. Historiquement, le contrat administratif est celui dont le contentieux va devant le juge administratif. Il s'oppose au contrat de droit commun, c'est-à-dire au contrat de droit privé, civil ou commercial. Si les origines du droit administratif faisaient dépendre souvent la compétence du juge administratif, donc la qualification de contrat administratif, de la volonté de la personne publique de « bénéficier » de son statut ou, au contraire, de se soumettre au droit privé, on ne saurait aujourd'hui faire une référence directe à cette volonté pour qualifier le contrat. La compétence entre les deux ordres de juridiction est de droit public et cela revenait en fait à donner la possibilité à la personne publique de choisir son juge. D'un premier temps où, en réalité, du choix du juge découlait la qualification de contrat administratif, on est passé, dans un second temps à la recherche de critères pour les contrats administratifs afin de faire découler de cette qualification la compétence juridictionnelle.

¹¹⁶ L. RICHER, *Op. Cit.* fait une première partie sur Théorie et pratique du contrat administratif, une deuxième partie sur le régime général du contrat administratif et une troisième sur « les principaux contrats administratifs ».

¹¹⁷ On notera que l'expression est aujourd'hui régulièrement employée dans ce sens, par exemple en quatrième de couverture de la 4^e édition de l'ouvrage du professeur L. RICHER, *Op. Cit.* mais aussi dans le nom modifié de la revue « Actualité de la commande et des contrats publics », devenu « Contrats publics » depuis le numéro 18 de janvier 2003.

La volonté des parties n'est pas absente de ce phénomène, mais elle se concrétise par la recherche objective, dans le contrat, des traces de la volonté de se soumettre ou non au juge administratif. Ce peut être la présence de clauses exorbitantes du droit commun ou le lien sérieux avec le service public ; cette analyse passant logiquement après la recherche d'une éventuelle qualification législative de « contrat administratif »¹¹⁸.

La première conséquence de la qualification de contrat administratif d'un acte contractuel est par conséquent la compétence administrative, à la différence de la qualification de contrat de la commande publique qui n'a pas d'influence directe sur cette compétence.

2) Le contrat administratif, fondement d'un régime d'exécution du contrat

758. À la suite à la reconnaissance de la catégorie des « contrats administratifs », le Conseil d'État a pu faire son œuvre créatrice et adapter à la présence de la puissance publique la logique consensuelle qui préside classiquement à l'idée de « contrat ». À la manière dont sont nés, bien plus tard, des droits par essence déséquilibrés comme le droit du travail ou le droit de la consommation à partir des contrats du Code civil, le juge administratif a créé un régime propre aux contrats administratifs dont l'objectif est de rééquilibrer le contrat. C'est ainsi que ce sont trouvés peu à peu reconnus des *pouvoirs*, des *droits* et des *devoirs* aux cocontractants. On peut rapidement envisager ces trois éléments

759. Parmi les *pouvoirs* de la personne publique, on pense naturellement au pouvoir de résiliation unilatéral reconnu à la personne publique pour motif d'intérêt général. On pense aussi au pouvoir de modification unilatérale du contrat ainsi qu'au pouvoir de sanction en cas d'inexécution.

760. Parmi les *droits*, certains sont entre les mains de la personne publique¹¹⁹, d'autres entre celles de son cocontractant. Pour ceux appartenant à la personne publique, on pense par exemple au droit d'effectuer des contrôles de l'exécution du contrat¹²⁰ ou à celui de proposer des avenants à son cocontractant. Les droits propres aux cocontractants sont par ailleurs plus nombreux : droit au paiement d'abord, droit à indemnisation en cas

¹¹⁸ Il est inutile ici de reprendre ces critères qui sont abondamment étudiés, notamment dans les ouvrages cités ci-dessus. On ajoutera toutefois l'étrange et passionnant cas de l'arrêt CE 19 janvier 1973 *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant*, rec. p. 48, *AJDA* 1973, p. 358, chron. PH. LÉGER et BOYON ; *CJEG* 1973 p. 239 concl. ROUGEVIN-BAVILLE ; *J.C.P.* 1974.II.17629, note PELLET ; *Rev. Adm.* 1973 p. 633, note P. AMSELEK « Une méthode peu usuelle d'identification des contrats administratifs : l'identification directe » ; J.-F. LACHAUME, *Grandes décisions du droit administratif* p. 339.

¹¹⁹ On sait que tous les contrats administratifs ne sont pas passés par des personnes publiques mais aussi par leurs mandataires ou par des gestionnaires de service public, il ne s'agit là que d'un raccourci.

¹²⁰ Les pouvoirs de contrôles sont le plus souvent rattachés par la doctrine aux pouvoirs de l'administration, Cf. par exemple A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 2^e ed. Tome 2, 1984, n° 1180 ; s. G. PÉQUIGNOT, *Théorie générale des contrats administratifs*, Paris, A. Pedone ed., 625 pp., spé. p. 306 et s. ; *contra* pour une position niant, au vu de la jurisprudence, l'existence d'un pouvoir général de contrôle en dehors de stipulations contractuelles, même et surtout dans les concessions : L. RICHER, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ coll. *Manuel*, 4^e ed. 2004, 677 pp, spé. p. 246, n° 337 et s.

de modification ou résiliation unilatérale ou pour les travaux indispensables. C'est aussi le cas de tout le régime de l'imprévision qui confie des droits à indemnité au cocontractant qui a continué à appliquer le contrat dans des conditions imprévisibles, par exemple durant une guerre avec toutes les modifications des conditions d'exécution que cela représente. On peut enfin compter de manière générale parmi les droits des cocontractants celui de bénéficier de dommages-intérêts dans des cas où l'administration utilise ses pouvoirs ou ne respecte pas ses devoirs.

761. Parmi les *devoirs*, on trouve l'exécution de bonne foi du contrat, ainsi que son exécution sans faute, devoirs dont la sanction est la résiliation sans faute ou pour faute. La personne publique a un devoir de paiement pour les contrats onéreux et, plus généralement, des devoirs qui découlent du respect des droits de son cocontractant. Enfin, on peut compter parmi les devoirs des différentes parties au contrat la nécessité de le passer dans des conditions légales, notamment sans vice du consentement, sans problème concernant la personne compétente pour le signer et en suivant les règles internes propre, soit à la personne publique, soit à la personne privée, pour que le contrat soit valablement conclu. Les règles propres à la qualification de « contrat administratif » qui portent sur la passation du contrat s'arrêtent là. Les autres sont propres à la qualification de « contrat de la commande publique ».

B) Les contrats de la commande publique : un régime essentiellement axé sur la passation

762. Le droit de la commande publique a essentiellement pour objet de réglementer la passation des contrats. Il ne s'agit plus de prendre le contrat comme l'expression de la souveraineté, de la puissance publique, mais de le prendre comme un acte économique qu'il faut encadrer, comme un marché qu'il faut réguler. La commande publique est l'expression de la « marchandisation » de l'activité publique. Si l'on veut, la commande publique insiste sur le terme de *marché* public tandis que le contrat administratif insiste sur le terme de *marché public*. Pour autant, aucun des deux n'oublie l'autre élément : le contrat administratif rétablit l'équilibre contractuel – de manière différente de ce qui se passe en droit privé – ce qui montre qu'il prend en compte le marché et la commande publique met en place ces procédures parce que le contrat est public. La régulation des marchés « privés » est bien moins prégnante.

La régulation du marché se fait essentiellement en amont de celui-ci c'est-à-dire dans la phase de sélection des candidats et des offres. C'est ainsi que le droit de la commande publique a essentiellement des conséquences sur deux points : d'une part, sur la publicité des commandes afin qu'elles attirent les différentes offres, donc qu'elles créent un marché concurrentiel. D'autre part, sur la formalisation de la mise en concurrence sur ce marché (adjudication, appel d'offres, concours). Mais cette régulation emporte aussi d'autres conséquences liées à la phase de passation du contrat : l'analyse des offres anormalement basses, la sous-traitance, la place de la négociation, normes techniques de

références qui sont une condition de l'égalité entre les candidats¹²¹, les tranches de passation, les modalités de computation des seuils, l'allotissement, les variantes, les groupements de commandes ou la place des documents contractuels.

763. La notion de contrat de la commande publique emporte aussi pour une partie des règles qui précisent le régime d'exécution du contrat, mais elles sont, elles aussi, liées à la passation. Il en est par exemple ainsi des modalités particulières propres aux *avenants*¹²² ou aux *cessions* de marchés ou de délégations de service public. Les autres éléments de régime qui s'attachent à la qualification de contrat de la commande publique et non à celle de contrat administratif et qui ne sont pas liés à la passation sont la conséquence du caractère économique de ces contrats. Il en est ainsi notamment des pénalités de retards, des modifications des délais d'exécution, des décomptes ou des avances.

764. On le constate, pour l'essentiel, les deux qualifications de contrats administratifs et de contrats de la commande publique emportent des régimes qui sont différents. Un « contrat public » doit donc être analysé au regard de ces deux notions pour pouvoir connaître le régime qui lui est applicable. Cependant cela ne veut pas dire qu'aucun lien n'existe entre le deux.

§ 2^d : les nécessaires liens entre les deux qualifications

765. Tous les contrats administratifs ne sont pas des contrats de la commande publique. Tous les contrats de la commande publique ne sont pas des contrats administratifs. Malgré cela, l'immense majorité des uns constitue aussi l'immense majorité des autres. La distinction entre les deux notions qui, nous semble-t-il, empêche que l'on puisse parler de contrats administratifs spéciaux pour les contrats de la commande publique¹²³, porte donc sur les cas marginaux de contrats administratifs qui ne sont pas de la commande publique – contrats de recrutements d'agents publics ou contrats d'occupation du domaine public sans délégation de service public par exemple –, ou de contrats de la commande publique qui ne sont pas administratifs – les contrats de

¹²¹ L'affirmation peut paraître paradoxale en ce que l'entreprise candidate qui ne respecte pas les normes mais offre un bon produit se verra exclure, ce qui réduira le concurrence en diminuant le nombre d'offres. Le respect des normes assure d'une comparaison objective des offres permettant d'être certain qu'elles sont de qualités équivalentes ou au moins comparables. En ce sens, elles sont effectivement une condition d'une meilleure concurrence.

¹²² On considère que les avenants sont liés à la passation en ce qu'ils permettent de modifier le contrat *a posteriori* et par conséquent de modifier après la passation, les conditions. En somme, le risque de détournement de procédure est grand. C'est en considération de cela que les avenants ont été, eux aussi, soumis à des procédures et notamment, pour les marchés publics, à un examen de leurs stipulations par la commission d'appel d'offre.

¹²³ Outre le fait, par lui même dirimant nous semble-t-il, que comme les contrats commerciaux ou les contrats de travail par rapport aux contrats du Code civil, les contrats de la commande publique constituent à la fois des contrats trop nombreux et trop spécifiques pour être seulement qualifiés de « spéciaux ». *Cf. supra*

personnes privées qui sont des marchés publics au sens communautaire et qui sont passés en application de la loi du 3 janvier 1991 par exemple.

Le fait que la majorité des contrats publics ait une double qualification signifie qu'il y a des liens entre les deux. Certains liens, issus de règles spéciales du droit des contrats administratifs applicables à certains contrats de la commande publique et vice versa (A), d'autres, bien plus importants, issus de règles de compétences légales qui font de certains contrats de la commande publique des contrats administratifs (B).

A) Les règles spéciales aux contrats d'une catégorie dans l'autre catégorie

766. Le droit des contrats administratifs est encore le prisme par lequel sont analysés les contrats publics et c'est dans leur cadre qu'ont été développées un certain nombre de règles que l'on peut considérer aujourd'hui comme découlant de la qualification de « contrat de la commande publique ». Ces contrats ont des spécificités qui font que le régime des contrats administratifs ne s'applique pas à tous de la même manière. Pourtant, les différences ne sont pas propres à la qualification de « contrat de la commande publique », mais, plus concrètement, aux spécificités de certaines des sous-catégories : par exemple la longue durée des contrats de concession ou la valeur historique que l'on accorde aux immeubles qui en font des biens spécialement protégés.

767. Ainsi, le pouvoir de résiliation unilatérale ou la théorie des sujétions imprévues vont s'appliquer essentiellement dans le cadre des contrats de longue durée, c'est-à-dire dans les contrats de délégation de service public. Il en est de même de la théorie des clauses contractuelles. Pour autant, ces régimes ne sont pas liés à la qualification de contrats de la commande publique puisqu'ils ne s'appliquent que pour les contrats « administratifs » et non pour les « contrats de droit privé ».

De la même manière, le fait même de déléguer un service public par contrat fait de cet acte un « contrat de la commande publique » mais aussi un « contrat administratif » puisque la condition de délégation d'un service public est aussi l'une des conditions des contrats administratifs. On touche là la raison principale du lien entre les deux catégories : la simplification des règles de compétence.

B) La simplification des règles de compétence

768. Le premier facteur de l'extension des marchés publics a été, on l'a vu au début de cette étude, le fait que l'objet matériel des marchés était dans un premier temps réduit aux travaux publics. La référence à cette notion dans le cadre des contrats a en effet conduit, du fait de la loi du 28 pluviôse An VIII, à la compétence administrative pour les marchés de travaux publics ; cette compétence ayant permis au juge de développer un droit des marchés, sur la base des textes plus spécifiquement tournés vers la passation.

769. Le développement postérieur des marchés, notamment et principalement sous l'effet des directives communautaires, conduit à distinguer les marchés publics des

contrats administratifs. Le juge judiciaire a même pu considérer certains contrats passés en application du Code des marchés comme des contrats de droit privé¹²⁴. La situation semblant transposer au contentieux la complexité du droit de la commande publique, le législateur a partiellement simplifié la situation en introduisant dans la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 MURCEF¹²⁵ un article 2 qui dispose : « *Les marchés passés en application du code des marchés publics ont le caractère de contrats administratifs.* » Le lien entre les marchés publics et les contrats administratifs était non seulement rétabli pour les marchés de travaux mais aussi étendu, sans exception, aux marchés de services ou de fournitures. Si cette loi organise les liens entre les deux prismes des contrats publics, elle ne les règle pourtant pas tous. Les contrats de la commande publique ne sont en effet pas tous des contrats administratifs puisque l'article en question ne traite que des marchés publics au sens du Code du même nom et non au sens du droit communautaire.

770. La question est celle de savoir si l'ensemble des contrats de la commande publique pourrait un jour, revêtir la qualification législative de contrats administratifs dans un souci de bonne administration de la justice, même si, jusqu'ici, la notion n'a été utilisée que pour transmettre au juge judiciaire des compétences du juge administratif¹²⁶. Cette unification ne serait pourtant pas parfaite en ce qu'elle n'empêcherait pas le développement d'une jurisprudence éventuellement discordante de la Cour de cassation à travers le contentieux pénal qui se développe fortement ; il faut toutefois reconnaître que cette limite serait marginale. Certains auteurs pourraient aussi y voir une nouvelle voie

¹²⁴ Cass. Civ. 1, 17 décembre 1996, *Société Locunivers*, n° F 94-19.885, juris-data n° 004968, *AJDA* 2000, pp. 1052-1059, note D. MOREAU et CH. LAMBERT ; *BJCP* n° 3/1999, pp. 264-266, note J. ALFONSI : « Un contrat soumis au Code des marchés publics est-il nécessairement un contrat administratif ? » ;

¹²⁵ Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 *portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier*, *J.O.* n° 288 du 12 décembre 2001 page 19703, article 2

¹²⁶ On sait que les dérogations à la compétence constitutionnelle du juge administratif sont possible pour une « bonne administration de la justice » depuis le 16^e considérant de la décision du Conseil constitutionnel n° 86-224 DC du 23 janvier 1987 Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence, *Rec. p. 8*, *RJC p. I-303*, *J.O.* du 25 janvier 1987, p. 924, *GDCC* n° 41 ; A. VIALA, « Réflexion sur le devenir du droit de la concurrence après la décision du Conseil constitutionnel censurant la loi d'Ornano », *Gaz. Pal.*, 31 Mars 1987, p. 253 ; L. FAVOREU, « Le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'a pas valeur constitutionnelle », *RFDA*, 1987, p. 301 ; *RDP* 1989, p. 482, note L. FAVOREU ; *RDP* 1987, p. 1341, note Y. GAUDEMET ; B. GENEVOIS, « Le Conseil constitutionnel et le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires », *RFDA*, 1987, p. 287 ; *Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1987, pp. 600-603, note B. GENEVOIS, C. LEPAGE-JESSUA, « Un nouveau défenseur des droits des administrés : le Conseil constitutionnel », *Gaz. Pal.*, 18-19 mars 1987, p. 209 ; *Dalloz*, 1988, p. 117, note F. LUCHAIRE ; *AJDA*, 1987, p. 345, note J. CHEVALLIER ; J.-M. SOREL, « De l'administratif au judiciaire », *Revue administrative*, 1988, p. 29 ; P. ESPUGLAS, « Georges Vedel et la décision du Conseil constitutionnel du 23 janvier 1987 : Conseil de la concurrence (à propos de la réserve constitutionnelle de compétence du juge administratif) », *Revue administrative*, 2002 (326), pp. 216-218 ; V. SELINSKY, « La constitutionnalité du transfert à la juridiction judiciaire du contentieux des décisions du Conseil de la concurrence », *LPA*, 13 février 1987, p. 21 ; *JCP (E)*, n° 26, p. 30, note D. ROUSSEAU ; D. TRUCHET, « Mauvaises et bonnes raisons de mettre fin au dualisme juridictionnel », *Justices - Revue générale de droit processuel*, 1996 (3), p. 53 ; S. VELLE, « La constitutionnalisation d'un mythe : justice administrative et séparation des pouvoirs », *RDP*, 1989, p. 769 ; G. HENAFF, « Questions sur la nature juridique du Conseil de la concurrence », *LPA*, 3 juin 1988 (67), p. 28 ; *JCP* 1987.II.20854, note J.-F. SESTIER

pour conserver au juge administratif des compétences qu'il perd du fait de la multiplication des privatisations¹²⁷.

La révolution serait plus importante qu'il n'y paraît. La loi en question reporterait en réalité – comme c'était le cas de la loi du 28 pluviôse An VIII – la compétence du juge administratif sur les critères de la commande publique et non sur ceux plus classique des « contrats administratifs ». On assisterait à un quasi-abandon des critères classiques fondés, soit sur la puissance publique (les clauses exorbitantes), soit sur le service public pour se référer soit au contrôle par une personne publique soit à la prise en charge de deniers publics¹²⁸.

¹²⁷ En ce sens, CH. LAVIALLE, « Une privatisation peut en cacher une autre », *AJDA* 2004, p. 1729 à propos de la modification des statuts d'EDF et GDF en entreprise privée détenues par l'État qui va avoir pour conséquence – malheureuse selon l'auteur – une diminution du nombre de travaux qualifiés de « travaux publics » et, partant, une diminution de la compétence du juge administratif.

¹²⁸ Il s'agit ici des critères qui sont posés dans cette étude, reste à savoir si ce sont ceux qui seront retenus par le législateur au cas où la notion de commande publique irait jusqu'à prospérer.

TITRE 2^E :
LES PRINCIPES DE LA
COMMANDE PUBLIQUE

« Le foisonnement du droit rend plus nécessaire encore les principes fondamentaux qui sont sources, au-delà de la multiplicité des textes, d'unité, de clarté, de garantie. »

Marceau LONG¹

771. La notion de commande publique, en tant que notion juridique², implique pour son utilité immédiate et au-delà des implications qu'elle pourrait avoir dans l'avenir, qu'on lui associe un régime juridique. S'il n'existe pas encore de régime général constitué de procédures de passation applicables à l'ensemble de ces contrats, s'il n'existe pas non plus de modalités de contrôle communes, il semble que la notion de commande publique trouve déjà une unité et une réalité avancées à travers un certain nombre de principes. Reste qu'en droit positif, ces principes ne sont pour l'heure pas plus strictement déterminés que ne l'est la notion elle-même. Le champ de recherche à leur propos n'est pourtant pas vierge, l'évolution récente ayant tenté de fonder les textes relatifs aux marchés publics ou aux contrats de partenariat – et dans une moindre mesure, ceux relatifs aux délégations de service public – sur des principes formalisés³. Plus encore, le pouvoir réglementaire puis surtout le Conseil constitutionnel ont récemment utilisé les termes de principe d'égalité ou de liberté « *d'accès à la commande publique* »⁴, ce qui tend à prouver deux

¹ Cette citation est issue du colloque sur l'État du droit au quotidien. (Réf. citée par Y. JÉGOUZO, *Les principes généraux du droit de l'environnement*, RFDA, 1996, pp. 209-217)

² CH. EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologies des définitions et des classifications en science juridique », *Archives de Philosophie du Droit*, Tome 11, 1966, p. 26

³ Il suffit pour s'en convaincre de regarder les codes des marchés publics du 7 mars 2001 et du 7 janvier 2004 dont les Titres 1 s'intitulent : « Titre premier : champ d'application et *principes fondamentaux* », le code de 1964 modifié se contentant d'un livre premier intitulé « Dispositions générales applicables aux marchés publics ». L'instruction d'application du code des marchés publics de 2001, *éditions du journal officiel*, précise à son point 1.2 p. 7 que « *l'article 1^{er} rappelle les principes fondamentaux qui régissent la commande publique* », et le point 8.4 de la circulaire d'application du Code des marchés publics de 2004 reprend en substance « *Le titre Ier du code des marchés publics pose les principes fondamentaux [...]* ». L'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 *sur les contrats de partenariat*, J.O. n° 141 du 19 juin 2004 page 10994, précise dans son article 3, 1^{er} alinéa. : « *La passation d'un contrat de partenariat est soumise aux principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats et d'objectivité des procédures.* » Pour ce qui est des délégations de service public, la loi n° 93-122 qui les institue met clairement en avant dans son titre officiel le principe de transparence, qui est comme on le verra l'un des principes de la commande publique « *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques* ».

⁴ C'est d'abord le cas du Code des marchés publics depuis 2001 et encore aujourd'hui sous l'empire du Code de 2004. Leurs articles 1^{er} disposent que « *les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique [...]* » ; le Code de 2004 ajoutant que les principes s'appliquent aux marchés « *quel que soit leur montant* ». C'est ensuite le cas du Conseil constitutionnel qui reconnaît pour sa part

points utiles à notre démonstration : d'une part que le terme de commande publique rentre dans le langage juridique, même s'il n'est pas encore une notion juridique ; d'autre part que le juge constitutionnel lui-même considère qu'il existe des principes qui trouvent une spécificité dans le cadre de la commande publique.

L'ensemble des principes applicables dans le cadre de la commande publique constitue un *corpus* de règles qu'il convient de préciser et auquel on peut attribuer deux fonctions principales : la première est de servir d'épine dorsale au – futur – régime de la commande publique, la seconde est de permettre, en lui-même, de servir de *corpus* de référence pour sanctionner des comportements, en l'absence ou au-delà d'un régime spécifique.

Une typologie des principes applicables qui distingue en premier lieu les principes justifiant les procédures de passation (Chapitre 1^{er}) des principes renforçant les procédures de passation (Chapitre 2^e) ne saurait se départir d'une courte réflexion préalable sur les différents rôles et la valeur juridique de ces principes (Section préliminaire)⁵.

SECTION PRÉLIMINAIRE :

NÉCESSITÉ ET PROBLÈMES DES PRINCIPES

DE LA COMMANDE PUBLIQUE

772. L'existence de principes propres à la commande publique ou de principes dont on peut être certain qu'ils s'appliquent particulièrement en cette matière n'a été reconnue que récemment. La principale raison qui justifie cette reconnaissance tardive est que la notion de commande publique n'a pas encore été reconnue juridiquement, c'est-à-dire comme une notion définie d'où découle un régime⁶. La définition des « contrats de la commande publique » proposée au titre précédent se doit pourtant de fonder l'application d'un ensemble de règles. En l'absence de régime juridique précis associé à cette notion,

l'existence d'un « principe d'égalité d'accès à la commande publique » d'abord dans la décision n° 2002-460 DC du 22 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure*, 7^e considérant, puis dans les décisions n° 2002-461 DC du 29 août 2002, *Loi d'orientation pour la justice*, 5^e considérant, enfin dans la décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, 18^e considérant (l'expression employée est alors exactement « *égalité devant la commande publique* »).

⁵ Sans aller jusqu'à faire un Titre ou un chapitre préliminaire à la thèse, nous empruntons succinctement la méthode du « Titre préliminaire » au Code civil, méthode que PORTALIS justifia simplement en ces termes « *Il nous a paru utile de commencer nos travaux par un livre préliminaire, Du droit et des lois en général* ».

⁶ On pourrait vouloir nous contredire en estimant que si le Conseil constitutionnel utilise le terme de commande publique, c'est que cette notion existe en droit. Cette inversion des propositions serait pourtant difficile à soutenir dans la mesure où à aucun moment le Conseil ne précise la consistance de cette notion. Il semble que, tout au moins aujourd'hui, les sages utilisent ces terme de « commande publique » de la même manière que l'administration active – et notamment la direction des affaires juridiques du Ministère de l'économie et des finances – c'est-à-dire comme une notion de « science administrative », plus proche d'une notion sociologique que juridique.

c'est autour de la détermination des *principes* que l'on trouvera des éléments de régime intéressants, d'autant que le régime de certains des contrats de la commande publique pourra de toute façon se limiter à l'application de ces principes sans nécessiter de textes d'application.

773. La nécessité de déterminer ces principes est double. Elle est d'abord due à la nécessité de donner un *sens* – une orientation, une direction – au régime qui pourrait se développer autour de la nouvelle notion juridique. La fonction de ces principes est alors volontariste, dirigiste ; leur détermination permettra d'encadrer la formation des règles ultérieures. En tant que principes d'une notion large, ils s'appliqueront en effet à toutes les sous-catégories de contrats que comprend la commande publique, aux premiers rangs desquels les marchés publics et les délégations de service public. Cette unité des principes peut ainsi avoir un effet « d'intégration » dans la mesure où, parce qu'elles seront fondées sur les mêmes principes, les législations et réglementations qui feront évoluer les sous-catégories de contrats iront dans le même sens. Ainsi, on peut déjà le constater, les analyses doctrinales qui sont faites sur les modalités de mise en concurrence ou celles sur les possibilités de négociations entre les futurs cocontractants, analyses fondées en grande partie sur le respect des principes, font l'objet de comparaisons entre les marchés, les délégations ou les « contrats de partenariat »⁷.

774. La nécessité de déterminer les principes est ensuite due à la volonté d'avoir un *régime minimum* applicable aux contrats de la commande publique. Le droit interne français ne connaît pas de *vide juridique*⁸. À défaut de toute réglementation, on trouve toujours utilement à appliquer des « principes ». Dans notre matière, ces préceptes clairs permettront ainsi de préciser le « vide »⁹, notamment pour tous les contrats *sui generis* qui rentrent dans le champ d'application de la notion de commande publique. Pour cela, il est nécessaire que les principes soient déterminés de façon suffisamment précise pour pouvoir servir fondement à des sanctions dans les cas où ils ne sont pas respectés. À partir de ces considérations sur l'utilité des principes de la commande publique et avant d'en déterminer plus avant la substance, il est utile de mettre en avant trois séries de difficultés.

1) *La difficulté des sources des principes de la commande publique*

775. La première difficulté porte sur les sources des principes de la commande publique. S'il s'agissait de trouver les principes applicables à une notion fixée, les sources

⁷ Rappelons que ces derniers sont issus de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 *sur les contrats de partenariat*, J.O. n° 141 du 19 juin 2004 page 10994 texte n° 2

⁸ Le droit français est en effet une « ordre juridique complet » comme le montre l'article 4 du Code civil qui interdit le déni de justice. Cette interdiction implique que seul le droit étatique doit être pris en compte par le juge, ce dernier ne pouvant chercher des normes ailleurs, dans les droits étrangers, la coutume ou le droit naturel. Comme le précise CH. LEBEN, V° *Ordre juridique* in D. ALLAND et S. RIALS (sous la direction de), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy et Puf, 2003, tel n'est pas le cas de la Suisse dont le Code civil précise dans son article 1^{er} al. 2 que le juge doit avoir recours au droit coutumier ou à ses propres règles « *s'il avait à faire acte de législateur* ». Par opposition, le juge français ne fait pas *acte de législateur*, il ne fait qu'interpréter les règles existantes, et notamment les principes, qui doivent lui permettre de trancher *tous* les litiges, ce que serait impossible si le droit interne connaissait des « vides ».

⁹ En l'absence d'autres principes, c'est la liberté qui fonderait l'essentiel du régime.

seraient vraisemblablement plus aisées à déterminer. On l'a dit, le terme de commande publique est utilisé à plusieurs reprises en droit positif : par le pouvoir réglementaire d'abord et par le Conseil constitutionnel ensuite. Or, même dans l'analyse des principes reconnus par ces deux sources, on peut constater non seulement des divergences modestes, par exemple dans la place du principe d'égalité – le code des marchés insistant sur cette égalité *lors du traitement* des offres, le Conseil constitutionnel lui donnant une valeur particulière dans la possibilité, pour les opérateurs économiques, *d'accéder au marché* – ; mais aussi de véritables contradictions, ne serait-ce qu'en ce qui concerne la place de ces principes dans la hiérarchie des normes.

Si les principes sont explicitement reconnus par le Conseil constitutionnel, par le Code des marchés publics et par l'ordonnance sur les partenariats, aucune de ces sources n'en donne une explication précise. Il est pourtant possible d'en déterminer le sens en effectuant un raisonnement par analogie avec les analyses classiques sur les libertés publiques et droits fondamentaux. On trouvera ainsi, en droit interne, des précisions dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et dans celles du Conseil d'État, dans les textes constitutionnels ou législatifs mais aussi, parce qu'ils sont courants en droit des marchés publics, dans les textes réglementaires¹⁰.

Ces derniers sont en effet essentiels. Une des principales difficultés de l'analyse de ces principes tient au fait que, jusqu'en 2001, voire 2004, ils ne pouvaient qu'être déduits de dispositions textuelles qui ne les exprimaient pas expressément. Il faudrait inverser la logique : on doit aujourd'hui encore partiellement déduire les principes de la commande publique des procédures de passation¹¹, alors qu'il faudrait retrouver une cohérence dans la production normative, c'est-à-dire poser les principes afin qu'ils guident ensuite la production des procédures de passation – ou qu'ils les remplacent partiellement. À ces sources internes, il faut ajouter les principes européens et avant tout communautaires, qu'ils soient tirés des Traités, des textes dérivés ou de la jurisprudence.

La situation n'en sera cependant pas clarifiée pour autant, parce qu'à la diversité des sources correspondent alors deux autres diversités. La première est celle des principes eux-mêmes. On peut en effet toujours se poser la question de leur similitude de sens. Il en est ainsi d'abord selon qu'il s'agit d'un principe communautaire ou interne, d'autant qu'à un même terme peuvent correspondre deux sens différents mais aussi qu'à

¹⁰ Le Conseil d'État a récemment rappelé que le Code des marchés publics pouvait être pris sous la forme décrétales, et ce même pour les collectivités locales malgré la reconnaissance à l'article 72 de la Constitution de 1958 de l'autonomie de celles-ci, en application du décret-loi du 12 novembre 1938. Cf. CE Ass. 5 mars 2003, *Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris*, req. n° 238039, *AJDA* 2003 p. 718, chr. F. DONNAT et D. CASAS ; *Contrats et marchés publics*, avril 2003, p. 4 concl. D. PIVETEAU et p. 24, n° 69 note PH. DELELIS. Cf. *infra* ; *Droit administratif*, mai 2003, Comm. n° 105 p. 23 A. MÉNÉMÉNIS qui reprend les différentes étapes conduisant à cet arrêt.

¹¹ Il faut reconnaître que, même avec des principes bien fixés, le juge aura tendance à avoir recours au critère du non-respect des procédures formelles pour sanctionner l'absence de légalité d'un contrat (ou la responsabilité d'un des cocontractants). Cela correspond à la recherche d'un critère objectif d'autant plus logique que, comme bien souvent, les principes applicables dans le cadre de la commande publique font appel à des justifications morales. (cf. Les principes de transparence ou d'égalité de traitement)

deux termes différents peut correspondre un seul principe¹². La seconde est celle de la valeur des principes en question, valeur qui pose un problème en-soi pour les auteurs des normes, mais valeur qui pose aussi un problème pour ce qui concerne les autorités susceptibles de les préciser et de les appliquer.

2) *La difficulté de la valeur juridique des principes de la commande publique*

776. La deuxième difficulté, liée à la première, porte en effet sur la valeur juridique des principes de la commande publique. Pour ce qui est des principes officiellement considérés comme applicables, l'autorité qui les a reconnus – le Conseil constitutionnel ou le premier ministre qui a signé le décret mettant en place le Code – nous donne un indice sur la valeur qu'il faut leur accorder au sein de la hiérarchie des normes. Pour autant, même dans ce cas, la valeur des principes n'est pas parfaitement établie puisqu'elle ne découle pas logiquement de l'organe qui le reconnaît. Ainsi, le Conseil d'État s'est-il reconnu compétent pour reconnaître un principe de valeur constitutionnelle¹³ et le Conseil constitutionnel a-t-il clairement utilisé ce qu'il a lui-même qualifié de « *principe général du droit* », auxquels on ne sait pas bien s'il faut leur accorder une valeur classique¹⁴ ou la valeur constitutionnelle¹⁵.

¹² Cf. par exemple P. CASSIA « Contrats publics et principe d'égalité de traitement », *RTDE*, Juillet 2002, n° 3 pp. 413-449, article dans lequel l'auteur démontre la similitude, en droit communautaire, entre le principe d'égalité tel qu'il est posé par le droit communautaire primaire et le principe de non discrimination.

¹³ C'est notamment le cas dans l'arrêt CE Ass. 11 juillet 1956 *Amicale des Annamites de Paris et sieur Nguyen-Duc-Frang*, rec. p. 317 dans lequel le Conseil d'État reconnaît le principe fondamental reconnu par les lois de la République de la liberté d'association. Cette reconnaissance est venue avant les décisions du Conseil constitutionnel n° 71-44 DC du 16 juillet 1971 *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*, rec. p. 29 ; *RJC*, p. I-24 – *J.O.* 18 juillet 1971, p. 7114 ; *AJDA* 1971 p. 537, note J. RIVERO ; et n° 2000-434 DC du 20 juillet 2000, *Loi relative à la chasse*, rec., p. 107 (38^e considérant), *RDP* 2000, p. 1551, spé. p. 1556, note F. LUCHAIRE (sur le fond de l'affaire). Pour être précis, cet arrêt ne reconnaît pas explicitement aux « PFRLR » la valeur constitutionnelle que le Conseil constitutionnel n'avait pas pu lui donner puisque l'affaire avait lieu sous la IV^e République, mais cette valeur constitutionnelle des PFRLR sera implicitement reconnue par le Conseil d'État avant l'avènement de la Ve République par le truchement de cette même liberté d'association dans un arrêt CE Sect. 24 janvier 1958 *Association des anciens combattants et victimes de la guerre du département d'Oran*, rec. p. 38. Cette reconnaissance d'un principe constitutionnel par le Conseil d'État a ensuite été réitérée avec l'arrêt CE Ass. 3 juillet 1996 *Koné*, rec. p. 255, *GAJA*, 14^e ed. n° 105 p. 757 et s, spé. p. 761 dans lequel le Conseil d'État reconnaît le principe fondamental reconnu par les lois de la République « selon lequel l'État doit refuser l'extradition d'un étranger lorsqu'elle est demandée dans un but politique » ; ainsi que dans l'arrêt CE 6 avril 2001, *Syndicat national des enseignants du second degré (SNES)*, *AJDA*, 2001 pp. 63-67, note B. TOULEMONDE ; dans lequel le Conseil d'État précise que « les préambules des constitutions des 27 octobre 1946 et 4 octobre 1958 ont réaffirmé les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, au nombre desquels figure le principe de laïcité ». Notons à la suite de TH. RAMBAUD, « *Le principe de la séparation des cultes et de l'État en droit public comparé. Analyse comparative des régimes français et allemands* », Paris, LGDJ, *Bibliothèque constitutionnelle et de science politique*, Tome 115, 464 pp. spé. p. 334, que le principe de laïcité était inscrit textuellement au 13^e alinéa du préambule de la constitution de 1946 (« *l'organisation de l'enseignement public gratuit et laïque à tous les degrés est un devoir de l'État* ») ce qui permet de poser la question de l'opportunité – et la logique – de la reconnaissance de ce PFRLR.

¹⁴ On pense bien entendu à la position désormais classique de R. CHAPUS exprimée dans son article, « De la valeur juridique des principes généraux du droit et des autres règles jurisprudentielles du droit administratif », *Dalloz*, 1966, chr. XX, pp. 99-106. et R. CHAPUS, *DAG* 1, 15^e ed. n° 120.

777. Lorsque la valeur juridique des principes est déterminée, les difficultés ne sont pas pour autant résolues notamment parce que la combinaison de ces principes peut encore poser un certain nombre de problèmes. Lorsqu'ils sont de niveaux différents, la solution semble relativement simple puisque le principe le plus élevé prévaut ; mais on retrouve une difficulté si ces principes de niveau différents ont le même nom mais que leurs contenus ne sont pas identiques parce que les autorités qui les ont interprétés ne l'ont pas fait de la même manière. Lorsqu'ils sont de même niveau, la difficulté consiste à savoir comment concilier ces principes entre eux. Quel principe sera la sous-catégorie de tel autre, mais aussi comment concilier des principes opposés – par exemple la liberté contractuelle et les principes imposant des obligations de mise en concurrence.

La place des principes de la commande publique dans la hiérarchie des normes est une question dont l'intérêt est pourtant différent selon le rôle qu'on veut bien leur donner. Pour ce qui concerne leur rôle de « colonne vertébrale » du régime de la commande publique, c'est-à-dire leur influence sur les auteurs de la législation ou de la réglementation, plus la place de ces principes dans la hiérarchie des normes sera élevée, plus leur rôle sera important. Un principe constitutionnel encadrera ainsi l'ensemble des normes mettant en place des procédures pour la commande publique, alors qu'un principe général du droit se verra aisément contourné par une disposition législative.

778. Pour ce qui concerne leur rôle de normes applicables directement aux contrats de la commande publique, normes susceptibles par elles-mêmes de sanctionner une procédure de passation ou les clauses du contrat, la valeur juridique de ces principes a moins d'importance. Pour qu'ils puissent remplir cet office, il suffit en effet qu'ils fassent partie du bloc de légalité des juridictions administratives ou du bloc de contrôle des juridictions judiciaires¹⁶. La différence entre les principes de valeur constitutionnelle et les principes généraux du droit n'a alors une influence que dans une hypothèse : celle dans laquelle le juge doit opérer une conciliation entre les principes qui se présentent à son choix¹⁷. Il doit alors faire prévaloir le principe ayant la valeur la plus importante. En

¹⁵ La question qui se pose en doctrine est celle de savoir si cette utilisation a conduit à une « élévation » de certains PGD au rang de principes constitutionnels. Le Doyen VEDEL a exprimé une position claire sur ce point en répondant par la négative. Il précise en effet que « *on peut résumer ainsi : ils [les PGD] sont acceptés comme sources du droit administratif, mais non, quoiqu'on en ait dit, comme source du droit constitutionnel. Ainsi, sont-ils reconnus par la jurisprudence constitutionnelle mais non reçus par elle.* » cf. G. VEDEL, « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'État à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Mélanges René CHAPUS*, 1992, pp. 647-671, spé. p. 662. Si l'on peut suivre cette interprétation, on notera tout de même que le Conseil constitutionnel donne – au moins implicitement – une valeur législative à certains PGD (cf. par ex. Cons. Const. n° 69-576 DC du 24 octobre 1969, *rec. Cons. Const.* p. 39 pour le principe de non-rétroactivité des lois). Sur ce point, voir aussi P. DELVOLVÉ, *Addendum*, RFDA 1996, p. 908,

¹⁶ Rappelons que la notion de commande publique, comme par ailleurs la notion de marchés publics au sens des directives communautaires, est applicable aussi bien en droit public et en droit privé dans la mesure où les contrats en question ne sont pas tous des contrats administratifs. Cf. *supra*

¹⁷ Notons que le contrôle en question est un contrôle normal. C'est ce qu'a confirmé le Conseil d'État à l'occasion d'un arrêt CE Ass. 16 avril 1986 *Compagnie luxembourgeoise de télévision*, RFDA 1986, pp. 1-28, spé. p. 21, notes F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, concl. M. FORNACCIARI, arrêt dans lequel le Conseil d'État a effectué un contrôle normal alors que le commissaire du gouvernement préconisait un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation eu égard à la liberté de choix du concessionnaire par

revanche, un principe posé par le pouvoir réglementaire ne pourra servir de sanction au contrat que lorsqu'il sera « élevé » par le juge administratif dans son bloc de légalité.

3) *La difficulté de la consistance des principes de la commande publique*

779. La troisième difficulté enfin porte sur la consistance des principes de la commande publique. La première question est celle de la précision de chacun d'eux. Comment en effet sanctionner une passation pour non-respect d'un principe – en dehors de toute procédure fixée par des textes, faute de quoi on sanctionne le non-respect de la procédure elle-même et non directement celui du principe – si ce dernier n'est pas déterminé de façon suffisamment détaillée et explicite ? Les précisions sur la substance exacte de ces principes reviennent pour l'essentiel au juge administratif, dans la mesure où c'est dans le cadre du contrôle des procédures de passation qu'il va pouvoir expliciter ce qui est, selon lui, une atteinte à tel ou tel principe. Certes, il va pour cela être aidé par les interprétations du Conseil constitutionnel, comme celle que l'on retrouve déjà dans la décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*¹⁸ dans laquelle le Conseil estime que les principes de l'article 1^{er} du Code des marchés publics ne sont que des « rappels » et qu'ils « découlent des articles 6 et 14 de la Déclaration de 1789 ». Il reste que ce n'est que très récemment qu'on a voulu rattacher la matière de la commande publique à des principes édictés par les textes, ce qui ne permet pas toujours d'avoir du recul – ni jurisprudentiel ni même doctrinal – sur leur consistance.

780. La deuxième question est celle de l'unification du contenu de ces principes, entre les – différentes – interprétations qu'en feront le juge constitutionnel, le juge administratif, le juge judiciaire et la doctrine. Derrière la volonté de simplification et de cohérence, derrière l'évolution nécessaire que sera la mise en place d'une notion de « commande publique » se cache en partie le spectre de l'insécurité juridique. On ne peut en effet qu'envisager avec appréhension cette phase durant laquelle la nouvelle notion posera plus de problèmes de définition qu'elle ne simplifiera la matière qu'elle régit. Cependant, cette insécurité – limitée dans le temps – ne saurait avoir les inconvénients qu'a aujourd'hui la complexité du droit des marchés publics et ses contrats « voisins », complexité renforcée par des réformes incessantes et désordonnées¹⁹. Le bilan sera en tout état de cause positif.

l'autorité administrative. Cette solution est *a fortiori* applicable en matière de marché où la liberté est souvent moins importante.

¹⁸ Précité, note 4

¹⁹ On a vu au cours de nos développements historiques le caractère permanent de l'évolution du droit des marchés publics, évolution qui, tout en allant dans le sens d'une extension quasi constante, est tout à fait contraire à la sécurité juridique. Les développements récents – deux codes des marchés publics en trois ans, le développement des partenariats public-privé qui prennent deux sens différents en droit interne et en droit communautaire, l'unification des directives communautaires sur les marchés, les modifications des lois de transposition ou de lois internes comme la loi MOP sous l'influence des évolutions textuelles ou jurisprudentielles européennes par exemple – viennent corroborer cette crainte.

L'ensemble de ces difficultés, propres au droit des marchés publics mais aussi inhérentes à l'analyse des principes juridiques, n'empêche pas que l'on tente de préciser quels sont les principes de la commande publique.

Une typologie, c'est-à-dire un classement raisonné, des principes applicables à la commande publique ne saurait se départir des quelques éléments de réflexion que nous fournit le droit positif, et spécialement le droit positif de valeur constitutionnelle. Ce sont donc notamment les décisions du Conseil constitutionnel qui fondent la principale distinction qui traverse ce domaine : celle entre les principes qui justifient, qui fondent le recours à des procédures de mise en concurrence en plus de fonder une partie du régime (Chapitre 1^{er}), et ceux qui utilisent les procédures de mise en concurrence pour avoir une application dans le droit de la commande publique et qui, ce faisant, les renforcent (Chapitre 2^e).

Chapitre 1^{er} : les principes justifiant les procédures de passation.

Chapitre 2^e : les principes renforçant les procédures de passation.

CHAPITRE 1^{ER} : LES PRINCIPES JUSTIFIANT LES PROCÉDURES DE PASSATION

781. Le constat historique de l'existence permanente de procédures de passation pour tous les contrats de l'administration visant à l'achat ou à la réalisation de biens a déjà été fait. Certains pourraient être tentés de nous reprocher de définir le « marché public » comme le contrat que les lois et les règlements soumettent à des procédures de passation et d'en conclure, ce qui pourrait apparaître comme un sophisme facile, que le principal principe de la commande publique est qu'ils doivent être conclus après publicité et mise en concurrence. Faire cette critique serait oublier que ce ne sont pas les procédures que nous avons recherchées dans les textes et la doctrine passés, mais simplement le régime des « contrats d'achat et de fourniture de biens par des personnes utilisant des deniers publics ». Bien loin du sophisme, il y a au contraire une constatation objective : depuis – au moins – la Révolution, le droit de la commande publique est essentiellement fondé sur des procédures de passation. La question des principes vient ensuite : elle consiste à se demander si l'on pourrait revenir sur cet état de fait ou si, au-delà de ces législations, on peut trouver un principe, ou des principes, imposant des procédures de passation.

782. Les décisions récentes du Conseil constitutionnel, à la suite d'autres sources, laissent à penser que le principe de la « passation réglementée » trouverait son fondement dans le principe d'égalité, et plus spécialement dans une de ses formes, particulière à la commande publique (section 1^{ère}). Si cette approche est en grande partie convaincante, elle fait, nous semble-t-il, l'impasse sur une justification économique de ces procédures : la recherche d'un marché concurrentiel « pur ». Cette justification, bien plus moderne et actuelle ne peut pas être tirée du seul principe d'égalité, elle se rattache bien plus à des principes comme la liberté d'entreprendre ou celle du commerce et de l'industrie (section 2^e). Le véritable fondement des procédures de passation est en réalité dans une synthèse de ces deux derniers principes, synthèse due à l'évolution historique du droit de la commande publique et qui justifierait, selon nous, que l'on reconnaisse un principe de mise en concurrence, circonscrit et propre à la commande publique. Ces principes fondateurs, justifiant l'existence même des procédures de passation, n'ont cependant pas uniquement ce rôle puisqu'on peut aussi leur trouver, comme les autres principes applicables à la commande publique, d'autres implications pratiques dans le détail de ces procédures.

SECTION 1^{RE} :
LE PRINCIPE D'ÉGALITÉ
AU CŒUR DE LA COMMANDE PUBLIQUE

783. Le lien logique entre le principe d'égalité et les procédures de passation de la commande publique n'est pas immédiat. Assurément, on comprend que la passation doit être un cadre procédural *respectant* le principe d'égalité ; mais la justification même de ces procédures *par* le principe d'égalité mérite quelques explications. L'influence du principe d'égalité parmi les principes fondateurs des procédures de passation trouve pourtant des échos dans toutes les sources cherchant à rattacher les procédures à des principes. La difficulté la plus importante porte en réalité sur les différences qui existent entre, d'une part, le principe de « *l'égalité d'accès à la commande publique* » qui fonde l'obligation de mise en concurrence (§ 1^{er}) et, d'autre part, le principe « *d'égalité de traitement durant la passation* » qui, tout en justifiant aussi les procédures, a des conséquences concrètes plus nombreuses (§ 2^e)¹.

§ 1^{er} : Le principe de « l'égalité d'accès à la commande publique » et l'obligation de mise en concurrence

784. Le principe de « *l'égalité d'accès à la commande publique* » a été récemment reconnu par le Conseil constitutionnel. La création d'un principe spécifique à notre matière démontre l'importance qu'on veut lui donner au sein de celle-ci. Les conséquences à tirer de cette reconnaissance et la portée qu'elle peut avoir sur l'obligation de mettre en place des procédures de passation (A) ne doivent pas faire oublier que ce principe a aussi des conséquences sur le contenu des procédures de passation (B).

¹ On peut trouver une similitude entre ce plan qui distingue l'égalité d'accès et l'égalité de traitement – c'est-à-dire l'influence de ce principe avant et pendant la phase de sélection – et la distinction classique entre l'égalité *devant la loi* et l'égalité *dans la loi*. Cette distinction que l'on retrouve chez H. KELSEN (*in, Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962 pp. 189-190) et chez CH. LEBEN (*in, « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », RDP, 1982, pp. 295-353, spé. p. 299 et s.*) est appelée *égalité matérielle* et *justice formelle* chez CH. PERELMAN, (*in, Justice et raison*, ed. de l'Université de Bruxelles, 1972, spé. p. 9 et s.) L'égalité *dans la loi* consiste en une obligation, pour le législateur, de respecter une vision générale égalitaire ; l'égalité *devant la loi* étant pour sa part une obligation pour les tribunaux d'appliquer le principe d'égalité en prenant en compte les différences de situations, c'est-à-dire en créant des catégories au sein desquelles il va falloir respecter l'égalité mais entre lesquelles l'égalité ne peut être absolue. On se référera avec intérêt pour cette dernière égalité à l'article de O. JOUANJAN, « Réflexions sur l'égalité devant la loi », *Droits*, n° 16 p. 131-139. Pour ce qui nous concerne, *l'égalité d'accès* est un principe général qui va principalement guider le législateur ou l'auteur des réglementations et le contraindre à mettre en place des procédures de passation ; *l'égalité de traitement* étant celle qui va – principalement encore – préciser le contenu de ces procédures de passation et les discriminations possibles.

A) Définition du principe d'égal accès à la commande publique

785. La définition de principe d'égal accès à la commande publique et son lien avec l'existence des procédures de passation passe, d'une part, par l'analyse du sens de la notion et ce qu'elle implique (1) et d'autre part par une analyse des sources et de la portée de ce principe (2).

1) L'égal accès à la commande publique, un principe fondant les procédures de passation

786. La nouveauté de ce principe d'égal accès à la commande publique nécessite que l'on en précise la consistance (a) avant de voir en quoi il fonde l'existence même de procédures de passation dans tous les contrats de la commande publique (b).

a) La consistance du principe

787. L'égalité d'accès à la commande publique est un principe imposant une méthode d'analyse identique de la situation des différentes personnes voulant avoir accès aux contrats de la commande publique. Ce principe, en tant que corollaire du principe d'égalité devant la loi, en contient aussi les limites – l'égalité de situation et les contraintes de l'intérêt général.

788. L'égalité est l'un des principes les plus multiformes de nos droits fondamentaux. Égalité devant la loi, égalité devant les charges publiques², égalité de traitement des fonctionnaires³, égalité devant la justice⁴ et aujourd'hui égalité d'accès à la commande publique ne sont que des « applications ou des corollaires »⁵ du principe

² cf. P. DELVOLVÉ, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, Préface de G. VEDEL, Paris, LGDJ coll. Bibliothèque de droit public, Tome 88, 1969, 467 pp. Ce principe a été consacré comme « corollaire » de l'égalité devant la loi par le Conseil constitutionnel (décision n° 79-107 DC du 12 juillet 1979, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales, dite « Ponts à Péage »*, rec. p. 31 ; RJC, p. I-73 ; J.O. 13 juillet 1979, 4^e considérant).

³ Décision du Conseil constitutionnel n° 76-67 du 15 juillet 1976, *Loi modifiant l'ordonnance n° 59-244 du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires, dite « Dossier des fonctionnaires »*, rec. p. 35 ; RJC, p. I-39 ; J.O. 20 juillet 1976, p. 4330 ; 1^{er} considérant

⁴ Reconnue comme « inclus dans le principe d'égalité devant la loi proclamé dans la Déclaration des Droits de l'homme de 1789 et solennellement réaffirmé par le préambule de la constitution » par une décision du Conseil constitutionnel, n° 75-56 DC du 23 juillet 1975, *Loi modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale spécialement le texte modifiant les articles 398 et 398-1 du code de procédure pénale, dite « Juge unique »*, rec. p. 22 ; RJC, p. I-32 ; J.O. du 24 juillet 1975, p. 7533.

⁵ Cette position est celle de F. LUCHAIRE, *Un janus constitutionnel : l'égalité*, RDP, 1986, pp. 1229-1274, spé. p. 1261, sauf pour le dernier principe reconnu (l'égalité d'accès à la commande publique) dont il ne pouvait alors avoir connaissance.

d'égalité devant la loi⁶. En ce sens, les principes corollaires sont très proches du principe général, leurs définitions contiennent les mêmes éléments essentiels⁷. Ainsi, tous nécessitent que, dans une situation à laquelle ils sont applicables, toutes les personnes soient traitées de la même manière ou, autrement dit, que tous les bénéficiaires de ces principes aient les mêmes droits et les mêmes devoirs⁸. Si cette égalité ne peut être comprise que dans le cadre d'une égalité de situation⁹, elle doit aussi être appliquée à la matière qu'elle régit lorsqu'il s'agit des principes « corollaires ».

789. Pour ce qui concerne l'égalité d'accès à la commande publique, la question de la définition de la « commande publique » est par conséquent posée. On ne saurait aujourd'hui estimer que la définition que nous avons proposée pour cette notion est celle qu'a retenue le Conseil constitutionnel. La haute juridiction lui donne vraisemblablement un sens moins précis, qu'elle entend certainement apprécier au cas par cas. Par ailleurs, c'est à l'occasion du contrôle de lois mettant en place des procédures de passation en dehors de la définition des marchés publics ou des délégations de service public qu'elle a été amenée à utiliser le terme de « commande publique », et on peut penser qu'elle a justement recherché un terme qui n'avait pas de rigueur juridique afin de se laisser une future marge de manœuvre. Est-ce à dire que cette notion aura un sens différent selon qu'on l'appréciera dans le cadre des décisions du Conseil constitutionnel ou du droit administratif ? La réponse est à notre sens négative. L'alternative se pose plutôt en ces termes : soit le Conseil constitutionnel pourrait au fil des décisions montrer qu'il se fonde sur la même notion de commande publique que celle qui pourrait apparaître en droit administratif, soit il ne le fera pas mais alors on se demande bien quelle pourrait être la loi déferée qui conduira le Conseil constitutionnel à qualifier un contrat de « commande

⁶ On considère que le « principe d'égalité » quand il est pris dans son sens général est en réalité plus précisément le « principe d'égalité devant la loi » Cf. CH. LEBEN, *Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi*, RDP, 1982, pp. 295-353

⁷ Sur le principe d'égalité, ses sources et les principes corollaires reconnus comme Principes généraux du droit, cf. B. GENEVOIS, « Principes généraux du droit », *Encyclopédie juridique Dalloz – Répertoire de contentieux administratif*, 2000, 91 pp., 999 n^o., spé. n^o 114 et s.

⁸ Cette deuxième partie de la définition est celle sur laquelle insiste le *Vocabulaire juridique*, de G. CORNU, Association Henri Capitant, PUF, 8^e ed., 2000.

⁹ Selon une formule aujourd'hui classique, le Conseil constitutionnel affirme que le principe d'égalité « ne s'oppose, ni à ce que législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit ». On retrouve cette formule notamment dans les décisions n^o 87-232 DC du 7 janvier 1988, *Loi relative à la mutualisation de la Caisse nationale de Crédit agricole*, dite « Mutualisation de la CNCA », 10^e considérant ; n^o 91-302 DC du 30 décembre 1991, *Loi de finances pour 1992*, 6^e considérant ; n^o 91-304 DC du 15 janvier 1992, *Liberté de communication*, 14^e considérant ; n^o 94-348 DC du 3 août 1994, *Loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n^o 92/49 et n^o 92/96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du conseil des communautés européennes*, dite *Transposition des directives communautaires*, 5^e considérant ; n^o 96-375 DC du 9 avril 1996, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier*, dite *Transfert d'entreprises publiques au secteur privé*, 8^e considérant *in fine* ; n^o 98-397 DC du 6 mars 1998, *Loi relative au fonctionnement des conseils régionaux*, 14^e considérant, n^o 98-403 DC du 29 juillet 1998, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions*, dite *Taxe d'habitation*, 8^e considérant ; ou enfin n^o 2001-452 DC du 6 décembre 2001, *Loi MURCEF*, 5^e considérant. Le Doyen G. VEDEL avait trouvé, pour la préface de la Thèse du professeur P. DELVOLVÉ, une formule qui a fait école : le principe d'égalité s'entend « toutes choses égales par ailleurs ». Cf. P. DELVOLVÉ, *Le principe d'égalité devant les charges publics*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 88, 1969, 6-468 pp.

publique » sans que ce contrat rentre dans la définition relativement – et nécessairement – large du droit administratif.

b) Comment le principe d'égalité d'accès fonde l'existence de procédures de passation

790. La définition du principe d'égal accès posée, reste à comprendre en quoi ce principe contient en lui-même des obligations de mise en concurrence. Deux justifications peuvent être avancées, la première fondée sur la solution du Conseil constitutionnel, la seconde, plus théorique, fondée sur le lien entre égalité et formalisme dans le contrôle de légalité.

a) Explication fondée sur la décision du Conseil constitutionnel

791. Le Conseil constitutionnel énonce dans sa décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, que « la généralisation de telles dérogations au droit commun de la commande publique [séparation des fonctions dans les opérations de construction, séparation en lots différents impliquant un jugement par lot et utilisation du crédit-bail ou d'une option d'achat] serait susceptible de priver de garanties légales les exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique [...] ». Il sous-entend par conséquent le lien entre le principe « d'égalité devant la commande publique » et les procédures de passation dans le droit de la commande publique, sans pour autant développer le raisonnement qui le fait aboutir à cette conclusion¹⁰. Il reste que l'on peut tenter de le reconstituer.

L'égalité d'accès à la commande publique sous-tend que toutes les personnes susceptibles de vouloir être le cocontractant d'un *Commanditaire* doivent être traitées de façon identique. La spécificité de cette égalité réside en premier lieu dans le fait qu'il s'agit des personnes « susceptibles de vouloir » et pas uniquement « voulant » être cocontractant. Cette approche large implique non seulement que les personnes voulant répondre puissent le faire dans des conditions égalitaires, mais aussi que l'on mette toutes les entreprises susceptibles de répondre dans les conditions égales de le faire. Cela entraîne une obligation d'organiser des procédures permettant à toutes les entreprises d'abord de savoir – de manière égale – qu'un marché va être passé ; puis, qu'on leur permette – de manière tout aussi égale – de participer au choix.

Pour le dire autrement, l'égalité d'accès implique que l'accès soit possible à tous de manière égale et pas seulement qu'il soit égal pour tous ceux qui le veulent. Cette égalité

¹⁰ F. LICHÈRE, « Le conseil constitutionnel, la commande publique et le partenariat public/privé : *bis repetita non placent*. Commentaire des considérants 13 à 20 de la décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 », *RDP*, 2003, n° 4, pp. 1163-1178, spé. p. 1169 analyse sur d'autres points en quoi les dérogations qui font l'objet des réserves d'interprétation sont des atteintes à l'égal accès à la commande publique

implique par conséquent au moins autant des procédures de publicité que des procédures obligeant à comparer les offres¹¹.

β) Explication théorique

792. La seconde explication du lien entre le principe d'égalité et la nécessité de procédures de passation est plus théorique. Il s'agit ici de marquer le lien entre le formalisme et le principe d'égalité. En effet, la mise en place d'un formalisme est la meilleure garantie de l'égalité dans la mesure où elle permet de lutter non seulement contre des inégalités de traitement entre personnes égales ou en faveur d'une personne ayant le plus d'avantages, mais aussi contre des inégalités « positives » en faveur du plus faible. Là où l'égalité d'accès, en tant que principe, lutte contre la corruption et évite qu'une politique « commerciale » agressive favorise le plus fort, le formalisme qui découle du principe d'égalité est plus à même de lutter contre la mise en place de phénomènes favorisant le plus faible. En effet, un juge pourrait estimer que l'argument défendant le plus faible, parce qu'il constitue une mesure ayant un intérêt général, doit se concilier avec le principe général d'égalité. Or, les discriminations positives demeurent des discriminations¹². À l'inverse, lorsque la procédure vient mettre en œuvre le principe, le juge ne contrôle plus ce dernier mais exerce un contrôle objectif de légalité¹³. Tout manquement à la procédure est alors sanctionné comme une illégalité, en dehors de toute considération d'intérêt général¹⁴. La mise en place de procédures permet donc un meilleur respect du principe d'égalité, en ce qu'elle minimise le nombre de discriminations positives.

793. Pourtant, à la suite d'une partie de la doctrine, on peut noter que cette justification de l'existence des procédures de passation fondée sur le principe de l'égalité d'accès ne se traduit pas exactement dans la jurisprudence du Conseil d'État. On remarque en effet que le juge administratif a accepté¹⁵ de considérer qu'était contraire au principe

¹¹ Nous reviendrons plus longuement sur ce point dans le B qui suit.

¹² On peut en effet se demander pourquoi l'égalité *dans la loi* qui *permet* de faire une différence de traitement entre deux situations différentes *n'obligerait* pas à faire cette différence de traitement dès lors que la situation est suffisamment différente. On pourrait dans ce cadre estimer que les discriminations positives sont « plus égalitaires » que traiter deux personnes inégales de façon égales. Cette évolution de l'égalité *dans la loi* serait en réalité tellement contraire à la vision universaliste de l'égalité *devant la loi* qu'elle n'est pas envisageable. De surcroît, on peut se demander quel juge aurait l'autorité pour distinguer des catégories et surtout pour estimer la différence de traitement qu'il faudrait faire découler de cette différence de catégorie. Ce sont peut-être ces arguments qui ont pesé dans l'interdiction des discriminations positives qui ressort par exemple de la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes, cette dernière interdisant les discriminations positives en l'absence de texte communautaires. Cf. l'arrêt CJCE 25 juillet 1991, *Alfred Stoeckel*, rec. I-4047, ou, plus nuancé mais dans le même sens CJCE 17 octobre 1995, *Eckhard Kalanke c/ Land de Brême*, rec. I-3051

¹³ Comme le montrait H. KELSEN, le contrôle du principe d'égalité est ainsi très proche du contrôle de légalité, tous deux attachés au formalisme.

¹⁴ Comme le dit M.-F. CHRISTOPHE-TCHAKALOFF, « Le principe d'égalité », *AJDA*, 1996 n° spécial pp.168-177, spé. p. 171 « *le formalisme pourrait s'interpréter comme une soumission à la règle générale qui suppose que le juge ne fasse pas d'exceptions non prévues par la règle qu'il ne crée pas lui-même.* »

¹⁵ Dans un arrêt CE 10 juillet 1995, *Contremoulin*, rec. p. 293 ; req. 147212 ; *AJDA* 1995 pp. 925-927, concl. Y. AGUILA

d'égalité – et plus précisément au principe d'égalité de traitement des usagers du service public de l'enseignement – le fait de ne pas accorder à un requérant une dérogation à la carte scolaire alors que cette dérogation avait déjà été accordée à d'autres parents dans la même situation, en fondant ce refus soudain sur le respect des règlements qui interdisaient les dérogations dans l'hypothèse d'espèce. Le texte ne pouvait donc pas légalement créer des inégalités en n'étant pas appliqué durant une période et en retrouvant une force contraignante ensuite. Au lieu de faire prévaloir le texte et de dire qu'il est la garantie de l'égalité entre les administrés – et que par conséquent il aurait fallu attaquer les autorisations antérieures pour que la légalité et l'égalité fussent préservées – le Conseil d'État fait une appréciation *in concreto* et estime que c'est le non-respect du texte qui permet de rétablir l'égalité entre les administrés.

794. Cette évolution est remarquable à deux égards. Premièrement elle peut être interprétée comme portant atteinte à la justification théorique du lien entre égalité et procédures de passation. Il faudrait pourtant fortement surestimer la portée de l'arrêt pour arriver à une conclusion rendant le lien entre les deux caduc, même si cet arrêt est topique d'une évolution plus générale¹⁶. Deuxièmement, si cette jurisprudence discordante est la marque d'une évolution réelle de l'appréciation du principe d'égalité vers une appréciation au cas par cas du principe et, au fond, un développement de son effectivité « directe », cela va dans le sens de notre thèse. En effet, en permettant plus facilement le recours direct au principe pour contester la légalité d'un contrat, cela permet d'unifier l'ensemble des contrats de la commande publique derrière ce principe sans attendre une unification – forcément partielle – des différentes procédures de passation. Au fond, si ce n'était pour des considérations temporaires de sécurité juridique, on ne pourrait que souhaiter cette évolution.

La reconnaissance du principe « d'égalité d'accès à la commande publique » permet donc de fonder théoriquement l'existence même des procédures de passation. Ce principe n'est pourtant pas reconnu par l'ensemble des sources du droit de la commande publique, ce qui, partant, limite la portée que peut avoir cette justification.

2) La portée du principe d'égal accès à la commande publique

795. Le principe d'égal accès à la commande publique est un corollaire du principe d'égalité, ses sources sont donc parmi les plus reconnues du droit français (a), sans compter qu'il a de plus été reconnu en lui-même par le juge constitutionnel (b). Le Conseil d'État ne s'est pour l'heure pas prononcé sur son existence, mais il fait montre, dans le cadre d'une analyse autonome, d'une ouverture qui laisse penser qu'il en fera un principe général du droit s'il en a l'occasion. Les droits européens enfin comprennent déjà « l'égalité d'accès » dans d'autres formes du principe d'égalité (d).

¹⁶ En ce sens M.-F. CHRISTOPHE-TCHAKALOFF, *Op. cit.*. Elle estime que le phénomène américain des *affirmative actions* – les discriminations positives – s'est amorcé de la même manière Outre-Atlantique.

a) Sources textuelles du principe d'égalité

796. Les sources du principe d'égalité devant la loi sont essentiellement écrites. On le retrouve de nombreuses fois dans la Constitution ou dans les textes auxquels elle renvoie. Ainsi, le Préambule contient ce principe dans son propre texte¹⁷ mais aussi à trois reprises à travers la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 qu'il incorpore – aux articles 6, 13 et surtout 1^{er} – et indirectement par des principes « corollaires » au principe d'égalité que l'on trouve à plusieurs reprises dans le Préambule de la Constitution de 1946¹⁸. Pour ce qui est du corps du texte constitutionnel, il fait référence à l'égalité dans ces trois premiers articles¹⁹, ce qui démontre, par le nombre et par la place, la force que le constituant a voulu donner à ce principe. Ces multiples sources écrites ont bien évidemment conduit le Conseil constitutionnel à rappeler à de nombreuses reprises la valeur constitutionnelle de cette notion²⁰.

b) Source du principe d'égalité d'accès à la commande publique

797. La valeur constitutionnelle des principes généraux *d'égalité* ou *d'égalité devant la loi*²¹ est considérée par le Conseil constitutionnel comme entraînant celle des principes qu'il considère comme leurs « corollaires ». En application de cette règle, il a reconnu

¹⁷ « La République offre aux territoires d'Outre-Mer [...] des institutions nouvelles fondées sur l'idéal commun de liberté, d'égalité et de fraternité [...] »

¹⁸ On pense notamment aux principes particulièrement nécessaires à notre temps de l'égalité homme-femme, de l'égalité dans le travail, de l'égalité de tous les Français devant les charges qui résultent des calamités nationales, de l'égal accès à l'instruction, à la formation professionnelle et à la culture, de l'égalité des droits entre la France et les peuples d'outre-mer et l'égal accès aux fonctions publiques.

¹⁹ Article 1^{er} : « [La France] assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens, sans distinction d'origine, de race ou de religion. », article 2^e : « La devise de la République est Liberté, Égalité, Fraternité », article 3^e : « La loi favorise l'égal accès des femmes et des hommes aux mandats électoraux et fonctions électives » issu de la loi constitutionnelle n° 99-569 du 8 juillet 1999. Notons que l'article 4 fait un renvoi à l'article 3 dernier alinéa, donc au principe d'égalité. À cela on peut ajouter l'interprétation qui est faite de cet article 3 comme reconnaissant une égalité devant le suffrage, cf. sur ce point M-F CHRISTOPHE-TCHAKALOFF, « Le principe d'égalité », *AJDA*, 1996, spécial pp.168-177, spé. p. 168.

²⁰ On se référera à l'ouvrage de L. FAVOREU et L. PHILIP *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 12^e ed. 2003, n° 21, sous la décision n° 73-51 DC du 27 décembre 1973 *Loi de finances pour 1974*, dite *Taxation d'office* pour la liste des décisions faisant appel à ce principe ou à ses corollaires (spé. p. 273-275 et 279-280). L'essentiel des décisions ne fait pas de référence aux textes, plus rarement il est fait appel aux articles 6 de la DDHC ou 2 de la Constitution. Pour une analyse juridique et statistique des recours utilisant le principe d'égalité, cf. F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Préface G. Vedel, PUAM/*Economica*, 1997, 397 pp.

²¹ Ces deux termes sont le plus souvent pris comme synonymes, le second étant une façon de ne pas confondre le premier avec ses corollaires. Cf. *Ibidem*. Les auteurs listent les arrêts précisant la portée des corollaires : principes d'égalité devant la justice, principe de l'égalité du suffrage, principe de l'égalité d'admission dans les emplois publics, principe de l'égalité de traitement dans le déroulement de la carrière des fonctionnaires, principe d'égalité devant les charges publiques, principe d'égalité devant la loi pénale ou principe d'égalité devant l'impôt ou devant la loi fiscale.

l'existence d'un « *principe d'égalité d'accès à la commande publique* »²² de valeur constitutionnelle dans deux décisions récentes, avant d'utiliser dans un cas similaire la formule étonnante d'« *exigences constitutionnelles inhérente à l'égalité devant la commande publique* »²³.

798. Cette nouvelle formule est en réalité plus déroutante qu'il n'y paraît. Le 18^e considérant qui reconnaît cette « égalité devant la commande publique » ne fait en effet aucune référence à un texte pouvant fonder ce principe. Si cet oubli est intentionnel, on n'en voit pas le sens, s'il ne l'est pas, il est regrettable²⁴. Par ailleurs, le principe reconnu « d'égalité devant la commande publique », garanti par les procédures « de droit commun de la commande publique »²⁵ ne semble pas non plus pouvoir être parfaitement assimilé au « principe d'égalité d'accès à la commande publique » puisque les décisions qui emploient l'une ou l'autre de ces expressions ne sont espacées que de quelques mois. Devrait-on alors estimer que ce principe d'égalité devant la commande publique comprend à la fois le principe d'égal accès et d'égalité de traitement. Mais alors, il faudrait considérer que le principe d'égalité a pour corollaire le principe d'égalité devant la commande publique, lui-même composé de l'égalité d'accès à la commande publique et de l'égalité de traitement entre les candidats. Cette « étape supplémentaire » dans les catégories d'égalité nous semble inutile et confuse. À l'aune de cette décision 473 DC, le principe clair posé par les deux décisions 460 et 461 DC devient difficile à replacer dans l'ordonnement des principes fondamentaux. L'inflation textuelle existante en droit de la commande publique nous permet de penser qu'il y aura dans les mois à venir d'autres décisions du Conseil constitutionnel ; décisions dont on peut espérer un minimum de clarification et de rationalisation.

799. Certes, le principe de l'égalité d'accès à la commande publique qui fonde aujourd'hui officiellement l'existence des procédures de passation est un principe que les jurisprudences ne rattachent pas aux textes, qui n'a été reconnu que récemment, et que le Conseil constitutionnel n'a pas expressément repris dans toutes ses décisions. Pourtant, l'apport de ces jurisprudences est de nous préciser que ce principe se voit reconnaître une valeur constitutionnelle, ce qui permet de le placer dans la hiérarchie des normes et

²² Décision n° 2002-460 DC du 22 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure*, 7^e considérant et décision n° 2002-461 DC du 29 août 2002 *Loi d'orientation pour la justice*, 5^e considérant.

²³ Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, 18^e considérant. *AJDA*, 2003, p. 1391, note J.-E. SCHOETTL ; E. FATÔME et L. RICHER, « Le Conseil constitutionnel et le “droit commun” de la “commande publique” et de la domanialité publique. À propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2002-473 DC du 26 juin 2003 », *AJDA*, 22 décembre 2003, n° 44 pp. 2348-2354 ; *DA*, 2003, comm. 188 et 191, note A. MÉNÉMÉNIS ; *RDP*, 2003, p. 1163, note F. LICHÈRE « Le Conseil constitutionnel, la commande publique et le partenariat public-privé : *bis repetita non placent* » ; *Contrats et marchés publics*, 2003, chron. 18, note F. LINDITCH, « Les partenariats public-privé devant le Conseil constitutionnel » ; mais aussi les articles faisant référence à cette décision : A. TESSIER, « Le droit de la commande publique et les articles 5 et 6 de la loi du 2 juillet 2003 autorisant le gouvernement à simplifier le droit », *BJCP*, 2003 p. 354 ; J.-B. AUBY, « Le partenariat public-privé et la constitution », *Droit administratif*, Repères n° 10 ; F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, « Le futur partenariat public-privé ou les limites de la troisième voie », *Contrats et marchés publics*, 2003, Repères n° 7.

²⁴ La volonté du Doyen G. VEDEL de fonder textuellement toutes les solutions du Conseil constitutionnel lorsqu'il en était un membre actif ne trouve pas ici de concrétisation et l'on retrouve de ce fait les craintes qu'il exprimait quant à l'effet d'ajuridicité des décisions.

²⁵ Cette expression est issue du considérant.

d'envisager ses influences sur les normes inférieures. Il reste que le Conseil d'État n'est pas aussi clair sur ce point.

c) Le juge administratif et l'égalité d'accès à la commande publique

800. Le juge administratif, qui ne s'est pas prononcé sur ces principes depuis ces décisions du Conseil constitutionnel, avait pour sa part reconnu à deux reprises des principes ou des « exigences » proches de l'égalité d'accès²⁶. Il s'agit d'une part d'un « principe général [de] l'égal accès des intéressés à l'octroi de la délégation », et d'autre part, « d'exigences de l'égal accès aux marchés publics ». Le fait que le premier soit reconnu dans le cadre des délégations de service public et le second dans celui des marchés publics démontre un rapprochement de ces deux grandes sous-catégories des contrats de la commande publique, bien que l'on ne puisse pas, dans le cadre actuel de ces ordonnances et arrêts de la juridiction administrative, considérer que ces deux « principes » sont identiques.

801. Pour ce qui concerne le premier, le « principe général [de] l'égal accès des intéressés à l'octroi de la délégation », il a été reconnu à l'occasion d'un référé précontractuel contre le contrat à l'origine du Stade de France²⁷ et qualifié de délégation de service public²⁸. Le Président du Tribunal administratif estima alors que les dispositions de l'article 38 de la loi Sapin²⁹ « consacrent » ce « principe général ». Plusieurs remarques peuvent être ajoutées au sujet de cette ordonnance³⁰.

²⁶ On notera que le principe d'égalité avait déjà été reconnu comme un « principe général du droit » par le Conseil d'État, alors même que normalement les PGD sont des principes non-textuels et que l'égalité a un fondement textuel. B. GENEVOIS, « Principes généraux du droit », *Encyclopédie juridique Dalloz – Répertoire de contentieux administratif*, 2000, 91 pp., 999 n^os., spé. n^o 116 justifie cela par le fait que la Déclaration de 1789 n'a eu pendant longtemps aucune valeur juridique impérative.

²⁷ Ordonnance du président du Tribunal Administratif de Paris, 2 novembre 1994, *Groupement des sociétés Eiffage, SPIE Batignolles, Fongerolle, SPIE Citra, AJDA*, 1995, pp. 147-153, note CH. BRÉCHON-MOULÈNES

²⁸ On marquera notre réserve sur cette qualification en notant qu'outre le critère de la rémunération qui nous fait pencher vers la qualification de marché public, on cherche encore en vain le service public qui est délégué au Consortium Stade de France. À moins de considérer que la gestion même de l'ouvrage – les compétitions sportives étant de la compétence des Fédérations comme on le sait – est un service public, ce qu'on ne saurait penser sous peine de rayer de notre système juridique l'idée de concessions de travaux.

²⁹ Loi n^o 93-122 du 29 janvier 1993, *Relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, J.O. du 30 janvier 1993, aujourd'hui codifiée pour tout ce qui concerne les collectivités locales (mais encore applicable à l'État) aux articles L. 1411-1 et s. du CGCT, l'article 38 de la loi Sapin étant codifié dans cet article L. 1411-1 CGCT.

³⁰ Le principe d'égalité est, lui aussi, considéré comme un principe général du droit par la jurisprudence administrative depuis fort longtemps. Le premier arrêt faisant référence au « principe de l'égalité de tous les citoyens devant les règlements administratifs. » est l'arrêt CE 9 mai 1913, *Sieur Roubeau et autres*, rec. p. 521, spé. p. 522. Sur le rôle éminent du Conseil d'État dans la mise en œuvre du principe d'égalité avant que le Conseil constitutionnel n'apparaisse, cf. EDCE, *Sur le principe d'égalité*, pp. 26 et s. Sur la nature de PGD de l'égalité et de l'influence des nuances posées par le Conseil d'État sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel, cf. aussi F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Préface G. VEDEL, PUAM/économica, 1997, spé. p. 33 et s. n^o 39 et s.

D'une part, on notera une reconnaissance unique et dans une décision dont la portée n'est pas celle d'un arrêt d'Assemblée du Conseil d'État ; aussi bien parce qu'elle est prise dans le cadre d'une ordonnance en référé, et spécialement en l'espèce par une juridiction à juge unique, que parce qu'elle est prise par un Tribunal administratif. Cette opinion doit pourtant être nuancée par le fait que le référé de l'article L. 22 du Code des tribunaux administratif et cours administratives d'appel³¹ apparaît comme spécialement adapté pour trouver un principe spécifique aux délégations dans la mesure où ce recours est propre à notre matière.

D'autre part, notons que le juge administratif ne se réfère pas plus à un texte de valeur constitutionnelle que ne le fait le juge constitutionnel lui-même, il tire le principe directement de l'existence des procédures de passation issues de la loi Sapin³², comme la décision du 26 juin 2003 tire ses premiers principes du texte du Code des marchés de 2001, qui lui-même les tiraient pour partie du code de 1964. On peut en effet établir un lien évident entre l'article 1^{er} du code de 2001 qui pose, comme le laisse entendre le titre 1^{er} du code, les « principes fondamentaux » et l'article 47 du Code des marchés publics issu du décret n° 92-1310 du 15 décembre 1992³³. Cette origine des principes de l'article 1^{er} du code actuel permet d'ailleurs partiellement d'expliquer que la juridiction administrative n'ait pas reconnu auparavant le principe « d'égalité d'accès à la commande publique ». Pourquoi en effet le juge administratif aurait-il découvert l'égalité d'accès alors que le Code des marchés publics³⁴, texte principal de cette matière jusqu'en 1993, n'y faisait pas référence ? L'utilisation des seuls principes reconnus par le Code – liberté de candidature et égalité de traitement – justifie que l'égalité d'accès n'ait été reconnue, pour ce qui est des marchés eux-mêmes, qu'une fois et sans une véritable valeur de principe.

802. L'obligation pour les personnes publiques de respecter les « exigences de l'égal accès aux marchés publics » a en effet été imposée dans un arrêt important³⁵, après avoir été évoquée dans un avis³⁶. Le premier point qu'il faut souligner est que l'arrêt ne reconnaît pas un « principe » mais des « exigences ». La nuance est d'autant plus importante que le considérant qui utilise ce terme précise « *que doivent être respectés le principe*

³¹ Actuel article L. 551-1 du CJA

³² Peut-être peut-on y voir l'effet du principe de la loi-écran mais cette possibilité ne convainc pas sur la pertinence de l'absence de référence, notamment pour les marchés publics dont le fondement est pour l'essentiel réglementaire.

³³ L'article 49 issu de ce décret disposait : « *Sous réserve des dispositions [...], les entrepreneurs ou fournisseurs peuvent librement se porter candidats aux marchés publics. Sous réserve des dispositions [...], ils bénéficient d'une égalité de traitement dans l'examen de leurs candidatures ou de leurs offres.* »

³⁴ et cela nonobstant la valeur réglementaire que ce code a toujours eu.

³⁵ CE 27 juillet 2001, *Coopérative de consommation des adhérents de la mutuelle assurance des instituteurs de France (CAMIF)* ; rec. p. 401 ; req. n° 218067, *BJCP*, 2001, pp. 497-511, concl. C. BERGEAL, obs. R.S. ; *Contrats et marchés publics*, octobre 2001, pp. 4-9, chr. F. LLORENS ; *Europe*, février 2002, comm. P. CASSIA, n° 60. Les commentaires se sont toutefois concentrés sur un autre aspect de l'arrêt : le statut des marchés de l'UGAP.

³⁶ CE Avis, 8 novembre 2000, à propos de la candidature des personnes publiques aux marchés publics, *MBTP*, 15 novembre 2000 supplément « Textes officiels », p. 425.

de la libre concurrence et les exigences de l'égal accès aux marchés publics »³⁷, ce qui tend à montrer la volonté du Conseil d'État de faire une différence entre des « exigences » et un « principe ». Pourtant, il semble raisonnable de penser que la qualification « d'exigences » constitue en quelque sorte une antichambre de la qualification de « principe », cela a en effet déjà été le cas pour le principe d'impartialité qui a été reconnu comme tel après avoir été une « exigence », dès lors que l'impartialité a été raccrochée à un texte de valeur constitutionnelle³⁸ par le Conseil constitutionnel.

803. L'arrêt *CAMIF* montre aussi une évolution dans le sens d'une plus grande prise en compte des principes d'origine européenne puisque c'est sur le fondement aussi bien de l'ordonnance de 1986 que sur celui de l'article 86 du Traité CE qu'est reconnue cette exigence de l'égal accès aux marchés publics. L'évolution du principe communautaire d'égalité vers une reconnaissance implicite d'un principe d'égalité d'accès scelle ce principe comme fondement des procédures de passation.

d) L'égalité d'accès et les droits européens, des rapprochements avec le droit interne

804. La reconnaissance de « principes de la commande publique » par des sources internationales du droit n'a pas la même portée que la reconnaissance de ces mêmes principes par le droit interne. La principale différence entre les deux réside dans les possibilités que les principes « internationaux » offrent au juge de sanctionner directement un acte sur leur fondement en faisant fi de la théorie de la loi-écran³⁹. Cette spécificité trouve une application particulièrement notable en droit de la commande publique dans la mesure où elle permet non seulement de fonder l'annulation d'un contrat ou de ses actes détachables, mais aussi de contraindre l'application des procédures de passation. En effet, au cas où une procédure de passation serait contraire à un principe de la commande publique issu du droit international, le juge pourrait écarter l'application du texte mettant en place les procédures et sanctionner l'acte détachable du contrat directement sur le fondement du principe pour « inconventionnalité ». Ainsi, on pourrait théoriquement envisager qu'un

³⁷ Ces termes sont repris à trois reprises aux considérants 9, 10 et 11 de l'arrêt. Le terme d'exigence est aussi celui employé par l'avis Conseil d'État du 8 novembre 2000 *Op. Cit.*

³⁸ Cette évolution du principe d'impartialité tel qu'il est reconnu par le juge constitutionnel a été amenée par ce dernier de manière relativement subtile. Le 27^e considérant de la décision n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, *Traité portant statut de la Cour pénale internationale*, Rec. CC, p. 29, précise en effet « qu'est ainsi satisfaite l'exigence d'impartialité et d'indépendance de la Cour ». Cette décision a été suivie par la décision n° 2003-466 DC du 20 février 2003, *Loi organique relative aux juges de proximité*, dont le point 23 précise pour sa part que le nouvel article en cause « n'est pas contraire aux exigences d'indépendance et d'impartialité du juge qui découlent de l'article 16 de la Déclaration de 1789 ». Le fait de raccrocher ainsi l'« exigence » à une disposition textuelle de la Déclaration élevant l'impartialité au niveau des principes constitutionnels.

³⁹ Il est inutile ici de développer la place respective de la loi et du traité dans l'ordre juridique interne telle qu'elle résulte du « grand arrêt » CE Ass. 20 octobre 1989, *Nicolo* et de ses nombreuses suites. Pour plus de précisions, cf. M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ et B. GENEVOIS, *GAJA*, 14^e ed. n° 98 pp. 695-705

principe communautaire de la commande publique permette de sanctionner la passation d'un contrat passé conformément à une loi comme la loi Sapin⁴⁰.

Reste que le principe d'égalité, déjà difficile à apprécier dans le cadre des droits européens (α) a, quoique sous une dénomination différente, une importance pratique et théorique comparable à l'égalité d'accès en droit interne (β).

α) Égalité et droits européens

805. Si l'égalité est apparue en droit interne comme un droit fondamental de manière aussi évidente, tel n'a pas été exactement le cas en droit européen. Le terme « d'égalité » n'est en effet posé comme principe général ni dans la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ni dans les Traités qui ont peu à peu mis en place l'Union européenne. Au mieux peut-on y trouver des principes généraux de « non-discrimination » dont il faut examiner s'ils sont, ou non, des synonymes de l'égalité ou des sous-catégories de principes d'égalité dans des matières spécifiques. Seul le droit communautaire a récemment intégré un principe général d'égalité dans la « Charte de droits fondamentaux » dont la valeur juridique est aujourd'hui limitée.

806. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne connaît pas directement le principe d'égalité. Le principe de non-discrimination qu'elle reconnaît aujourd'hui n'a de surcroît été introduit expressément dans son article 14 que par le 11^e protocole additionnel, entré en vigueur le 1^{er} novembre 1998⁴¹. Si des différences entre le principe d'égalité et le principe de non-discrimination de la CEDH existent, aussi bien pour ce qui concerne le contenu du principe que, et surtout, pour son application⁴², on ne peut pourtant que les rapprocher⁴³. Des jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme rattachent en effet à l'article 14 et à la non-discrimination d'autres principes comme l'égalité de traitement⁴⁴, et elles apportent des limites proches de celles que le droit français pose pour le principe d'égalité⁴⁵.

⁴⁰ La loi Sapin n'est pour sa part contraire à aucun principe international, l'hypothèse est ici théorique.

⁴¹ Il est vrai que l'ancien article 14 précisait que la jouissance des droits et libertés reconnus dans la Convention devait être assurée « *sans distinction aucune*, fondée notamment sur le sexe, la couleur... », et que cette formule pour le moins étonnante était introduite dans la version anglaise en utilisant l'expression « *without discrimination* », ce qui laissait peu de doute sur l'interprétation qu'il fallait donner au texte français.

⁴² Pour une analyse de ces deux catégories de différences, cf. M. SOUSSE, « Le principe de non-discrimination. Les rapports entre le système européen de protection et le système français », *AJDA*, 1999 pp. 985-991. Cet article traite du principe de non-discrimination en droit de la CEDH et non en droit communautaire.

⁴³ En l'absence d'une parfaite adéquation entre les deux notions, on ne saurait qu'approuver avec satisfaction l'utilisation de deux termes différents.

⁴⁴ Cf. notamment CEDH, 23 juillet 1968, *Affaire linguistique belge*, rec. Série A, n° 6

⁴⁵ Elle estime notamment qu'il y a rupture de ce principe lorsqu'un « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » n'est pas respecté. Cf. CJCE 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, rec. Série A n° 31. La Cour laisse toutefois une marge de manœuvre assez grande aux États dans l'appréciation du rapport entre les distinctions de traitement et les différences de

807. Le droit communautaire a pendant longtemps évité, lui aussi, le principe d'égalité. Il ne figure en effet expressément dans aucun des traités institutifs jusqu'au Traité de Nice inclus, sauf sous la forme de certaines de ses applications sectorielles comme l'égalité entre hommes et femmes⁴⁶ ou, et cela nous intéresse plus précisément, dans le cadre de « contrats de la commande publique » bien spécifiques. Il s'agit des cas visés dans un article de la Quatrième partie du Traité sur l'association des pays et territoires d'Outre-Mer qui impose une égalité entre ressortissants des « États membres et des pays et territoires » pour « la participation aux adjudications et fournitures »⁴⁷. Sans exagérer ici l'importance de cet article, on peut pourtant y voir un indice justifiant que le principe d'égalité soit effectivement central dans l'idée même d'un droit de la commande publique.

808. En revanche, le Traité fait de nombreuses références à un principe de non-discrimination, mais uniquement précisé par domaine⁴⁸. La principale application de ce principe est la « non-discrimination en raison de la nationalité » qui irrigue l'ensemble du droit communautaire. Cette dernière, que l'article 6 du Traité permet de rattacher à la non-discrimination de la Convention européenne des droits de l'homme⁴⁹, trouve aussi occasionnellement des prolongements dans certains secteurs d'activité⁵⁰ tous d'effet direct. La non-discrimination a ensuite été reconnue comme un principe du droit communautaire⁵¹, principe que certains auteurs n'hésitent pas à qualifier de « règle cardinale

situation, puisqu'elle ne reconnaît de traitement discriminatoire que lorsque le texte « manque de justification objective et raisonnable » cf. CEDH 16 septembre 1996, *Gaygusuz c/ Autriche*, rec. IV-1996, p. 1142, § 42 et CEDH 18 février 1999, *Larkos c/ Chypres*, Rec. I-1999, spé. § 29

⁴⁶ Art. 141 (ex 119) du Traité CE

⁴⁷ Article 183, point 4) « Pour les investissements financés par la Communauté, la participation aux adjudications et fournitures est ouverte, à égalité de conditions, à toutes les personnes physiques et morales ressortissantes des États membres et des pays et territoires ».

⁴⁸ Pour une analyse du principe de non-discrimination cf. C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit matériel de l'Union européenne*, LGDJ coll. Domat droit public, 2^e ed. 2001, spé. pp. 81-83, n° 102 à 104 ; J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, LGDJ coll. Manuel, 3^e ed. 2002, spé. n° 212 à 219

⁴⁹ L'article 6 du Traité, point 2 (repris pratiquement à l'identique à l'article 7-3 du Projet de Constitution pour l'Europe) précise que « L'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles des États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire. ». L'article 7-2 du même projet montre toutefois les difficultés qui découlent de la coexistence de ces deux déclarations : « L'union s'emploie à adhérer à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Une telle adhésion ne modifie pas les compétences de l'Union telles qu'elles sont définies dans la Constitution ».

⁵⁰ On peut se référer à l'article de P. CASSIA, « Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement », *RTDEur*, 2002, pp. 413-449, spé. p. 415 où il précise les applications de ce principe et les articles du Traité sur lesquels elles sont fondées : discrimination en raison de la nationalité entre les travailleurs des États membres, pour le droit d'établissement, pour la libre prestation de services ou entre producteurs et consommateurs dans le cadre de la Politique agricole commune.

⁵¹ Notamment en premier lieu par l'arrêt CJCE 17 juillet 1963, *Italie c/ Commission*, Aff. 13/63, rec. 1963 p. 337, qui se fonde sur l'article 7 du Traité CEE. On remarquera dans cet arrêt ainsi que dans les arrêts ultérieurs une grande proximité dans les analyses de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice des communautés européennes pour ce qui concerne le caractère objectif du contrôle et l'analyse de la proportionnalité de la discrimination au regard des buts projetés ; cf. par ex. CJCE 10 février 1994, *Mund et Festern*, Aff. C-398/92, rec. I-467, spé. point 16.

du droit communautaire »⁵². À cela il faut ajouter le nouvel article 13 issu du Traité d'Amsterdam qui permet au Conseil de prendre les mesures nécessaires en vue de combattre les discriminations fondées sur « le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion, les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ». On ne peut, à la suite d'autres auteurs, qu'analyser cette extension du champ d'application du principe de non-discrimination comme la reconnaissance d'un principe général d'égalité⁵³.

809. C'est de surcroît le sens de l'évolution du droit communautaire qui reconnaît de plus en plus directement le principe d'égalité lui-même, au-delà de celui de non-discrimination. L'égalité avait été élevée au rang des principes généraux du droit communautaire⁵⁴ par la Cour de justice⁵⁵ avant d'être reconnue textuellement dans la Charte des droits fondamentaux signée à Nice, incorporée comme deuxième partie du projet de Traité constitutionnel élaboré par la Convention⁵⁶. Dès son préambule, la Charte fait référence à l'égalité comme principe fondateur⁵⁷, avant de consacrer un Titre III complet à ce principe. Ce titre constitue en quelque sorte l'aboutissement actuel du principe de non-discrimination (tout en étant intitulé « principe d'égalité ») : d'une part, il met en avant le principe d'égalité puisque le premier article de ce titre⁵⁸ est intitulé « égalité en droit » et proclame que « Toutes les personnes sont égales en droit », c'est-à-dire une égalité devant la loi qui se rapproche de ce que l'on connaît déjà dans la déclaration de 1789. D'autre part, le deuxième article du Titre⁵⁹, intitulé « non-discrimination », reprend l'ensemble des discriminations interdites en respectant l'histoire des textes communautaires puisqu'il continue à faire une liste des différentes discriminations sans en

⁵² cf. C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit matériel de l'Union européenne*, LGDJ coll. Domat droit public, 2^e ed. 2001, spé. pp. 81, n° 102. Ces auteurs notent que ce principe est inscrit « en tête des trois libertés qui concrétisent la liberté professionnelle ».

⁵³ Sur cet article, cf. P. DOLLAT, « Vers la reconnaissance généralisée du principe de l'égalité de traitement entre les personnes dans l'Union européenne », *JTDE*, 2002 pp. 57-64 & P. CASSIA, « Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement », *RTDEur*, 2002 p. 413-449, spé. p. 415 où l'auteur écrit « A travers le principe de non-discrimination, c'est en réalité le principe d'égalité qui transparait ». Cette opinion est aussi celle de Sophie ROBIN-OLIVIER, *Le principe d'égalité en droit communautaire*, PUAM, 1999, 552 p., spé. p. 19.

⁵⁴ Sur l'importance de la découverte des Principes généraux du droit communautaire et des autres droits de l'homme dans la création du droit communautaire, cf. J. RIDEAU, « Le rôle de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'homme », *Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, Tome 265, Nijhof 1997

⁵⁵ Cf. par exemple CJCE 8 oct 1980, *Peter Überschär c/ Bundesversicherungsanstalt für Angestellte*, Aff. 810/79, Rec. 1980, p. 2747, point 16 : « Le principe général d'égalité, dont l'interdiction des discriminations en raison de la nationalité n'est qu'une expression spécifique, est un des principes fondamentaux du droit communautaire » ; CJCE 7 décembre 2000, *Luxembourg c/ Parlement et Conseil*, Aff. C-168/98, rec. I-9131, spécialement point n° 23 « l'interdiction de discrimination édictée par cette dernière disposition [art 52 du Traité] n'est que l'expression spécifique du principe général d'égalité ».

⁵⁶ La Charte européenne des droits fondamentaux a été signée et proclamée par les présidents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission le 7 décembre 2000. Elle constitue le deuxième titre du projet de Traité constitutionnel, article II-1 et s.

⁵⁷ 2^e alinéa du préambule de la charte des droits fondamentaux : « Consciente de son patrimoine spirituel et moral, l'Union se fonde sur les valeurs indivisibles et universelles de dignité humaine, de liberté, d'égalité et de solidarité ; elle repose sur le principe de la démocratie et le principe de l'État de droit. »

⁵⁸ Article II-20 du projet de Traité constitutionnel

⁵⁹ Article II-21 du projet de Traité constitutionnel

faire une norme générale. L'insertion de ces cas de non-discrimination dans le titre sur l'égalité montre bien qu'ils ne sont que des applications sectorielles du principe général d'égalité. Ce phénomène de « liste » continue ensuite aux articles II-22 à II-26⁶⁰, et reconnaît d'autres sous-catégories du principe d'égalité – mais qui n'étaient pas considérés comme des cas de non-discrimination auparavant – comme des expressions particulières du principe général.

Reste que l'égalité ainsi reconnue et l'interdiction des discriminations ne sont pas *stricto sensu* l'égalité d'accès à la commande publique. L'égalité dans le cadre des marchés publics trouve plutôt un pendant dans le principe communautaire d'égalité de traitement.

β) Égalité d'accès à la commande publique, égalité de traitement et droit communautaire

810. L'analyse du principe d'égalité en droit communautaire de la commande publique conduit à la constatation d'une absence de reconnaissance de *l'égalité d'accès à la commande publique* mais d'une extension du principe *d'égalité de traitement* afin qu'il ait les mêmes conséquences que *l'égalité d'accès à la commande publique* du droit interne.

811. *L'égalité d'accès à la commande publique* n'est pas un principe reconnu par les instances communautaires. Il est pourtant possible de constater certains des effets de ce principe dans la mise en œuvre d'un autre principe propre au droit communautaire : *l'égalité de traitement*⁶¹. Ce principe ne fait pas partie des sous-principes d'égalité dont les articles II-20 et suivants du Projet de constitution font la liste, il est une création jurisprudentielle et doctrinale. Si l'on se réfère aux hypothèses dans lesquelles il est employé, on peut dire qu'il est l'expression du principe d'égalité lorsqu'est en cause une « activité concurrentielle ». On ne sera pas étonné alors que les auteurs qui traitent du droit communautaire utilisent indifféremment « égalité » et « égalité de traitement » dans la mesure où les compétences de l'Union sont essentiellement économiques⁶², donc qu'elles se préoccupent de l'égalité dans le cadre presque exclusif des activités concurrentielles⁶³. Cette utilisation indifférenciée de

⁶⁰ Article II-22 : Diversité culturelle, religieuse et linguistique ; article II-23 : Égalité entre hommes et femmes ; article II-24 : Droits de l'enfant ; article II-25 : Droits des personnes âgées ; article II-26 : Intégration des personnes handicapées. À ces articles, il faut ajouter l'article III-2 qui précise que « Pour toutes les actions visées par la présente partie, l'Union cherche à éliminer les inégalités, et à promouvoir l'égalité, entre les hommes et les femmes », qui, même bien qu'absent de la Charte des droits fondamentaux est dans le texte du projet de Traité constitutionnel.

⁶¹ Cf. M. LOMBARD, « A propos de la liberté de concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés », *Dalloz*, 1994, n° 22, chron. pp. 163-169

⁶² On peut notamment constater une complète assimilation de ces termes chez P. CASSIA, « Contrats publics et principe communautaire d'égalité de traitement », *RTDEur*, 2002 p. 413-449, spé. pp. 416-417.

⁶³ N. de GROVE VALDEYRON, in « Le principe de l'égalité de traitement des soumissionnaires et ses applications par la Cour de Justice des Communautés Européennes », *Marchés Publics-La Revue de l'achat public*, n°2, 1^{er} février 1996 pp. 25-30, estime pour sa part que l'égalité de traitement est le « prolongement » de l'égalité en général, ce dernier étant issu de l'article 6 du Traité CE. Cet article du

L'égalité ou de l'égalité de traitement semble valoir pour la Cour de justice⁶⁴ mais aussi, de manière quelque peu contestable dans la forme, pour la Commission européenne⁶⁵. Par extension, « l'égalité de traitement » est donc aussi synonyme « d'égalité » dans le cadre des marchés publics qui sont eux-mêmes dans le champ d'application de l'Union comme ils étaient dans celui de la CEE.

812. Pourtant, *l'égalité de traitement* paraît relativement éloignée de *l'égalité d'accès* telle qu'elle est reconnue par le droit interne. Par certains aspects ces deux visages du principe sont même opposés puisque le traitement dont il est question en droit interne est le traitement des offres, alors que « l'égalité d'accès » se situe, dans la procédure, en amont de l'analyse des offres. Une nouvelle fois, une conception extensive des principes par les institutions communautaires a permis que l'égalité de traitement ait un rôle en matière d'accès des candidats potentiels au marché. Plus encore, on retrouve un raisonnement à double niveau proche de celui du droit interne puisque non seulement ce principe semble en partie justifier l'existence des procédures, mais en plus il a quelques conséquences sur l'accès aux marchés.

Une similitude des principes interne – égalité d'accès – et communautaire – égalité de traitement – dans le rôle de justification des procédures.

813. Pour ce qui est de la justification des procédures, on en retrouve une trace dans l'arrêt de la Cour de justice *Storebealt* du 22 juin 1993⁶⁶. Le point 33 de cet arrêt précise en effet que « le devoir de respecter ce principe [d'égalité de traitement] correspond à l'essence même de cette directive [71/305 Travaux] ». Il semble donc que l'égalité de traitement, comme source des directives, soit aussi et surtout la source de l'existence des procédures comme c'est le cas pour l'égalité d'accès en droit français. On notera toutefois une différence entre les deux ordres juridiques : si le droit communautaire reconnaît la place de l'égalité, c'est

Traité condamnant les discriminations en fonction de la nationalité ayant été interprété comme obligeant à « traiter sur un pied d'égalité la totalité des opérateurs économiques ». Si notre approche historique diverge, l'application de l'égalité de traitement aux « opérateurs économiques » est une considération commune.

⁶⁴ Dans un arrêt CJCE 29 avril 1999, *Royal Bank of Scotland plc*, aff. C-311/97, rec. I-2651, point 21, la Cour estime que l'article 6 CE, mis en œuvre par l'article 52 du même Traité dans le domaine des activités non-salariées, « consacre » « l'égalité de traitement »

⁶⁵ Nous faisons ici référence au point 3.1.1 de la communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire du 12 avril 2000. Ce point, dont le titre est « *L'égalité de traitement* » se réfère expressément (note 39) à l'arrêt CJCE 8 oct 1980, *Peter Überschär c/ Bundesversicherungsanstalt für Angestellte*, Aff. 810/79, Rec. 1980, p. 2747 pour estimer que ce principe est reconnu par la Cour de justice. Or, la « citation » de l'arrêt est bien loin d'être stricte, notamment en ce que la Commission utilise le terme de « principe général d'égalité de traitement » alors que l'arrêt lui-même n'utilise que le terme de « principe général d'égalité ». Notons que la version anglaise de l'arrêt ne permet pas de justifier cette modification malvenue du texte de la Cour puisqu'elle utilise les termes de « *General Principle of equality* » (Cf. *European Court Reports* 1980 p. 2747).

⁶⁶ Arrêt CJCE 22 juin 1993 *Commission des communautés européennes contre Royaume de Danemark*, dit « *Storebaelt* » du nom de la société chargée de construire un pont sur le chenal ouest du Grand Belt et qui a suscité le recours en manquement, Aff. C-243/89, Rec. 1993 p. I-3353

principalement parce qu'elle est une condition nécessaire au « *développement d'une concurrence effective dans le domaine des marchés publics* »⁶⁷.

814. On touche vraisemblablement ici à une différence fondamentale entre l'esprit du droit interne et celui du droit communautaire, à savoir le fait que le premier refuse une justification fondée sur le droit de la concurrence – au sens large – alors que le second prend ce même droit de la concurrence comme première justification dont les autres principes – et notamment le principe d'égalité – sont principalement des modalités ou des éléments. Le fait qu'un arrêt postérieur⁶⁸ fasse référence à l'arrêt *Storebealt* en reprenant la première partie de son point 33 sans en reprendre la seconde ne change rien à cette différence ontologique⁶⁹.

Une similitude des principes interne – égalité d'accès – et communautaire – égalité de traitement – dans le développement d'une égalité dans l'accès des opérateurs aux contrats de la commande publique.

815. Pour ce qui est de l'influence du principe communautaire de l'égalité de traitement sur l'égalité d'accès au marché, on en retrouve quelques traces dans la jurisprudence. Ainsi, la Cour a implicitement accepté le moyen tiré de *l'inégalité de traitement des candidats* dans le fait de ne pas avoir mis en place de procédure de publicité. Si elle n'a pas eu besoin d'examiner au fond ce moyen dans la mesure où elle a eu recours à l'argument « objectif » de la non-application des procédures, il semble qu'elle n'a en effet pas refusé *a priori* de juger directement en fonction du principe si le besoin s'en faisait sentir (et comme l'y a invité la Commission, requérante dans l'affaire)⁷⁰. En acceptant implicitement de sanctionner la passation d'un contrat sur le fondement de « l'inégalité de traitement » même si une procédure n'était pas obligatoire, la Cour reconnaît que *l'inégalité d'accès* – au sens interne – correspond à une partie de *l'inégalité de traitement* au sens communautaire.

816. Par ailleurs, d'autres arrêts communautaires se référant à l'égalité de traitement se rapprochent plus de l'égalité d'accès au sens du droit interne dans la mesure où, *ab initio*, ils interdisent l'accès de certaines entreprises aux marchés. C'est par exemple le cas de marchés exigeant de la part des candidats une certification nationale ou

⁶⁷ *Ibidem*, suite du point 33 de l'arrêt.

⁶⁸ Arrêt CJCE 25 avril 1996, *Commission des communautés européennes contre Royaume de Belgique*, aff. C-87/94, Rec. 1996 p. I- 2043, point 51

⁶⁹ Nous reviendrons sur cette double référence à l'égalité et à la concurrence pour justifier de l'existence des procédures car elle n'est pas complètement absente du droit interne. Cf. *infra* section deuxième. Voir aussi J.-P. COLIN et M. SINKONDO, « principe de non-discrimination et protection de la concurrence en droit communautaire », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 1993, pp. 36-55, spé. p. 49. L'exposé des motifs de la directive 93/37 du 14 juin 1993 précise « *considérant que le développement d'une concurrence effective dans le domaine des marchés publics nécessite une publicité communautaire des avis de marchés établis par les pouvoirs adjudicateurs membres; que les informations contenues dans ces avis doivent permettre aux entrepreneurs de la Communauté d'apprécier si les marchés proposés les intéressent* ».

⁷⁰ Il s'agit de l'arrêt CJCE 17 septembre 1998, *Commission des communautés européennes contre Royaume de Belgique*, Aff. C-323/96, rec. 1998 p. I-5063, mieux connu pour sa reconnaissance du Parlement flamand du système fédéral belge (*Vlaamse Raad*) comme pouvoir adjudicateur au sens de la directive 93/37. Au point 6, l'arrêt précise que la Commission soutenait que la procédure appliquée constituait une « *violation claire [...] du principe d'égalité de traitement des candidats, qui constitue le fondement [des directives]* ».

l'inscription à un ordre professionnel⁷¹, de ceux exigeant le respect de normes internes⁷², voire de ceux exigeant que les entreprises soient des entreprises nationales. L'égalité « de traitement [dans l'accès] » au sens du droit communautaire trouve en effet un rapprochement des plus significatifs avec « l'égalité d'accès » interne lorsqu'elle interdit les non-discriminations en fonction de la nationalité. La jurisprudence associe alors le plus souvent l'égalité de traitement à la libre prestation de service ou à la liberté d'établissement, on peut presque dire que c'est la conciliation de ces principes qui est la forme la plus topique de « l'égalité d'accès » interne dans « l'égalité de traitement » communautaire⁷³. L'atteinte au principe de non-discrimination entre les nationalités étant une partie de l'atteinte à l'égalité en général, donc à l'égalité de traitement dans le cadre des marchés publics ; et l'atteinte à l'égalité de traitement étant, dans ces cas, une atteinte à l'égalité d'accès aux marchés.

817. Pour conclure, « l'égalité de traitement » en droit communautaire ne semble être qu'une expression économique, issue de l'idée de concurrence, de l'égalité en général. Elle regroupe par conséquent non seulement l'égalité dans le traitement des offres tel que nous allons l'aborder (§ 2^e) mais aussi en partie l'égalité d'accès à la commande publique. À cet égard, il est intéressant de noter que, comme c'est le cas en droit interne, elle fonde partiellement l'existence des procédures de passation – même si c'est à travers le prisme de la concurrence – mais aussi qu'elle justifie dans certains arrêts la sanction de procédures qui n'ont pas permis l'accès des candidats au contrat. L'existence d'une justification profonde des procédures n'empêche en effet pas que le principe d'égal accès ait aussi, en parallèle, un rôle direct au contentieux qui permette de sanctionner certaines procédures de passation (B).

⁷¹ La certification interne était le respect de la classification vérifiée par l'organisme professionnel français « Qualibat » (de qualité des constructions) et l'obligation d'inscription à un ordre professionnel requis en l'espèce était celle à l'ordre des architectes. Cf. CJCE 26 septembre 2000, *Commission des Communautés européennes contre République française*, aff. C-225/98, rec. 2000 p. I-7445 ; *AJDA* 2000 pp. 1055-1059, note Ch. LAMBERT ; *Contrats et marchés publics*, décembre 2000, comm. F. LLORENS, n° 38. Le point 83 de l'arrêt montre bien l'influence de cette qualification sur « l'accès » au marché et non pas sur le traitement de l'offre : « La désignation des lots par référence à des classifications d'organismes professionnels nationaux est susceptible d'avoir un effet dissuasif à l'égard des soumissionnaires non nationaux, elle constitue de ce fait une discrimination indirecte ». Ce type de discrimination constitue par ailleurs en droit communautaire une atteinte à la libre prestation de services

⁷² C'est le cas de CJCE 22 septembre 1988, *Commission des Communautés européennes contre Irlande*, aff. 45/87, rec. 1988 p. 4929, point 1. Il s'agissait de l'imposition, dans le dossier d'appel d'offre, du respect de la norme Irlandaise concernant les conduites en amiante-ciment devant permettre l'extension du réseau de distribution d'eau du district de Dundalk. Le point 19 de l'arrêt nous conforte dans l'idée que l'égalité de traitement dont il est ici question concerne ce que le droit français appelle « l'égalité d'accès » en précisant « que l'insertion d'une clause comme celle de l'espèce dans un avis de marché peut avoir pour conséquence que des opérateurs économiques [...] s'abstiennent de répondre à des appels d'offre ».

⁷³ On retrouve ce rapprochement entre égalité de traitement et liberté d'établissement ou de prestation de service in, S. ROBIN-OLIVIER préf. M.-A. MOREAU, *Le principe d'égalité en droit communautaire. Étude à partir des libertés économiques*, PUAM, 1999, 552 pp. spé pp. 59-65 pour les marchés publics. L'auteur écrit p. 59 : « À cet égard, il est tout à fait significatif que la suppression des discriminations entravant la possibilité de présenter des offres ou de participer comme cocontractant à sous-traitant aux marchés de l'État ou d'autres personnes morales de droit public ait été inscrite dans les programmes généraux pour la suppression des restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services ».

B) Mise en œuvre du principe d'égalité d'accès dans les procédures actuelles

818. Le principe d'égalité d'accès bénéficie en droit de la commande publique d'un statut tout à fait central. Le droit interne comme le droit communautaire lui reconnaissent ainsi un rôle fondateur dans l'existence même des procédures de passation, de manière directe pour le premier et indirecte pour le second. C'est pour cette raison qu'une partie des procédures textuelles vise à mettre en œuvre ce principe d'égalité d'accès. (1) L'intérêt de la reconnaissance de ce principe pour l'ensemble de la commande publique – prise comme notion juridique – ne se limite pourtant pas à cela. On peut en effet lui reconnaître un effet direct permettant de sanctionner des contrats pour des défauts de procédure, et en cela lui accorder un double rôle : d'une part une notion large comme celle de la commande publique englobe des contrats qui ne sont pour l'heure soumis à aucune procédure de passation⁷⁴. Le rôle du principe d'égalité d'accès peut alors être celui de fonder des décisions obligeant à respecter cette égalité sans imposer des procédures par trop contraignantes. D'autre part, dans un sens radicalement contraire, lui reconnaître une efficacité propre permet de faire évoluer les textes imposant des procédures de passation vers moins de lourdeur : le seul non-respect du principe d'égalité d'accès pourrait permettre une sanction, sans qu'il soit nécessaire que l'atteinte à l'égalité résulte du non respect d'une procédure formelle⁷⁵ (2).

1) Un principe fondant des procédures textuelles de passation et imposant un minimum de publicité

819. Principe de « l'essence » des procédures communautaires de passation ou principe constitutionnel fondant le « droit commun de la commande publique »⁷⁶, l'égalité d'accès connaît des applications textuelles nombreuses. La première conséquence d'une égalité d'accès porte en général sur la mise en place de procédures de publicité. Comme on l'a vu, ouvrir un accès égal à l'ensemble des entreprises susceptibles d'être candidates suppose qu'elles aient toutes la possibilité de savoir qu'un marché va être passé. Dans une perspective plus axée sur le droit économique, on peut dire que la publicité « crée » le marché – au sens de lieu où se rencontrent l'offre et la demande. C'est ainsi que l'on peut constater que la publicité constitue une sorte de « minimum » des procédures textuelles de

⁷⁴ On peut penser aux marchés en dessous des seuils de passation ou aux marchés portant *rationae materiae* aux bien exclus des procédures par l'article 3 du Code des marchés publics.

⁷⁵ Le sens du principe n'est bien évidemment pas contradictoire, ce qui l'est c'est que dans un cas il y a un renforcement des procédures puisque les personnes qui n'étaient soumises à aucune procédures sont confrontés aux principes qui impose certaines formes, et que dans l'autre cas, les formes très nombreuses pourraient être diminuées par le simple recours au principe.

⁷⁶ Cf. *infra*, A).

la commande publique. La conséquence est qu'aussi bien le droit interne des marchés publics (a) que celui des délégations de service public (b) ou encore le droit communautaire (c) reconnaissent une place particulière à la publicité, même si ce n'est pas la seule traduction textuelle du principe d'égalité d'accès.

a) Exemples de mise en œuvre dans le droit français des marchés publics

820. Les textes internes visant les marchés publics sont partiellement fondés sur la recherche d'une égalité dans l'accès des candidats aux marchés publics. On en retrouve des éléments dans la place de la publicité au sein du Code des marchés publics, mais aussi dans l'interdiction de dispositions discriminatoires dans l'appel à la concurrence. Nous nous concentrerons sur quelques exemples, l'exhaustivité étant difficile à obtenir en la matière, d'autant qu'à une même procédure peuvent correspondre diverses justifications fondées sur différents principes.

821. On retrouve des modalités de publicité dans toutes les procédures de marchés publics internes, y compris dans les procédures les plus simples, à savoir la nouvelle « mise en concurrence simplifiée »⁷⁷ et les « marchés négociés »⁷⁸. Pour ces derniers, trois des quatre modalités de marchés négociés⁷⁹ excluent officiellement une publicité, mais l'analyse montre en fait que la publicité doit, en réalité, être respectée dans un de ces cas, qu'elle l'a été à un autre moment dans un autre et que le principe de la publicité doit être concilié avec d'autres pour le dernier. En somme, soutenir qu'il y aurait une absence de publicité serait une erreur dans la plupart des marchés négociés.

Ainsi, le II de l'article 35 du Code des marchés publics prévoit en substance que l'urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles, les marchés secrets ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'État est incompatible avec des mesures de publicité, de même que les marchés que la personne publique doit urgemment⁸⁰ faire exécuter en lieu et place du titulaire défaillant n'obligent pas à une

⁷⁷ Selon l'art 32 du Code des marchés publics, la mise en concurrence simplifiée « est la procédure par laquelle la personne publique choisit le titulaire du marché à la suite de négociations avec plusieurs candidats, après publicité et mise en concurrence ».

⁷⁸ Les marchés négociés existent aussi en droit communautaire et les exposés des motifs des directives 93/37 et 93/36 du 14 juin 1993 précisent à leur sujet « que, plus spécialement dans les procédures restreintes, la publicité a pour but de permettre aux entrepreneurs des États membres de manifester leur intérêt aux marchés en sollicitant des pouvoirs adjudicateurs une invitation à soumissionner dans les conditions requises ».

⁷⁹ Les marchés négociés sont ouverts selon quatre modalités différentes dans des cas limitativement énumérés aux I, II, III et IV de l'article 35 du Code des marchés publics. Ces cas sont limitatifs et si un marché est conclu selon des modalités négociées en dehors de ces hypothèses le marché est nul, cette nullité devant être constatée d'office par le juge et excluant toute action contractuelle entre les parties, cf. CE Sect. 29 janvier 1982, *Martin*, rec. p. 44 à propos des marchés d'une école ; CE 28 juillet 2000, *Jacquier*, rec. T. p. 1091 ; *BJCP*, 2000, n° 13 p. 429, concl. H. SAVOIE, obs. CH. M.

⁸⁰ On remarquera une différence entre « l'urgence impérieuse » du II-1° de l'article 35 et « l'urgence » du II-3° de ce même article. Pour une appréciation de l'urgence impérieuse que le Conseil d'État estime devoir être stricte comme toutes les justifications de dérogations à la procédure de l'appel d'offre (avec en l'espèce une appréciation de l'urgence comme n'étant pas impérieuse, ce qui entraîne

publicité préalable, même si elles obligent à une mise en concurrence⁸¹. Or on peut voir dans cette disposition une forme d'illogisme : comment mettre en concurrence s'il n'y a pas de publicité ? L'absence totale de publicité exclut en effet la moindre connaissance de la passation du contrat, donc la moindre concurrence. C'est pour cette raison que l'on ne peut interpréter « absence de publicité » dans ce texte que comme « l'absence d'avis d'appel à la concurrence », c'est-à-dire de publicité large et organisée par les textes. En revanche, une concurrence minimum oblige au moins à une publicité restreinte consistant, par exemple, à envoyer des lettres à des candidats potentiels. La soi-disant « absence de publicité » est donc plus une publicité restreinte qu'une exclusion totale de publicité.

822. Pour ce qui concerne l'absence de publicité et de mise en concurrence dans les marchés négociés du III de l'article 35 du Code des marchés publics, on remarquera que les hypothèses visées par ce texte sont celles des marchés complémentaires, des marchés identiques à un marché précédent, ceux conclus après un concours qui comprend plusieurs lauréats et ceux pour lesquels la concurrence est impossible⁸². Par conséquent, les marchés dont il s'agit ici ont, sauf pour le dernier cas, déjà fait l'objet d'une mesure de publicité spécialement complète avant que des conditions particulières viennent permettre d'éviter, malgré des changements, une nouvelle publicité.

823. Enfin, pour le dernier cas, celui des marchés de fournitures de la défense nationale⁸³, le principe de l'égal accès aux marchés publics n'est pas non plus bafoué, il est simplement concilié avec d'autres impératifs, ceux de la sécurité nationale qui imposent à la fois le secret et la rapidité des fournitures en cas – ou en prévision – de conflits. Cette justification n'est par ailleurs pas une nouveauté puisqu'elle constitue la première exception à l'application de l'adjudication que l'on trouve dans les textes post-révolutionnaires⁸⁴.

824. L'égalité d'accès se retrouve aussi dans l'obligation pour les personnes publiques de ne pas interdire – ou réserver – l'accès au marché à une catégorie de cocontractants potentiels sans justification suffisante, notamment en termes de différence de situation⁸⁵. L'égalité d'accès doit pourtant en la matière être distinguée de l'égalité de traitement.

un refus), cf. CE 8 février 1999, *Préfet de Seine et Marne c/ EPA*, req. n°167523 ; *BJCP* 1999, n° 5 p. 474, non publié au Lebon.

⁸¹ Art. 35-II du Code des marchés publics

⁸² Il s'agit ici des quatre hypothèses envisagées par les 1, 2, 3 et 4 du III de l'article 35 du Code des marchés publics.

⁸³ Cf. article 35, IV du Code des marchés publics.

⁸⁴ Décret des 20 septembre-14 octobre 1791, *relatif aux commissaires des guerres*, Duvergier, *Lois et décrets* t. 3 page 319, Titre 2, Article 6 et s. ; Arrêté du directoire exécutif du 8 fructidor An VI (25 août 1798), *concernant l'adjudication publique et aux rabais des fournitures du département de la guerre*, Duvergier, *Lois et décrets*, tome 10 page 333 ; 2^e, *Bull.* 220, n° 1974 ; ce dernier texte ne contient pas de mesure d'urgence parce qu'il n'a qu'une portée prévisionnelle pour les neuf derniers mois de l'An VII et ne revient pas sur les dispositions du décret de 1791 en dehors de ce qu'il dispose comme règles spéciales.

⁸⁵ La jurisprudence semble pourtant parfois souple sur ce point comme en témoigne l'arrêt CE 12 mars 1999, *Entreprise Porte*, req. n° 171293, rec. Tables p. 889, dans lequel le cahier des charges d'un marché négocié – passé il est vrai après un appel d'offre infructueux – précise qu'un des produits nécessaire à la réfection de la voirie objet du marché doit correspondre à une marque déterminée. Le Conseil d'État estime que l'exigence d'une marque n'est pas contraire au « principe d'égalité entre les

On ne peut en effet parler d'égalité d'accès que dans le cas où l'inégalité est automatique à la lecture des *conditions d'accès* au marché (conditions de compétences techniques ou financières par exemple). Si c'est l'application des *critères de passation* qui conduit à porter atteinte à l'égalité, il s'agira d'une atteinte à l'égalité de traitement. Ainsi, un marché qui spécifie qu'il ne peut être conclu qu'avec des sociétés coopératives ou nationales portera atteinte à l'égalité d'accès ; en revanche, un marché dont les critères de sélection de l'offre poseront une préférence pour des sociétés coopératives ou nationales portera atteinte à l'égalité de traitement des candidats. Dans le second cas, le marché est susceptible d'être passé sans atteinte à l'égalité, l'inégalité ne résultant que du traitement des critères par la personne choisissant le cocontractant. Dans le premier cas au contraire, l'accès est en tout état de cause inégal, c'est-à-dire interdit sauf à ce que la discrimination soit justifiée⁸⁶.

825. Avant d'analyser des exemples de mise en œuvre de ce principe dans le cadre des délégations de service public, notons que le Conseil constitutionnel a estimé à l'occasion des premières décisions sur les contrats globaux en matière de justice, de police et de gendarmerie⁸⁷ que les dispositions prévues ne portaient pas atteinte à l'accès des petites et moyennes entreprises aux marchés en prévoyant l'allotissement, ce qui laisse ouvert l'éventuelle sanction d'une loi par le Conseil si cette loi ne permettait pas cet accès égal⁸⁸.

b) Exemples de mise en œuvre dans le droit des délégations de service public

826. La loi « Sapin » du 29 janvier 1993⁸⁹ met pour la première fois en place une procédure de passation pour une série de contrats qu'elle regroupe sous la notion de

candidats », « dès lors que seul ce produit répondait aux exigences du cahier des clauses techniques particulières ». La « technique » consistant à faire des cahiers trop précis est pourtant bien connue comme source de détournement de procédures visant à choisir son cocontractant.

⁸⁶ On peut notamment envisager que la discrimination corresponde à l'objectif de « l'offre économiquement la plus avantageuse » qui, selon la proposition de directive du 10 mai 2000 de la Commission, doit s'apprécier par rapport au pouvoir adjudicateur. Sur cette question, cf. L. DUBIN, « Le mieux-disant social, une vieille idée à l'épreuve du droit communautaire », *AJDA*, 2002, pp. 493-499.

⁸⁷ Décisions n° 2002-460 DC du 22 août 2002, rec. p. 198 et n° 2003-461 DC du 29 août 2002, rec. p. 204 ; *AJDA*, 2002, p. 1059, note J.-Y. CHÉROT et J. TRÉMEAU

⁸⁸ La Conseil constitutionnel précise « que ces dispositions ne portent pas atteinte, par elles-mêmes, au principe d'égalité d'accès à la commande publique » mais il ajoute que « au demeurant, le I de l'article 3 de la loi déferée prévoit la possibilité, pour les petites et moyennes entreprises, de se grouper pour présenter une offre commune ; qu'il n'écarte pas la faculté pour l'État, maître de l'ouvrage, d'allotir le marché : que ne privant pas le titulaire du marché du droit de recourir à la sous-traitance, il permet aux petites et moyennes entreprises d'accéder par cette voie à la commande publique ». L'utilisation de l'expression « au demeurant » laisse entendre qu'au cas où « par elle-même » une loi serait susceptible de porter atteinte à l'égalité d'accès, ces éléments seraient pris en compte pour l'appréciation de cette atteinte. L'analyse du Conseil constitutionnel est par conséquent elle-aussi *in concreto* et l'on pourrait envisager que cela conduise à la reconnaissance de discriminations positives.

⁸⁹ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, *Relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques* dite « loi Sapin », *J.O.* du 30 janvier 1993

« délégations de service public ». Cette soumission à des procédures n'étant pas requise par le droit communautaire mais étant bien une initiative interne, le législateur a limité au maximum les contraintes pesant sur les cocontractants, tant que les objectifs de la loi – et notamment la lutte contre la corruption – semblaient pouvoir être atteints. Or, comment ne pas constater que ce « minimum » de procédures s'est traduit par la mise en place d'une publicité des futures délégations et plus précisément l'obligation d'un « avis d'appel à la concurrence » de la part de l'autorité délégante. Le choix qui a été fait est donc celui d'une procédure essentiellement fondée sur la publicité afin de répondre à l'objectif d'égalité d'accès à ces contrats, alors même que le choix final de la collectivité se fait sans que la procédure de sélection soit contraignante⁹⁰.

Outre le fait que le législateur lui-même faisait nettement le lien entre le principe d'égalité d'accès et la publicité, rappelons que le Conseil constitutionnel l'a exprimé de manière on ne peut plus claire dans sa décision du 20 janvier 1993⁹¹ en estimant « que la procédure de publicité préalable prévue à l'article 38 de la loi qui a précisément pour objet de favoriser un égal accès à l'octroi de délégations de service public n'est pas de nature à porter atteinte au principe d'égalité devant les charges publiques ».

c) Exemples de mise en œuvre dans le droit communautaire

827. Les procédures de publicité, qui sont la marque la plus essentielle du principe de l'égalité d'accès, se rencontrent aussi en droit communautaire. Elles font bien évidemment partie, et selon plusieurs modalités, de la panoplie des procédures dans le cadre de la passation des marchés ; elles sont même le centre de la procédure de passation des concessions de travaux publics de la directive 2004/18 comme elles l'étaient de la directive 93/37.

828. Dans le cadre des marchés publics, les différentes directives mettent en place des procédures de publicité au niveau communautaire⁹². Ces dernières comportent notamment deux étapes afin de renforcer l'effectivité de l'égalité d'accès aux marchés : d'abord un avis de pré-information qui est une forme de publicité de la future publicité, ensuite la publicité elle-même avec les éléments utiles afin de répondre effectivement à l'offre. Ces dispositions ont notamment été transposées en droit interne dans les actuels

⁹⁰ Cette procédure de simple publicité fondée sur la seule *égalité d'accès* doit elle-même respecter l'*égalité de traitement* durant la passation entre les candidats (*cf. infra*), que cela soit dans le cadre de l'admission à présenter une offre qui se fait par la commission de l'article L. 1411-5 pour les collectivités locales, pour les demandes des offres, pour l'analyse des offres par la même commission ou dans le cadre des négociations engagées par la collectivité ou l'État.

⁹¹ Décision n° 92-316 du 20 janvier 1993, rec. 1993 p. 14 ; *RFDA*, 1993 pp. 902-920, note D. POUYAUD intitulée « Concurrence, transparence et libre administration » ; *LPA*, 2 juin 1993, note B. MATHIEU et M. VERPEAUX ; *RFDC*, 1993 p. 375, note L. FAVOREU

⁹² *Cf.* notamment les articles 11 et suivants de la directive 93/37 du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux ; les articles 9 et suivants de la directive 93/36 du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fourniture ; et les articles 15 à 22 de la directive 92/50 du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services.

articles 39 et 40 du Code des marchés publics qui prévoient aussi bien la publicité interne que celle communautaire⁹³. À cela il faut ajouter les autres mesures spéciales de publicité, par exemple les « avis pour douze mois »⁹⁴ ou les modalités de publicité pour les marchés négociés ou restreints⁹⁵.

829. Pour ce qui est des concessions de travaux, elles ont été incluses dans le champ d'application de la directive⁹⁶, et soumises elles aussi au minimum de procédures possibles afin de mettre en œuvre le principe d'égalité d'accès, à savoir une partie des procédures de publicité prévues pour les marchés publics⁹⁷, et l'on a vu que les marchés de ces concessionnaires devaient eux-mêmes respecter ce minimum de publicité dans la mesure du possible⁹⁸.

D'autres dispositions issues des directives permettent de mettre en avant le souci d'une égalité d'accès aux marchés publics. Il en est notamment ainsi, *a contrario*, des dispositions permettant de ne pas respecter une égalité parfaite entre les candidats, par exemple en posant une restriction d'accès aux candidats n'ayant pas payé leurs cotisations sociales⁹⁹ ou à ceux ayant commis un délit ou une faute professionnelle grave¹⁰⁰. Si la

⁹³ L'avis de préinformation prévu par les directives communautaires a été à l'origine de développements contentieux à propos de son caractère obligatoire. L'arrêt CE 19 novembre 2003 *Ville de Nîmes c/ Sté Dalkia France*, req. n° 257100 a d'abord estimé que l'annulation de l'article 39 par l'arrêt CE du 28 avril 2003 *Syndicat national des pharmaciens praticiens hospitaliers*, req. n° 237717 n'avait été que partielle. De plus, ce qui va parfaitement dans le sens d'une reconnaissance de l'égalité d'accès à la commande publique comme un principe général, le Conseil d'État précise que : « *L'envoi d'un avis de préinformation pour les marchés entrant dans les prévisions du I de l'article 39 [...] constitue [...] une obligation générale à laquelle sont soumis ces marchés* » et que « *ces dispositions, en tant qu'elles renforcent les règles de publicité [...] contribuent aux objectifs de cette directive [du 18 juin 1992]* », le Commissaire du gouvernement G. LE CHATELIER insistant par ailleurs sur ce caractère obligatoire (cf. *MBTP* du 12 décembre 2003, supplément détachable). Pourtant, cette position n'étant pas celle de la Cour de justice des communautés européennes telle qu'elle est précisée dans l'arrêt du 26 septembre 2000 *Commission c/ France, Région Nord-Pas-de-Calais et département du Nord*, aff. C-225/98, rec. 2000, p. I-7445 ; le Code des marchés publics de 2004 revient sur la jurisprudence du Conseil d'État et précise aujourd'hui que « *L'envoi de cet avis n'est obligatoire que lorsque la personne responsable du marché a recours à la faculté de réduire le délai de réception des offres conformément aux articles 57 II, 62 II et 65* ». Sur la situation avant le code de 2004, cf. S. DELUZ, « Du caractère obligatoire ou facultatif de la préinformation », *MBTB*, 12 décembre 2003 pp. 88-89

⁹⁴ Cf. art. 40-I al. 2 du Code des marchés publics.

⁹⁵ Cf. par exemple l'article 12 de la directive 93/37 du 14 juin 1993 *portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux*

⁹⁶ Cf. l'exposé des motifs de la directive 93/37 du 14 juin 1993 *portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux* qui précise que « *considérant que, compte tenu de l'importance croissante des concessions dans les travaux publics et de leur nature spécifique, il est opportun d'inclure dans la présente directive des règles de publicité en la matière* ».

⁹⁷ L'article 3-1 de la directive 93/37 dispose que : « *Dans le cas où les pouvoirs adjudicateurs concluent un contrat de concession de travaux publics, les règles de publicité définies à l'article 11 paragraphes 3, 6, 7 et 9 à 13 et à l'article 15 sont applicables à ce contrat lorsque sa valeur égale ou dépasse 5 000 000 d'euros* »

⁹⁸ Articles 3-3 et 3-4 de la directive 93/37, prescrivant cette procédure aussi bien lorsque le concessionnaire est un pouvoir adjudicateur que quand il n'en est pas un.

⁹⁹ « *qui n'est pas en règle avec ses obligations relatives au paiement des cotisations sociales selon les dispositions légales du pays où il est établi ou celles du pays du pouvoir adjudicateur* » Article 20 point e) de la directive 93/36/CEE, article 24, point e), de la directive 93/37/CEE, auxquels fait référence l'article 31, paragraphe 2, de la directive 93/38/CEE, et l'article 29, point e) de la directive 92/50/CEE.

Commission met en avant ces exceptions, c'est bien qu'elle entend qu'en dehors de ces cas une stricte égalité d'accès soit respectée entre les soumissionnaires.

830. Dans le cadre d'une notion juridique de commande publique, le *principe de l'égalité d'accès* peut assurément être généralisé à l'ensemble des contrats relevant de la notion. De la même manière qu'il fonde aujourd'hui l'existence des procédures et le contenu même d'une partie d'entre elles, il pourra justifier non seulement les cas dans lesquels l'ensemble du droit de la commande publique sera soumis à des procédures, mais aussi, au contentieux, être le moyen qui servira à de fondement direct à la sanction d'un contrat « de la commande publique » ou ses actes détachables.

2) Un principe d'ores et déjà d'effet direct

831. Le principe d'égalité d'accès à la commande publique ne se contente pas de justifier l'existence de procédures et de fonder certaines d'entre elles, il reste un principe reconnu en lui-même et pouvant, à lui seul, fonder des solutions en droit. On peut ainsi lui reconnaître un double rôle, d'une part en matière de sanction directe des actes détachables ou du contrat lui-même (a), d'autre part en matière de sanction ou d'interprétation des textes imposant les procédures (b).

a) *Égalité et sanction directe de la procédure de passation*

832. Le recours contre les actes détachables du contrat – ou contre le contrat lui-même lorsque cela est possible¹⁰¹ – peut bien entendu être fondé sur les *illégalités de la procédure* de passation. La plupart du temps, c'est l'absence d'une formalité substantielle qui ouvre droit à une annulation. Pourtant, *lorsqu'il n'y a pas de procédure obligatoire* ou lorsque ces procédures ne permettent pas l'annulation recherchée, les requérants peuvent invoquer *directement* les principes du droit de la commande publique dont fait partie le principe de l'égalité d'accès.

Ce moyen est voué à se développer dans le cadre d'une notion large de « commande publique » puisque, si une partie des contrats que regroupera cette

¹⁰⁰ Exclusion d'un soumissionnaire « qui a fait l'objet d'une condamnation prononcée par un jugement ayant autorité de la chose jugée pour tout délit affectant sa moralité professionnelle » ou « qui, en matière professionnelle, a commis une faute grave constatée par tout moyen dont les pouvoirs adjudicateurs pourront justifier ». Article 20, points c) et d) de la directive 93/36/CEE, article 24, points c) et d) de la directive 93/37/CEE, auxquels fait référence l'article 31, paragraphe 2, de la directive 93/38/CEE, et l'article 29, points c) et d) de la directive 92/50/CEE. Cf. aussi *Communication interprétative de la Commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des aspects sociaux dans lesdits marchés* (2001/C 333/08) COM(2001) 566 final, JOCE du 28/11/2001

¹⁰¹ Sur ce point, on ne saurait se faire une opinion sans référence à la thèse de D. POUYAUD, *La nullité des contrats administratifs*, Préf. de P. WEIL, LGDJ coll. *Bibliothèque de droit public*, Tome 158, 1991 et ses suites, notamment D. POUYAUD, note sous CE 27 novembre 1996, *Cne de Moulin c/ Mme Henriques*, RFDA, 1997, n° 2 p. 335.

qualification juridique n'est pour l'heure soumise à aucune procédure formalisée, leur inclusion dans cette catégorie juridique les soumettra expressément – même s'ils le sont à notre avis déjà de manière non formelle – aux principes de la commande publique. Par ailleurs, dans le cadre des contrats soumis à des procédures obligatoires, rien n'empêche de soulever devant le juge une atteinte aux principes de la commande publique, en complément ou en remplacement de moyens fondés sur le non-respect de la procédure.

La jurisprudence a d'ores et déjà accepté les moyens fondés sur les principes, tant dans le cadre des marchés publics que dans celui des délégations de service public. Les référés précontractuels¹⁰² sont notamment source d'un contentieux intéressant à cet égard. Une ordonnance du Tribunal administratif de Besançon de 1994¹⁰³ considère ainsi que s'il y a référence à une norme technique dans le règlement d'appel d'offres, mais que l'entreprise choisie n'est pas titulaire de la qualification en cause, alors que certains des requérants évincés le sont, la commission qui a fait le choix « a violé le principe d'égalité entre les candidats à un appel d'offres ». Le Conseil d'État¹⁰⁴ a pour sa part estimé qu'une entreprise ayant participé à un marché conclu pour assister un responsable public de projet informatique, et ainsi participé à la définition des besoins, pouvait éventuellement, si la quantité et la qualité des informations qu'elle avait pu collecter durant cette première phase était faible, participer à l'appel d'offres du marché définitif sans « porter atteinte à l'égalité de traitement entre les candidats ». Si le Conseil d'État utilise ici le terme d'*égalité de traitement*, c'est vraisemblablement au sens communautaire puisqu'il s'agit clairement d'une atteinte à l'égalité d'accès au marché¹⁰⁵. Remarquons que si ces solutions paraissent logiques, elles démontrent une conception large du texte même de l'article L. 551-1 du Code de justice administrative. Celui-ci dispose en effet que le juge des référés¹⁰⁶ est saisi des « manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence », ce qui pourrait laisser à penser que le juge ne devrait se référer qu'aux procédures de passation, qui sont la forme que prennent les « obligations » de publicité et de mise en concurrence. Le Conseil d'État estime de manière plus large que les « principes » comme l'égalité d'accès font partie de ces « obligations », solution à laquelle on ne peut qu'adhérer et qui va dans le sens de l'efficacité contentieuse des principes de la commande publique.

833. Pour ce qui concerne les délégations de service public, l'ordonnance prise à la suite d'un référé précontractuel par le tribunal administratif de Paris dans l'affaire du Stade de France¹⁰⁷ doit aussi être comprise comme ouvrant la possibilité de sanctionner la

¹⁰² Issus des anciens articles L. 22 et L. 23 du code des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel, devenus L. 551-1 et L. 551-2 du Code de justice administrative.

¹⁰³ TA Besançon, 14 avril 1994, *Groupement d'entreprises Bigoni-SMBTP-Livera c/ Syndicat intercommunal des eaux de Champagne*, RFDA 1994 pp. 747-755, concl. F. MALLOL

¹⁰⁴ CE 29 juillet 1998, *Garde des sceaux, Ministre de la Justice c/ Sté Génicorp*, req. n° 177952, *Dr. Adm.* 1998, n° 304, obs. DELELIS ; *BJCP* n° 1, 1998 p. 104, brèves par CH. MAUGÜÉ et R. SCHWARTZ

¹⁰⁵ Les visas ne contiennent aucun texte régissant la commande publique, ni internes ni communautaires.

¹⁰⁶ Pour cet article le « président du tribunal administratif, ou le magistrat qu'il délègue »

¹⁰⁷ Ordonnance du président du Tribunal Administratif de Paris, 2 novembre 1994, *Groupement des sociétés Eiffage, SPIE Batignolles, Fongerolle, SPIE Citra*, *AJDA*, 1995, pp. 147-153, note Ch. BRÉCHON-MOULÈNES

passation du contrat pour « *non-respect de l'égal accès des intéressés à l'octroi de la délégation* ». Si en l'espèce la solution du tribunal administratif n'a pas été dans ce sens, c'est bien la reconnaissance d'un principe directement sanctionnable qu'opère cette ordonnance.

834. En dehors des référés, on retrouve des références à l'égalité d'accès, plus ou moins présentée comme principe, dans d'autres jurisprudences. Ainsi, dans un arrêt du 27 juillet 2001 *CAMIF*, le Conseil d'État¹⁰⁸ analyse le décret attaqué en considération des « exigences de l'égal accès aux marchés publics ». Certes, la portée de cet arrêt est limitée dans la mesure où l'égalité d'accès n'est pas posée comme un principe et où, on le constate à la lecture de l'arrêt, l'égal accès n'est en l'espèce considérée que comme une exigence liée au principe de la libre concurrence issue du droit communautaire¹⁰⁹. Pourtant, cet arrêt montre que le juge administratif n'est en rien opposé à l'utilisation d'un principe d'égal accès comme moyen de sanction directe d'une procédure.

Le principe de *l'égal accès à la commande publique*, sans être actuellement reconnu par le juge administratif comme un principe à part entière, devrait, à la suite de sa reconnaissance par le Conseil constitutionnel, permettre une sanction des contrats ou de leurs actes détachables sans qu'il y ait non-respect d'une procédure formelle. Cette sanction « directe » des actes détachables du contrat fondé sur une atteinte au principe par le commanditaire permettrait d'éviter d'atteindre « l'objectif » d'égalité en développant les procédures lourdes. Il reste que son rôle ne se limitera pas à cela, il permettra aussi une sanction ou une interprétation des textes mettant en place des procédures.

b) Égalité et sanction ou interprétation des textes mettant en place des procédures.

835. Les procédures de passation des marchés doivent respecter l'égalité d'accès, ce qui est spécialement utile pour les cas où aucune procédure n'est définie par les lois et règlements ; mais l'égalité d'accès doit avant tout être respectée par les textes mettant en place des procédures. Plus encore, l'égalité d'accès permet de servir de grille d'interprétation à ces textes, comme elle devrait – ou qu'elle a – servi de grille à leur rédaction.

836. Pour ce qui concerne le rôle de l'égalité d'accès dans la sanction, par le juge, des textes mettant en place des procédures de passation, l'intérêt est évidemment de servir la cohérence textuelle du droit de la commande publique. La valeur constitutionnelle du principe permet ainsi de sanctionner aussi bien des textes législatifs lorsque la loi est transmise au Conseil constitutionnel que des actes administratifs devant le juge administratif. Cette volonté de sanctionner directement des textes sur le fondement de ce principe, si elle n'est pas courante, est notamment advenue avec l'arrêt *M. Guivarc'h* du

¹⁰⁸ CE 27 juillet 2001, *Coopérative de consommation des adhérents de la mutuelle assurance des instituteurs de France (CAMIF)* ; req. n° 218067, *BJCP*, 2001, pp. 497-511, concl. C. BERGÉAL, obs. R.S. ; *Contrats et marchés publics*, octobre 2001, pp. 4-9, chr. F. LLORENS ; *Europe*, février 2002, comm. P. CASSIA, n° 60.

¹⁰⁹ L'arrêt utilise de surcroît sur le texte de l'article 90 du Traité CEE (devenu 86 du Traité CE) pour fonder textuellement l'existence de ces « exigences de l'égal accès ».

5 septembre 2001¹¹⁰. Dans cette espèce, le Conseil d'État a estimé que le décret précisant les conditions dans lesquelles les établissements publics à caractère scientifique et technologique ou d'enseignement supérieur pouvaient fournir des moyens de fonctionnement à des entreprises ou des particuliers – ce qui s'analyse comme des marchés publics – n'était pas contraire au « principe d'égalité de traitement ». Les moyens invoqués étant tirés du droit communautaire, il s'agit en réalité ici d'une atteinte à l'égalité d'accès¹¹¹, cette dernière étant par conséquent étendue au bénéfice des personnes publiques. L'arrêt a donc conclu que le décret n'était pas en contradiction avec le principe d'égalité d'accès, les personnes publiques n'ayant aucune raison, par leur nature, de se voir interdire la réalisation de prestations de services.

837. Le second rôle du principe d'égalité d'accès est l'interprétation des dispositions textuelles, par le juge ou par les administrateurs eux-mêmes. Ce que l'on peut appeler la « conciliation » des textes avec les principes généraux est même un des fondements du droit administratif français puisque c'est dans un arrêt *Dugave et Bransiet c/ Commune de Caluire, le département du Rhône et l'État* du 8 février 1873 que le Tribunal des conflits a considéré qu'« *il y a lieu d'interpréter et d'appliquer, en les conciliant avec les principes généraux du droit, ces lois ou ces règlements* »¹¹². On remarquera avec intérêt et plaisir que cet arrêt a été pris à la même date que l'arrêt *Blanco* qui contient lui aussi le verbe « concilier »¹¹³ ; le droit administratif serait-il un droit de la conciliation ? Pour ce qui est de la conciliation du principe d'égalité d'accès avec les textes, on peut facilement comprendre que le principe qui transcende un texte soit aussi recherché lors de l'interprétation de ce texte. Il s'agit là en quelque sorte une interprétation téléologique extrême puisque le principe va être recherché alors que ce n'est pas forcément lui qui aura fondé l'intention du pouvoir réglementaire ou du législateur.

838. Pour ce qui est de la référence au principe « *d'égalité d'accès à la commande publique* », on en a vu une application comme source d'interprétation d'un texte dans l'arrêt

¹¹⁰ CE Sect. 5 septembre 2001, *M. Guivarc'h*, req. 225473. Cet arrêt est inédit au recueil Lebon mais figure deux fois sur le site *Légifrance* : une fois sous son véritable nom et indiqué comme publié au Lebon, et l'autre fois de manière anonyme et indiqué comme inédit au Lebon. Le requérant voudra bien nous pardonner de mettre ici son patronyme, le publiciste y est habitué et désincarne l'arrêt tout en rendant hommage à celui qui a bien voulu faire avancer sa science.

¹¹¹ On a vu qu'en droit communautaire, l'égalité de traitement comprenait aussi bien ce que le droit interne appelle l'égalité de traitement [sous-entendu des offres] que l'égalité d'accès.

¹¹² TC 8 février 1873 *Dugave et Bransiet c/ Commune de Caluire, le département du Rhône et l'État*, rec. 1^{er} suppl. p. 70, Spé. 75. « *que ce sont aussi des lois spéciales et des règlements administratifs qui déterminent la distribution des pouvoirs et des attributions, l'organisation et la répartition des services, la hiérarchie, le contrôle et la surveillance des fonctionnaires, des agents ou des employés, et que, pour reconnaître dans quels cas l'État peut être déclaré responsable et quelle est la mesure de sa responsabilité, il y a lieu d'interpréter et d'appliquer, en les conciliant avec les principes généraux du droit, ces lois ou ces règlements, et de les contrôler, au point de vue de la responsabilité générale de la nation, les actes des autorités diverses sous la direction desquelles les services publics sont placés ;* »

¹¹³ TC 8 février 1873, *Blanco*, rec. 1^{er} suppl. p. 61, *GAJA*, n° 1 : « *Que cette responsabilité n'est ni générale, ni absolue ; qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits privés* ».

du Conseil d'État *SMITOM* du 30 juin 1999¹¹⁴. Il s'agissait en l'espèce de savoir si la personne publique pouvait, ou non, choisir librement le nombre des personnes admises à concourir à une délégation de service public après avoir reçu les réponses à l'avis d'appel public à la concurrence. Le syndicat mixte avait en effet choisi quatre candidats alors que l'avis d'appel d'offres ne faisait pas référence à un nombre limité de candidats. Le Conseil d'État a substitué les motifs de l'ordonnance L. 22 attaquée et rejeté la requête en estimant que le texte de l'article L. 1411-1 du CGCT ne permettait pas une présélection des candidats qui répondaient aux critères posés par l'avis d'appel public. Si l'arrêt n'utilise pas le terme d'égalité d'accès à l'octroi de la délégation, les conclusions du commissaire du gouvernement C. BERGEAL montrent que c'est bien ce principe qui a fondé l'interprétation du texte, et ce, alors même que les travaux parlementaires montrent clairement que l'intention du législateur était de laisser plus de latitude à la personne publique passant le marché¹¹⁵. En se fondant sur la théorie de l'interprétation du président R. ODENT, le commissaire considère que le texte du décret n'est pas « clair »¹¹⁶ et qu'il ne faut donc pas se fonder sur lui mais plutôt sur son esprit ; elle va au contraire rechercher l'esprit du texte, esprit qu'elle va trouver non dans les travaux parlementaires qui sont « *trop loin de la disposition à appliquer* », mais dans une solution médiane qui correspond justement à l'application du principe d'égalité d'accès.

839. Conclusion du paragraphe : Comme le rappelle le Conseil d'État dans son rapport de 1996, Aristote disait que « *le juste est ce qui est conforme à la loi et ce qui respecte le principe d'égalité* »¹¹⁷. Il n'est pas exagéré nous semble-t-il de rapprocher les rôles du principe d'égalité d'accès avec cette réflexion de l'auteur de *l'Éthique à Nicomaque* : c'est lui qui fonde les textes et qui en détermine en partie le sens – et en cela il contribue au « juste » – mais c'est aussi ce principe même qu'il convient d'appliquer, non seulement quand il n'y a pas de textes mais aussi quand le texte lui-même ne respecte pas le principe.

¹¹⁴ CE 30 juin 1999, *SMITOM* (*syndicat mixte du traitement des ordures ménagères centre-ouest seine-et-marnais*) ; rec. p. 229 ; req. n° 198147 ; *Dr. Adm.* 1999, n° 246 ; *AJDA*, 1999, p. 714, concl. C. BERGEAL, note J.-M. PEYRICAL ; *CJEG*, 1999 p. 344, concl. C. BERGEAL ; *RFDA.*, 1999, p. 1147, note L. VIDAL ; *LPA*, 28 févr. 2000 p. 10, note C. BOITEAU

¹¹⁵ Cf. notamment *AJDA* 1999 p. 720

¹¹⁶ R. ODENT, *Contentieux administratif*, 6^e ed. 1977-1981, *Les cours du Droit*, Mme BERGEAL cite les pp. 444 et 445, on peut y ajouter les pages 449 à 470 dans lesquelles le Président R. ODENT précise les méthodes d'interprétation des textes « obscurs », dont, p. 452 à 458 la référence aux « principes du droit ». Il y précise que « *la logique juridique veut que le texte [...] s'insère aussi harmonieusement que possible dans un ensemble juridique [...] le législateur [...] doit être réputé avoir voulu respecter les principes du droit [...]* »

¹¹⁷ *EDCE* 1996 *Sur le principe d'égalité*, pp. 84-85. Aristote donne deux conditions de l'équité – qui correspond à ce que l'on appelle aujourd'hui *l'égalité devant la loi* – : une condition procédurale de respect des actes de l'autorité publique et une condition d'égalité comme principe applicable à tous, non seulement sans loi mais éventuellement contre la loi, contre son caractère fictivement universel.

§ 2^e : Le principe « d'égalité de traitement durant la passation »

840. Le principe *d'égalité d'accès à la commande publique* contraint les personnes devant passer un contrat de la commande publique à permettre à tous les opérateurs susceptibles de vouloir répondre à l'appel d'offres de pouvoir le faire. Ce principe s'applique donc en amont de la véritable procédure de sélection des candidats. *L'égalité* – au sens juridique le plus large – ne joue pourtant pas seulement un rôle en amont, il a aussi une influence tout au long de la phase de sélection des candidats, voire tout au long de la vie du contrat. Il s'agit alors d'une autre forme d'égalité : celle que l'on qualifiera « *d'égalité de traitement* »¹¹⁸ et qui consiste à traiter de la même manière ceux qui entendent répondre à un marché public.

Si *l'égalité d'accès* justifie clairement l'existence des procédures de passation, le rôle de *l'égalité de traitement des candidats* dans cette justification de l'existence des procédures de la commande publique est moins facile à démontrer. On peut en effet parfaitement envisager que les personnes passant un contrat de commande publique respectent l'égalité entre les candidats alors qu'aucune formalité de passation n'est imposée, et l'on pourrait laisser le juge sanctionner les inégalités sans qu'existent des procédures. Pour autant, sans imposer formellement des procédures de passation, *l'égalité de traitement des candidats* va imposer que l'on prouve que le choix du candidat n'a pas été effectué dans des conditions discriminatoires, ce qui conduit nécessairement à la mise en place de procédures de passation afin de constituer ces preuves. De plus, le formalisme protecteur de toute activité administrative¹¹⁹ conduit logiquement à rendre ces procédures inévitables en pratique, ce qui participe à leur caractère obligatoire en droit.

L'égalité de traitement s'est vue reconnaître une valeur de principe depuis plus longtemps que l'égalité d'accès, mais ce principe a récemment été étendu, aussi bien dans le cadre du droit interne dans lequel il bénéficie d'une valeur juridique plus importante que dans le cadre du droit communautaire qui l'a découvert. (A). La mise en œuvre de ce principe dans le cadre du choix initial du cocontractant de « l'administration » trouve de plus des prolongements durant la vie du contrat (B).

¹¹⁸ Il s'agit ici d'une « égalité de traitement » au sens que lui donne le droit français et non au sens que l'on rencontre en droit communautaire, cette dernière regroupant comme on l'a vu à la fois égalité d'accès et l'égalité de traitement dans le sens que l'on vient d'exposer. *Cf. supra*

¹¹⁹ Cette tendance lourde à privilégier le formalisme est une constante de l'administration analysée par les plus grands auteurs de science administrative. On peut se référer à J. CHEVALLIER, *Science administrative*, 3^e ed. refondue, 2002, PUF coll. *Thémis science politique*, 633 pp. spé. p. 346 ; ainsi qu'à J.-M. AUBY et *Alii*, *Traité de science administrative*, Paris / La Haye, Mouton & Co ed., 1966, 901 pp. spé. p. 857 qui en traite à l'occasion d'une analyse de l'arbitraire et constate que « *le formalisme de l'administration fait partie de son système, il y a des rites, des coutumes à respecter, des traditions qui échappent aux non-initiés* ».

A) Une reconnaissance généralisée de l'égalité de traitement des candidats.

841. L'égalité de traitement est avant tout une expression du principe général d'égalité. Il en est même l'expression la plus immédiatement compréhensible dans le cadre de la commande publique. C'est ainsi qu'on en retrouve des applications aujourd'hui dans le cadre de l'ensemble des contrats de la commande publique mais aussi dans les textes antérieurs au code de 1964. Tous ces exemples sont guidés par la même idée : les candidats à un contrat de la commande publique – notamment ceux à un marché public ou une délégation de service public – doivent être mis dans les mêmes conditions générales afin de pouvoir remporter le contrat. Cela n'empêche pas que les différences de situations permettent un choix comprenant une part de subjectivité, mais il faut que ces différences n'apparaissent pas comme des inégalités. On pourrait presque dire que la personne passant un contrat de la commande publique ne doit pas imposer l'égalité entre les candidats, elle doit éviter les inégalités dans son choix.

Comme corollaire du principe général d'égalité, l'égalité de traitement a été reconnue comme un principe par les autorités internes (1) ; elle l'a de plus été au niveau communautaire (2).

1) La reconnaissance en droit interne

842. Le principe de l'égalité de traitement des candidats trouve plusieurs sources : d'abord des sources textuelles, ensuite des sources jurisprudentielles qui, étonnamment, ne sont pas fondées sur les textes précités.

a) Reconnaissance par le droit écrit

843. Le Code des marchés publics de 2004 reconnaît un « *principe d'égalité de traitement des candidats* » dès son premier article dont le titre est « *champ d'application et principes fondamentaux* ». Cette disposition apparaît comme directement issue de l'article 47 du Code des marchés publics tel qu'il résulte du décret n° 92-1310 du 15 décembre 1992¹²⁰. À l'inverse de ce qui prévalait pour l'égalité d'accès on remarque que le texte ne fait que confirmer la reconnaissance d'un principe qui était reconnu bien avant. Cette reconnaissance par les textes n'est par ailleurs pas limitée aux marchés publics puisqu'un

¹²⁰ Article 47 du Code des marchés publics issu du décret n° 92-1310 du 15 décembre 1992 (« *Sous réserve des dispositions [...], les entrepreneurs ou fournisseurs peuvent librement se porter candidats aux marchés publics. Sous réserve des dispositions [...], ils bénéficient d'une égalité de traitement dans l'examen de leurs candidatures ou de leurs offres* »). Cet article traitait à l'origine de la sous-traitance dans les marchés publics mais avait été rendu inutile par la loi de 75-1334 du 31 décembre 1975 *relative à la sous-traitance* (Dalloz et BLD 1976 p. 64).

des décrets d'application de la loi Sapin¹²¹ prévoit expressément que « *les candidats [à une délégation de service public] bénéficient d'une égalité de traitement dans l'examen de leurs candidatures ou de leurs offres* ». Si ces deux textes ont valeur réglementaire, on peut pourtant estimer qu'ils reconnaissent ou transcrivent un principe applicable non seulement aux contrats qu'ils régissent mais aussi à l'ensemble des contrats de la commande publique. Le fait que les deux textes datent des années 1992 et 1993, donc à des dates auxquelles les directives communautaires subissaient leurs premières « codification » pour former un ensemble plus large que le droit des marchés publics, prémisse de l'idée de commande publique, va dans le sens de cette vision élargie d'un principe d'égalité de traitement.

844. À cette reconnaissance écrite explicite, il faut ajouter d'autres manifestations du principe d'égalité de traitement que certains textes appellent « impartialité ». Ce principe qui connaît un très fort développement et une actualité importante en matière de contentieux¹²² trouve une expression légèrement différente en notre matière. On la retrouve principalement dans l'article 1^{er} de la loi du 3 janvier 1991 transposant les directives communautaires, notamment telle qu'elle a été modifiée par la loi Sapin du 29 janvier 1993¹²³. Ces textes mettent en place un contrôle de la mission interministérielle d'enquête sur les marchés publics et les délégations de service public, notamment au regard des « *conditions de régularité et d'impartialité dans lesquelles sont préparés, passés ou exécutés les marchés et les conventions de délégation de service public [...]* ». Au sens de cette disposition, l'impartialité signifie donc notamment que l'autorité chargée du choix du cocontractant ne doit pas favoriser l'un des candidats pour des raisons autres que celles fixées par avance ou qui sont extérieures aux objectifs du contrat. L'impartialité a par conséquent, dans le cadre de cette disposition, un sens parfaitement équivalent à celui « d'égalité de traitement des candidats ».

b) Reconnaissance par le droit jurisprudentiel

845. Différentes jurisprudences sont venues encore élargir mais aussi renforcer la valeur de ce principe. Le juge administratif a reconnu dans l'égalité de traitement une « règle essentielle » bien avant le premier Code des marchés publics, notamment par un

¹²¹ Décret n° 93-584 du 26 mars 1993 *relatif aux contrats visés au I de l'article 48 de la loi 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*. J.O. du 28 mars 1993 ; la citation est issue de son article 4.

¹²² On se référera à la thèse à venir de J.-G. SORBARA, *L'impartialité du juge administratif*, sous la direction de M. VERPEAUX pour des développements complets sur ce sujet, notamment sur l'ancienneté et la spécificité de l'impartialité du Conseil d'État et les interactions entre cette approche et celle de la Cour européenne des droits de l'homme.

¹²³ Il s'agit de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 *relative à la transparence et la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence*, modifiée par l'article 49 de la loi 93-122 du 29 janvier 1993 *relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*. On notera encore une fois que les deux lois en question datent du début des années 1990, époque à laquelle les auteurs de ces réglementations – sous l'influence du Conseil d'État ou de la Commission centrale des marchés vraisemblablement – on ressenti le besoin de donner des principes et de la cohérence à l'ensemble de la matière.

arrêt *Dame Veuve Gautron* du 25 juillet 1939¹²⁴. La qualité de « principe juridique » et notamment de principe général du droit de l'égalité de traitement des candidats n'a pour sa part été reconnue qu'au milieu des années 1980 par deux arrêts. Le premier a été rendu par le Conseil d'État le 7 novembre 1986 sur une requête de la *Ville de Toulouse*¹²⁵. Les juges ont estimé que le cahier des clauses administratives particulières dont une des dispositions était contestée avait bien, contrairement à ce qui était allégué par le requérant, mis les groupements d'entreprises candidats à un marché sous forme de concours dans une situation d'égalité. La Haute juridiction a ensuite confirmé cette jurisprudence à propos d'un marché plus classique – il ne s'agissait plus d'un concours – dans un arrêt du 13 mai 1987 *Société Wanner Isofi Isolation*¹²⁶. La personne responsable du marché avait en l'espèce écarté un concurrent au motif que le chiffre d'affaire de la société était trop important. Le Conseil d'État a estimé que, même fondée sur une circulaire ministérielle et justifiée par la défense des PME, cette exclusion portait « une atteinte injustifiée à l'égalité de traitement qui doit être assurée entre les entreprises candidates à la présentation d'une offre ». La rédaction de ces arrêts permet de penser que le Conseil d'État a effectivement voulu reconnaître dans ces deux occasions un *principe général du droit*, même si le terme de « principe » n'est pas employé dans ces décisions. On peut notamment remarquer qu'aucun texte fondant le principe n'est cité, ni dans les visas, ni dans le corps du texte¹²⁷ et que les PGD sont normalement des principes sans texte¹²⁸. Deux interrogations se posent toutefois : d'abord celle de savoir pourquoi la Haute juridiction n'a pas fait appel au principe général d'égalité présent dans les textes constitutionnels alors qu'elle aurait pu le faire¹²⁹. Ensuite, il restait que la valeur juridique reconnue à la jurisprudence ouvrait la possibilité pour le *législateur* de revenir de façon très générale sur ce principe d'égalité en raison de sa « valeur *infralégislative et supra-décrétale* ». Le Conseil constitutionnel a résolu ces deux difficultés.

¹²⁴ CE 25 juillet 1939 *Dame Veuve Gautron*, rec. p. 529, spé. son 3^e considérant dans lequel le Conseil d'État précise « qu'aucune modification [au traité de concession de pompes funèbres] ne peut, sans enfreindre le règle essentielle de l'égalité des concurrents, être apportée aux soumissions déposées ». On remarquera que la Haute juridiction ne parle alors que de *règle essentielle* et non de principe et que ce n'est pas l'égalité des candidats qui est en cause mais l'égalité des *concurrents*.

¹²⁵ CE 7 novembre 1986, *Ville de Toulouse*, req. 55131, rec. T. p. 608 ; *Marchés publics*, janvier 1988, n° 231, pp. 29-32, arrêt et conclusions M. FORNACCIARI. « Ainsi, la clause dont il s'agit n'a pas porté une atteinte illégale à l'égalité des candidats aux concours ».

¹²⁶ CE 13 mai 1987 *Société Wanner Isofi Isolation*, rec. p. 171, *Dalloz*, 1987, somm. p. 431, obs. PH. TERNEYRE ; JCP 1987, IV p. 26. Le professeur PH. TERNEYRE estime qu'un arrêt qui « fait primer les principes libéraux sur ceux, même légitimes, de l'interventionnisme économique [...] méritait mieux qu'une simple mention dans les tables du Recueil Lebon. »

¹²⁷ Rappelons que le code des marchés publics visé ne contient pas encore l'article 47 précité puisque ce dernier date de 1992.

¹²⁸ Cf. B. GENEVOIS, « Principes généraux du droit » *Encyclopédie Dalloz – Contentieux administratif*, octobre 2000, n° 35 et 36. L'auteur précise que si les PGD sont « inséparables de [la notion] de source non écrite de la légalité [...] Ce caractère doit pourtant se concilier avec le fait que le principe général du droit est déduit par le juge du droit existant ».

¹²⁹ Au moins dans le cadre des marchés publics au sens du Code interne puisqu'il est réglementaire et qu'il n'y a donc pas, en tout état de cause, de loi-écran.

846. Dans une décision n° 2001-452 DC du 6 décembre 2001¹³⁰ concernant la loi MURCEF, le Conseil constitutionnel semble admettre l'existence du principe d'égalité de traitement des candidats pour la première fois, reconnaissance qu'il prolongera ensuite dans une décision n° 2003-473 du 26 juin 2003¹³¹. Dans ces deux décisions, le raisonnement du Conseil est similaire sur plusieurs points. Ils se réfèrent en effet, en le citant, à l'article 1^{er} du Code des marchés publics de 2001¹³² et précisent que ce code ne fait que « rappeler » des principes qui préexistent, et notamment pour ce qui concerne le principe d'égalité, dans l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789¹³³.

Le fait que le Code des marchés publics « rappelle » les dispositions de l'article 6 est symbolique de ce que l'on peut appeler « l'élévation » des principes du code. La formulation de l'arrêt ne signifie pas, nous semble-t-il, que l'article 1^{er} du Code des marchés publics est constitutionnalisé, mais bien que les principes qui y sont inscrits soient une « reprise », un « rappel » plus précis du principe d'égalité devant la loi. Le fait que le Conseil constitutionnel n'ait pas dit que ces principes sont une « mise en œuvre » du principe d'égalité mais bien un « rappel » montre sa volonté de reconnaître à un niveau constitutionnel les principes « corollaires » à l'égalité qui sont dans le code et non de considérer qu'ils doivent rester à un simple niveau réglementaire. Cela a pour conséquence qu'une modification du Code des marchés pourrait revenir formellement sur cet article 1^{er} et ne pas reprendre ce principe, mais qu'en aucun cas, ni un nouveau texte réglementaire ni une nouvelle loi ne pourraient poser des principes inverses à ceux-là, ni même simplement éviter de les respecter.

847. Il reste le point de différence entre les deux décisions que l'on retrouve au 18^e considérant de la décision 2003-473 DC. Ce point reconnaît l'existence « *d'exigences constitutionnelles inhérentes à l'égalité devant la commande publique* ». S'il semble que cette égalité renvoie plus à l'égalité d'accès à la commande publique, on peut émettre l'hypothèse que cette égalité *devant* la commande publique regroupe à la fois l'égalité d'accès et l'égalité de traitement des candidats¹³⁴. Si cette deuxième vision reste nous semble-t-il contestable, elle pourrait malgré tout rapprocher les principes internes et communautaires.

¹³⁰ Décision n° 2001-452 DC du 6 décembre 2001 *Loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (MURCEF)*, rec. pp. 156-161 ; J.O. du 12 décembre 2001, p. 19712 ; notamment dans ses considérants 2 à 7

¹³¹ Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, notamment dans ses 10^e et 18^e considérants, précitée note 23

¹³² Celui qui était alors en vigueur

¹³³ Cet article fonde l'égalité devant la loi (« *La loi est l'expression de la volonté générale. [...] Tous les citoyens sont égaux à ses yeux [...]* ».) Pour être plus précis, seule la décision 473 DC fait référence à l'article 6 de la DDHC, la décision 452 DC se contentant de ne citer cet article que dans son rappel des moyens du recours au 3^e considérant et de rappeler les limites du « principe d'égalité » (le traitement différencié de situations différentes et les dérogations pour motif d'intérêt général) au 5^e considérant.

¹³⁴ Cf. *infra* à propos de l'égalité d'accès et de sa reconnaissance par cette décision

2) La reconnaissance en droit communautaire

848. Le *principe d'égalité de traitement* est un principe reconnu par le droit communautaire¹³⁵. Il est même, on l'a dit, la principale expression communautaire du principe d'égalité, tout simplement parce qu'il en est l'expression en matière économique et que les compétences de l'Union étaient principalement économiques¹³⁶. Cette définition large du *principe d'égalité de traitement* lui permet d'avoir pour conséquences non seulement d'obliger les pouvoirs adjudicateurs et entités adjudicatrices à respecter une *égalité d'accès* à la commande publique, mais aussi à respecter une *égalité de traitement des candidats*. L'égalité de traitement « des candidats » du droit interne est par conséquent reconnue, indirectement, par les Traités.

849. Peut-être est-il alors possible de considérer comme synonymes l'égalité de traitement en droit communautaire et l'égalité *devant* la commande publique telle qu'on peut l'analyser au terme du 18^e considérant de la décision 2003-473 DC du Conseil constitutionnel. Pourtant, s'il est toujours intéressant de trouver des points de similitude entre les deux sources, communautaire et interne, du droit, cette analyse comporte deux inconvénients. Le premier est qu'il faudrait alors, au plan du vocabulaire utilisé – c'est-à-dire de la notion juridique même – faire la différence entre *égalité de traitement*, notion communautaire et *égalité de traitement des candidats*, notion interne plus réduite ; cela alors même qu'il ne faudrait pas faire de différence entre l'*égalité de traitement* communautaire et l'*égalité devant la commande publique* interne. La situation serait regrettable. Le second inconvénient est par ailleurs que cela créerait une nouvelle série de « sous-libertés » vraisemblablement inutile : l'égalité aurait pour corollaire l'égalité de traitement au sens communautaire, elle-même ayant pour corollaire l'égalité de traitement des candidats au sens interne.

La solution la plus raisonnable serait plutôt, nous semble-t-il, de faire découler l'ensemble des sous-principes d'un *principe général d'égalité* dont l'expression économique serait l'*égalité de traitement* au sens communautaire – éventuellement assimilée à l'*égalité devant la commande publique* du Conseil constitutionnel –, cette égalité ayant directement comme double conséquence d'une part l'*égalité d'accès à la commande publique* et d'autre part l'*égalité de traitement des candidats*.

¹³⁵ M.-A. et PH. FLAMME, les deux spécialistes belges du droit des marchés publics, disaient en 1995 à propos de l'affaire des bus wallons (CJCE du 25 avril 1996, *Commission des Communautés européennes c/ Royaume de Belgique*, aff. C-87/94, dit « *affaire des Bus Wallons* », rec. 1996, p. I-2043, concl. O. LENZ ; RDI 1996, p. 368, obs. F. LLORENS et PH. TERNEYRE) qu'il s'agissait d'une « *violation d'un principe fondamental du Traité et du droit communautaire des commandes publiques, l'égalité de traitement* » in « À la recherche, avec la Commission européenne, d'un contrôle juridictionnel plus efficace de la régularité des commandes publiques. Les enseignements de deux histoires belges. » RFDA, 1995 pp. 600-615, spé. p. 607.

¹³⁶ Sur ce point, cf. *infra* paragraphe précédent.

B) La mise en œuvre du principe d'égalité de traitement des candidats

850. L'égalité de traitement des candidats trouve principalement à s'appliquer dans la phase de sélection des candidats par la personne responsable de celle-ci, et cela non seulement lorsqu'il s'agit d'une sélection initiale (1), mais aussi lors de l'éventuel renouvellement du contrat (2).

1) Égalité de traitement et choix initial d'un cocontractant

851. Le rôle de l'égalité de traitement, comme celui des autres principes, est multiple. Sa reconnaissance au plus haut niveau de la hiérarchie des normes valide en réalité une série d'arrêts qui était venue lui donner une réalité contentieuse, soit en permettant de fonder des solutions sur la référence à cette seule égalité, soit en permettant d'interpréter des textes dans le sens du principe (a). La sanction de ce principe montre toutefois une interprétation *in concreto* (b).

a) L'égalité de traitement comme guide des procédures

852. On l'a dit, l'égalité de traitement, parce qu'elle justifie les procédures de passation, doit nécessairement être le fil conducteur de toute personne mettant en place une procédure de passation. On retrouve ce principe dans les procédures telles qu'elles existent dans le code et les cahiers des clauses générales et particulières, dans les procédures de la loi Sapin et l'on doit la retrouver dans toutes les procédures des autres contrats de la commande publique.

Bien entendu, quand il n'y a pas de procédure de passation formalisée – par exemple pour des raisons de montant – l'égalité de traitement doit guider le déroulement des étapes qui jalonnent le choix du « commanditaire ». Ce rôle du principe d'égalité est amené à se développer avec la notion de commande publique auquel le principe est rattaché. En effet, l'une des tendances actuelles de la notion de commande publique est de vouloir limiter les effets néfastes d'un trop grand formalisme au moment où la notion de commande publique pourrait étendre des procédures lourdes à des contrats qui, jusqu'ici, n'étaient soumis à aucune obligation. Pour ces contrats, le régime de la commande publique pourra se limiter à l'application des principes, ce qui conduira nécessairement à un renforcement de la sanction directe des contrats sur le fondement du principe.

853. Pour l'heure, la jurisprudence a principalement utilisé le principe d'égalité de traitement afin d'interpréter le sens ou de compléter les procédures contestées par des candidats malheureux. La plupart des décisions ont trait notamment à la façon dont ont été appliqués les critères posés par le règlement de consultation. La jurisprudence la plus classique est celle interdisant aux personnes publiques de sélectionner un candidat sur le

fondement de critères étrangers à ceux posés dans le règlement de consultation¹³⁷. Le Conseil d'État a ensuite prolongé cette exigence en estimant que la modification du programme de construction d'un marché de travaux après le dépôt des offres créait une atteinte au principe d'égalité, dans la mesure où les candidats n'avaient pas été mis en situation de modifier leurs offres et que le candidat retenu l'avait été sur le fondement des nouveaux critères¹³⁸. Dans le cadre d'un appel d'offres sur performance¹³⁹, il a estimé que si la modification du cahier des charges ultérieure à une première sélection – non décisive – de la commission d'appel d'offres était possible, elle ne pouvait l'être qu'en mettant les candidats dans une situation dans laquelle le principe d'égalité était respecté¹⁴⁰. La Cour de justice des communautés européennes est allée plus loin encore en jugeant que la décision du pouvoir adjudicateur de retirer un appel d'offres devait pouvoir faire l'objet d'un recours en annulation. Dans la mesure où il n'existait aucune disposition pertinente de la directive recours qui puisse conduire à cette solution, elle s'est expressément fondée sur l'égalité de traitement entre les candidats¹⁴¹.

854. Dans le cadre des délégations de service public, en application de l'article L. 1411-1 du CGCT, le Conseil d'État estime de manière comparable que la négociation qui suit l'appel à la concurrence peut prévoir des modifications partielles de l'offre si elles ne créent pas des inégalités entre les candidats¹⁴².

¹³⁷ Sous l'empire des textes antérieurs au Code des marchés publics de 1964, cf. CE 26 janvier 1966 *Société Ouest Peinture* (2^{ème} esp. Req. 63-131), rec. p. 62-63 (« qu'un motif de cette nature devait figurer dans les documents applicables au marché ; qu'il résulte des pièces du dossier qu'aucune clause de ces documents n'en faisait mention [d'un critère de sélection] ; que dès lors [excès de pouvoir] ». Voir ensuite CE 9 juillet 1975 *Ville des Lilas*, rec. T. p. 1129 ; à propos de l'absence d'une clause de proximité de l'entreprise comme dans l'espèce ci-dessus mais en matière de marché de collecte et d'évacuation d'ordures ménagères. Enfin, pour un exemple plus récent, cf. CE 28 juillet 2000, *Commune de Villefranche-de-Rouergue*, req. 199549, *Contrats et marchés publics*, nov. 2000 n° p. 15, note F.L. ; *BJCP* n° 13 novembre 2000 p. 424 concl. S. AUSTRY, obs. CH. MAUGÛÉ ; à propos du choix fondé sur des normes techniques plus exigeantes que celles spécifiées dans le règlement de consultation. Cet arrêt nous précise par ailleurs que le juge de cassation exerce un contrôle de la qualification juridique sur la notion de critère figurant dans l'appel d'offre.

¹³⁸ CE 22 avril 1983, *Auffret et autres*, rec. p. 160 « que MM. Auffret et Dumoulin sont, dès lors, fondés à soutenir que, à défaut d'une nouvelle consultation, l'administration a porté atteinte à l'égalité des concurrents. »

¹³⁹ L'ancienne procédure remplacée dans le Code des marchés publics de 2004 par la procédure du dialogue compétitif

¹⁴⁰ CE 19 mars 1997 : *Ministre de l'agriculture, de la pêche et de l'alimentation c/ Sté Bull.* rec. p. 941 et 1003 (mais pas sur le point qui nous intéresse) ; req. n° 171140 ; *Quotidien juridique* n° 65 du 14 août 1997, p. 5 note D. MORENO ; *Dalloz* 1998 somm. p. 227, note PH. TERNEYRE. Il s'agit en l'espèce d'un « appel d'offre sur performance » de l'article 99 du code de 1964 (la procédure en question ayant été créée par le décret 93-733 du 27 mars 1993, lui-même légèrement modifié par le décret 94-96 du 28 janvier 1994). Le Conseil d'État a estimé que les délais accordés par la personne publique ne permettaient pas que soit respecté le principe d'égalité : « qu'en modifiant ainsi le programme fonctionnel détaillé du marché dans des conditions de délai qui ne permettaient pas d'assurer le respect de l'égalité entre les candidats, la personne responsable du marché a méconnu les obligations de mise en concurrence qui lui incombent ».

¹⁴¹ CJCE 18 juin 2002, *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbh (HI) contre Stadt Wien*, Aff. C 92/00, rec. I-5553, points 45 à 48. L'obligation de donner les raisons de l'annulation d'une procédure aux candidats évincés, obligation tirée de l'article 12 de la directive « services » 92/50 conduit la Cour à estimer que le principe d'égalité de traitement (et la transparence) qui fonde cette disposition s'étend à la directive « recours », et que sur le fondement de ces principes, le recours contre cet acte d'abandon de procédure est ouvert.

¹⁴² CE 21 juin 2000, *Syndicat intercommunal de la Côte d'Amour et de la presqu'île Guérandaise*, req. n° 209319, rec. p. 283 ; *RFDA* 2000 p. 1031, concl. C. BERGEAL ; *BJCP* n° 12/2000, p. 361, concl. C. BERGEAL,

Les cas d'application du principe d'égalité ne sont pas limités à ceux des modifications et interprétations des règlements d'appel d'offres. On trouve aussi, par exemple, des cas où ce sont les dispositions de ces règlements qui mettent en place des conditions discriminatoires. Il en est ainsi lorsque l'administration oblige les candidats à avoir comme sous-traitant pour une partie du marché – la collecte des ordures pour un marché de retraitement des déchets en l'espèce – l'ancien titulaire du marché alors que cet ancien titulaire répond aussi à l'offre¹⁴³.

Dans tous ces cas, l'égalité de traitement est un guide des procédures, dans leur écriture d'abord, dans leur interprétation ensuite. La question de la sanction liée au non-respect de ce principe n'est pourtant pas à négliger pour l'appréciation de l'efficacité de sa reconnaissance comme principe constitutionnel.

b) La sanction du non-respect de l'égalité de traitement des candidats

855. La sanction attachée au non-respect du principe de l'égalité de traitement des candidats par les commanditaires est normalement la nullité de celui-ci. Il s'agit de l'application normale du principe de légalité¹⁴⁴. À cela il faut ajouter que le principe, comme l'ensemble des procédures de passation qui en découlent, ont le caractère d'ordre public.

856. Le Conseil d'État a pourtant déjà fait preuve d'une forme de souplesse dans l'appréciation de l'égalité, notamment en considérant parfois que l'atteinte à ce principe ne constituait pas une erreur substantielle et pouvait par conséquent être régularisée ou laissée en l'état. On pourrait voir un paradoxe difficile à soutenir dans le fait de qualifier de non-substantiel un principe fondateur. Pourtant, les conclusions de Mme C. BERGEAL sur un arrêt de 1998¹⁴⁵ en donne une explication à propos d'une

obs. R.S. ; *CJEG*, octobre 2000 p. 362, concl. C. BERGEAL ; *Contrats et marchés publics*, novembre 2000, jurisprudence n° 19, note F. L. L'arrêt ne cite pas le principe d'égalité de traitement mais estime qu'il est possible d'apporter des adaptations à l'objet du contrat « lorsque ces adaptations sont d'une portée limitée, justifiées par l'intérêt du service et qu'elles ne présentent pas, entre les entreprises concurrentes, un **caractère discriminatoire** ». On remarquera que ces exigences ont été récemment appliquées aux délégations de service public et qu'auparavant, dans le cadre des concessions, la solution était inverse si l'on se réfère à l'arrêt CE Ass. 3 mai 1993, *Assoc. des amis de la Forêt de Saint-Germain et de Marly et autres*, *AJDA* 1993 p. 387 chr. L. TOUVET et CH. MAUGÜÉ, *CJEG* 1993 p. 360 concl. M. SANSON ; qui précise « Aucune dispositions législative ou réglementaire *ni aucun principe du droit des concessions* n'interdisent à l'autorité publique de modifier ultérieurement les termes de l'offre, notamment pour y apporter les améliorations qu'elle juge nécessaires ».

¹⁴³ Cas de l'arrêt CE 29 juillet 1998 *Commune de Léognan*, req. n° 190452 rec. Tables, pp. 1017, 1031, 1098, 1104 ; *BJCP* n° 1/1998 p. 105 (ces références ne traitant en réalité que du problème procédural lié aux référés précontractuels). L'arrêt ne fait pas expressément référence au principe d'égalité puisque, rendu en cassation d'une ordonnance passée sur le fondement de l'article L. 22 du code TA-CAA, il vise les « obligations de mise en concurrence », mais, à l'aune des faits de l'espèce, on peut pourtant sans hésiter présenter cet arrêt comme l'expression du principe d'égalité entre les candidats.

¹⁴⁴ Cette solution qui ne fait aucun doute est d'ailleurs reprise dans l'instruction du 28 août 2001 pour l'application du Code des marchés publics, point 1.2.1.1

¹⁴⁵ CE 6 novembre 1998, *Assistance publique – Hôpitaux de Marseille*, rec. p. 1019, 1032 et 1098 ; *BJCP* 1999, n° 3 p. 277, spé. p. 279, concl. C. BERGEAL, obs. R.S.

irrégularité formelle : elle estime qu'une interprétation minutieuse peut parfois « *confiner à l'absurde* » et qu'en l'espèce le fait qu'une photocopie ne soit pas certifiée conforme irait jusque-là.

857. Plus encore, le Conseil d'État a parfois eu une appréciation *in concreto* de ce qui était une formalité substantielle, notamment par une référence implicite à une forme d'égalité. Dans un arrêt *Ville de Cayenne* de 1972¹⁴⁶, la Haute juridiction a en effet estimé qu'il n'y avait pas de rupture d'égalité alors que les délais impartis pour rendre l'offre n'avaient pas été respectés. En l'espèce, l'une des entreprises avait rendu son offre à 8 h 55 et l'autre à 9 h 10 alors que l'heure limite était 9 heures. Le Conseil a estimé que la séance publique commençant à 11 h 20 il n'y avait pas eu d'atteinte à l'égalité entre les candidats.

L'annulation, sanction forte du non-respect du principe d'égalité de traitement des candidats malgré la souplesse de certains arrêts sporadiques, est aussi celle qui est retenue lorsque ce même principe n'est pas respecté durant la vie du contrat.

2) Égalité de traitement et vie du contrat

858. L'égalité de traitement ne trouve pas seulement une application lors de la conclusion du contrat, on retrouve la nécessité d'y faire référence à certains moments clefs de la vie de celui-ci. On peut raisonnablement considérer que cette obligation est intégrée dans le contrat, cela pour deux raisons principales. D'une part parce que les intérêts que ce principe défend se rapprochent du « droit objectif » – défense des deniers publics et du respect de la concurrence –, ce qui conduit à vouloir les prendre en compte durant la vie d'un contrat qui, fondamentalement subjectif, n'a pas tendance à intégrer. D'autre part parce qu'ouvrir les cas de modification ultérieure du contrat serait un moyen de légaliser des détournements de procédure : il suffirait de respecter les règles de passation et de modifier le contrat pour contourner à loisir les principes de la commande publique¹⁴⁷.

859. Le cas limite entre la simple application d'une égalité de traitement entre les candidats et l'application de ce principe durant la vie du contrat est celui du renouvellement du contrat. Cette hypothèse, que l'on retrouve évidemment plus pour les délégations de service public ou pour les marchés de services et fournitures, montre que la fin du contrat implique parfois nécessairement une mise en concurrence parce qu'elle est aussi le début d'un autre. La continuité du service public – qu'il soit géré directement ou délégué – implique qu'il n'y ait pas de rupture de contrat. Le renouvellement qui peut se faire dans des conditions parfaitement identiques au contrat initial est alors exactement assimilé, au plan du régime juridique, à un nouveau contrat.

860. On trouve d'autres cas dans lesquels le juge se fondera sur les principes de la commande publique pour obliger une nouvelle mise en concurrence alors que le contrat

¹⁴⁶ CE 17 déc. 1972, *Ville de Cayenne*, req. 78728

¹⁴⁷ Indirectement, les principes de la commande publique défendent les intérêts des candidats évincés en garantissant qu'ils ne l'ont pas été de manière arbitraire. L'égalité doit ainsi être respectée entre les « anciens candidats » tout au long du contrat.

initial n'est normalement pas à son terme. Dans le cadre normal du droit privé¹⁴⁸ comme pour d'autres contrats de droit public, les techniques de cessions ou de modification de contrat ne conduisent pas habituellement à la fin du contrat. En droit de la commande publique, ces deux cas sont soumis à des limites propres, attachées aux principes de la commande publique, et notamment au principe d'égalité de traitement.

L'hypothèse de la cession de contrat est spécialement topique. Par définition, il s'agit dans ce cas de la transmission complète des droits et obligations du contrat initial à un tiers¹⁴⁹. Le contrat perdurant, il n'est *a priori* pas nécessaire de mettre en place une procédure de passation¹⁵⁰. En revanche, en application de cette définition stricte, l'avis du Conseil d'État du 8 juin 2000¹⁵¹ a logiquement estimé que la modification substantielle d'un des éléments du contrat « implique nécessairement la conclusion d'un nouveau contrat », par conséquent la soumission aux principes et procédures de la commande publique. Dans le même sens, l'avis du Conseil d'État envisage dans son point IV le fait que la collectivité publique soit complice du cédant ou du cessionnaire du contrat pour « contourner les règles de mise en concurrence applicables au contrat initial », ce qu'il qualifie de « détournement de pouvoir » et qui implique une illégalité de la cession, voire une application du délit d'avantage injustifié de l'article 432-14 du Code pénal. Remarquons par ailleurs que cet avis traite de la même manière les marchés publics au sens du Code des marchés publics et les délégations de service public issues de la loi Sapin, ce qui tend à monter l'application de cette règle à toute la commande publique.

861. Le principe de l'égalité de traitement trouve aussi à s'appliquer dans le cadre des modifications contractuelles, notamment par avenants¹⁵². Pour les cessions de contrat, on considère de la même manière que, non seulement les parties ont voulu « figer » les éléments subjectifs du contrat, mais aussi que le respect des principes de la

¹⁴⁸ On exclu ici bien évidemment les contrats de droit privé de la commande publique auxquels les principes sont applicables et qui doivent, normalement, appliquer le régime qui découle de ces principes.

¹⁴⁹ Les définitions de la notion de cession de contrat et de tiers ont été précisés dans l'avis du Conseil d'État (section des finances) du 8 juin 2000, n° 141654 ; *AJDA* 2000, p. 758, obs. L. RICHER ; *Contrats et marchés publics* 2000, chr. 1 par F. LLORENS et comm. n° 24 ; *BJCP* 2001, p. 94, note E. GLASER ; *CJEG* 2001 p. 103, note CH. MAUGÜÉ et V. DERUY.

¹⁵⁰ D'autant qu'une jurisprudence abondante oblige à un accord de la personne publique sur le cocontractant substitué, Cf. sur ce point, S. BRACONNIER, *Droit des marchés publics*, Imprimerie nationale, éditions techniques, coll. *Essentiels experts*, pp. 275-277. L'auteur estime par ailleurs que la référence aux principes issus du Code des marchés publics – donc l'égalité de traitement des candidats – peut fonder par elle-même le refus d'un nouveau cocontractant par la personne publique. On remarquera que le régime est ici différent de celui applicable lors de la fin du contrat, même lorsque celui-ci comporte des clauses parfaitement identiques au contrat antérieur : dans l'hypothèse de la fin du contrat il faut une mise en concurrence alors qu'elle n'est pas nécessaire ici. La différence est justifiée par le fait que l'un des éléments essentiels du contrat est sa durée et que cette durée étant modifiée en cas de renouvellement, il convient de remettre en concurrence, alors que la cession ne modifie pas cet élément essentiel.

¹⁵¹ Avis du 8 juin 2000, n° 141654 précité.

¹⁵² Le régime des « décisions de poursuivre », terme employé pour les ordres de service permettant de faire perdurer un contrat au delà de ses limites temporelles ou matérielles, est identique à celui des avenants si l'on excepte le fait qu'ils doivent être prévus au contrat initial. Cf. art 118 al. 2 du Code des marchés publics « *Les décisions de poursuivre respectent, comme les avenants, les conditions prévues à l'article 19 du présent code* » (version identique entre le code de 2001 et celui de 2004).

commande publique conduit à « figer » les éléments objectifs du contrat, y compris dans les cas où il y a accord des parties pour le modifier. L'article 19 du Code des marchés publics de 2004¹⁵³ traduit cela en interdisant les avenants bouleversant l'économie du contrat¹⁵⁴. La jurisprudence a précisé ce que signifiait, selon elle, le bouleversement de l'économie du marché en estimant à environ 15 % le seuil au-dessus duquel on y aboutit¹⁵⁵. Au delà, l'avenant porte atteinte aux objectifs garantis par les principes de la commande publique et il convient de repasser le marché, c'est-à-dire de réappliquer ces principes. Une nouvelle fois, cette approche est applicable à l'ensemble de la commande publique depuis que la loi du 8 février 1995 a imposé un avis de la commission d'appel d'offres et un vote de l'assemblée délibérante pour tous les avenants modifiant de plus de 5 % le montant d'une convention de délégation de service public ou d'un marché public. Cet avis de la commission d'appel d'offres – plus encore que le vote par l'assemblée délibérante¹⁵⁶ – montre bien le souci de voir respectés les principes de la commande publique, et ce même lorsque l'avenant est légal¹⁵⁷.

SECTION 2^e :

LES PRINCIPES ISSUS DU DROIT DE LA CONCURRENCE, DEUXIÈME SOURCE DES PROCÉDURES DE PASSATION

862. Il serait assurément paradoxal de vouloir traiter des principes de la commande publique sans déterminer dans quelle mesure ce droit si marqué par des procédures de mise en concurrence n'est pas fondé sur les mêmes principes libéraux que ceux reconnus dans le droit de la concurrence. Étonnamment, la référence à ces principes – par ailleurs difficiles à cerner et à agencer entre eux – n'est pas retenue par le Conseil constitutionnel qui se fonde principalement sur le principe d'égalité pour justifier

¹⁵³ Art 19 : « *Sauf sujétions techniques imprévues ne résultant pas du fait des parties, un avenant ne peut bouleverser l'économie du marché, ni en changer l'objet* ». Cet article est identique dans les versions du Code des marchés publics du 7 mars 2001 et du 7 janvier 2004. Pour une application dans le cadre du droit antérieur à ces codes cf. à propos d'un contrat d'affermage TA Grenoble 7 août 1998, *M. Bernard Betto*, req. 96-1778 et *M. Bernard Betto et autres*, req. 96-2133 et autres, *BJCP* 1998, p. 181-190, concl. CH. CAU, obs. CH. MAUGÜÉ ; *Dr. Adm.* 1998, comm. N° 303, note C. DEVÈS. Sur le régime juridique des avenants et leur spécificité en tant que contrat, ainsi que « *l'émergence d'un régime spécifique de passation des avenants* », cf. E. FATÔME, « Les avenants », *AJDA*, 1998, n° 10 pp. 760-766.

¹⁵⁴ La solution prévalait aussi avant le nouveau Code des marchés publics, cf. CE 22 juin 1998 *Préfet du Puy-de-Dôme*, req. 173.025, *BJCP* 1998, n° 1 p. 36, concl. C. BERGÉAL. Cet arrêt précise que les avenants dont le montant est très limité et qui ont le même objet que le marché initial ne bouleversent pas l'économie générale du contrat et ne sont par conséquent pas soumis à une mise en concurrence préalable. Il s'agit ici d'une preuve *a contrario*.

¹⁵⁵ Cf. notamment CE 30 janvier 1995, *Sté Viafrance*, *RDI* 1995, p. 318, obs. F. LLORENS et PH. TERNEYRE

¹⁵⁶ Notons toutefois que l'avis de la commission n'est pas liant dans le vote de l'assemblée.

¹⁵⁷ Cette disposition s'applique en effet lorsqu'un avenant dépasse les 5% du marché initial et est en dessous de 15 % de celui-ci auquel cas il est illégal, par application cumulée des deux règles précitées.

l'existence des procédures de passation. Cette référence ne correspond pourtant pas parfaitement aux justifications retenues actuellement par les textes eux-mêmes. Au plan communautaire surtout, et au plan national dans une mesure moindre, ce sont les bienfaits du libéralisme qui sont recherchés. La « main invisible » d'Adam SMITH devant normalement permettre le meilleur achat au meilleur prix¹⁵⁸.

Le caractère politique de ces principes libéraux, le fait de renvoyer à ce qui apparaît à certains comme un modèle de société justifie vraisemblablement que le juge constitutionnel évite autant que possible d'y faire référence¹⁵⁹. Il suffit pour s'en convaincre de voir les commentaires doctrinaux passionnés qui ont été écrits après la reconnaissance par le Conseil constitutionnel de la liberté d'entreprendre à propos de la loi sur les nationalisations¹⁶⁰. Le juge administratif a depuis longtemps trouvé une solution à cette difficulté en faisant référence en général à la « liberté du commerce et de l'industrie » ou, notamment en notre matière, à un principe de « libre concurrence », ce dernier étant d'ailleurs fondé sur les textes propres aux marchés publics. L'évolution du droit de la commande publique a pourtant été parallèle sur ce point à celui du droit de la concurrence, avec un changement relativement profond de l'appréciation de ce principe, au départ centré sur la seule idée de liberté et ensuite reconsidéré à l'aune du principe d'égalité. (§ 1^{er}). Cette évolution nous permet aujourd'hui de considérer ce principe de libre concurrence comme l'un des fondements du droit de la commande publique, non seulement pour ce qui concerne la justification des procédures de passation mais aussi en dehors de procédures formalisées. On en retrouve les principales marques d'une part lorsque les personnes publiques répondent à l'appel à la concurrence d'une autre personne devant passer des contrats de la commande publique, et d'autre part lorsque ces « adjudicateurs » passent eux-mêmes un tel contrat. (§ 2^e).

¹⁵⁸ Cf. Adam SMITH, *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*, traduction de Rosalind GREENSTEIN, *Enquête sur la nature et les causes de la richesse des nations*, PUF 1995, 4 Vol. Voir aussi pour une analyse plus synthétique, sous la direction de D. ALLAND et S. RIALS, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy et Puf, 2003, V^o *Libéralisme* par L. JAUME. Cf. *supra*.

¹⁵⁹ Cf. l'article de G. PARLEANI, in *Les libertés économiques*, sous la direction de G. DRAGO et M. LOMBARD, Ed. Panthéon-Assas, LGDJ diffuseur, Paris, 2003, pp. 97-103 dans lequel l'auteur insiste sur le « mal être » du droit français face aux principes du droit de la concurrence, à propos duquel il note la confusion qui est faite entre l'économique et le social, l'incompréhension du droit français face au lien entre l'efficacité économique et l'intérêt général alors que le premier participe du second, et enfin les combats à retardements, notamment autour de la notion de « service public à la française ».

¹⁶⁰ Décision n^o 81-132 DC du 16 janvier 1982 *Loi de nationalisation*, 16^e considérant, Rec. 1982, p. 18 ; RJC, p. I-104 ; J.O. 17 janvier 1982, p. 299. cf. par exemple R. DRAGO, « Nationalisation et Constitution », *Economica – PUAM*, 1982, p. 59 ; J. RIVERO, « Ni lu, ni compris ? », *AJDA* 1982 p. 209 ; R. SAVY « La constitution des juges », *Dalloz* 1983, chr. p. 105 ; L. FAVOREU, « Les décisions du Conseil constitutionnel dans l'affaire des nationalisations », *RDP*, 1982, pp. 377-420. Le débat entre les « politistes » et les « constitutionnalistes » n'a pas été moins violent qu'entre les constitutionnalistes eux-mêmes : cf. John.T.S. KEELER, « Journal. Confrontation juridico-politiques : le Conseil constitutionnel face au gouvernement socialiste comparé à la Cour Suprême face au New Deal », *Pouvoir*, 1985, n^o 35 p. 133-148 spé. p.140 ; B. FRANÇOIS, « Le juge, le droit et la politique », *RFDC*, 1990, p. 49.

§ 1^{er} : L'évolution du principe de libre concurrence

863. La libre concurrence contient, dans son nom même, une référence au principe de liberté. Elle semble en être une des formes, comme le sont aussi la liberté du commerce et de l'industrie ou la liberté d'entreprendre, même si ces dernières en sont, peut-être, des émanations plus directes. Les jurisprudences rendues en matière de droit de la concurrence – et le droit des marchés publics a suivi sur ce point la même évolution – ont ensuite interprété ce principe comme obligeant non seulement une *liberté de concurrence* mais aussi une *égalité dans* cette concurrence. On peut, sans forcer le trait, dire que l'on est passé d'une « *obligation de moyens* » consistant à laisser libres les opérateurs économiques sur le marché (A), à une « *obligation de résultat* » contraignant la personne publique à garantir l'effectivité d'un marché concurrentiel, quitte à devoir le créer dans le cas de la commande publique (B).

A) De la concurrence libre...

864. Le principe de la « libre concurrence » a été reconnu en droit public, droit pourtant historiquement plus fondé sur la puissance publique et le service public, deux notions réticentes à ce que l'on appelle parfois la « commercialité » (1). Il a peu à peu été précisé et rattaché aux autres principes concurrentiels (2).

1) La reconnaissance

865. L'idée de concurrence transcende le droit des marchés publics et c'est sa prégnance qui conduit en grande partie à ce que le champ d'application de la commande publique se soit étendu. On peut même raisonnablement penser, comme d'autres auteurs¹⁶¹, que la libre concurrence est sortie de la sphère du droit commercial pour entrer dans le droit public par le biais des marchés publics. C'est au moins ce que tendrait à prouver l'arrêt du Conseil d'État du 9 janvier 1868 *Servat* aux conclusions AUCOC¹⁶². Cet arrêt plus connu pour être le véritable premier arrêt – et au moins le plus clair¹⁶³ – ouvrant un recours aux participants évincés d'une passation contre l'adjudication, contient en effet une référence directe à la « *libre concurrence qui doit exister entre les soumissionnaires* »¹⁶⁴. En

¹⁶¹ Cf. sur ce point D. LINOTTE, « Le droit public de la concurrence », *AJDA* 1984 pp. 60-67

¹⁶² CE 9 janvier 1868 *Servat*, rec. p. 12 avec les conclusions L. AUCOC en note au *Lebon*.

¹⁶³ Cf. première partie

¹⁶⁴ « *Considérant [...] que le non accomplissement de cette formalité [l'obligation d'avoir élu domicile dans la commune pour soumissionner] n'avait d'importance ni au point de vue de la libre concurrence qui doit exister entre les soumissionnaires, ni au point de vue de la bonne exécution de l'entreprise* ». Notons que par ce considérant, le Conseil d'État reconnaît, d'une part que certaines formalités ne sont pas essentielles (celles qui ne portent pas atteinte à la libre concurrence ou qui n'empêchent pas la bonne exécution contractuelle) et, d'autre part, que la jurisprudence est déjà réticente à cette époque à favoriser les marchés dans lesquels un critère de localité serait exigé.

application de cet arrêt, le Conseil d'État a, en 1926¹⁶⁵, annulé une adjudication en considérant que les conditions de l'adjudication portaient « atteinte à la règle essentielle de la libre concurrence »¹⁶⁶. Un arrêt de 1937¹⁶⁷ va même plus loin dans la reconnaissance d'une libre concurrence dans le cadre spécifique des marchés publics en estimant que l'obligation d'avoir recours à la technique du béton armé et de voir ses plans validés par une société experte ne portait pas « atteinte au principe de la libre concurrence ni à la liberté du commerce et de l'industrie ». L'intérêt de cet arrêt réside non seulement dans ce considérant mais aussi dans les visas qui font référence non seulement à la loi des 2-17 mars 1791 qui fonde la liberté du commerce et de l'industrie, mais surtout à l'ordonnance du 14 novembre 1837¹⁶⁸ qui fonde les procédures de passation des marchés des communes et établissements de bienfaisance. Il semble que l'on puisse, sans trahir les intentions des juges, interpréter cet arrêt comme fondant l'existence même du principe de libre concurrence sur l'ordonnance de 1837¹⁶⁹.

866. La référence aux textes n'est d'ailleurs pas illogique. Si l'on s'en réfère aux dispositions de l'ordonnance des 4-7 décembre 1836 *Portant règlement sur les marchés passés au nom de l'État*¹⁷⁰, c'est bien l'idée d'une concurrence qui est partiellement recherchée dans la généralisation de l'adjudication à tous les marchés de l'État¹⁷¹. Certes, on ne saurait penser qu'il s'agit à l'époque de faire respecter à tout prix ce principe comme une règle

¹⁶⁵ Cf. CE 24 décembre 1926 *Société anonyme l'Entreprise de l'Est*, rec. p. 1172. Il s'agissait en l'espèce de l'annulation d'une décision du bureau d'adjudication qui avait modifié l'offre d'une des entreprises en retirant une réserve de responsabilité « pour imprévu » contraire au cahier des charges, cela après l'ouverture des plis, donc après la date limite de dépôt des offres.

¹⁶⁶ Il faut noter que si le motif invoqué par le Conseil d'État est celui de l'atteinte à la libre concurrence, les faits de l'arrêt nous font penser que l'illégalité résulterait plus aujourd'hui d'une atteinte à l'égalité de traitement des candidats.

¹⁶⁷ CE 10 mars 1937 *Société Robiou du Pont et Henri Martin*, rec. p. 294

¹⁶⁸ Ordonnance 14 novembre-12 décembre 1837 *Portant règlement sur les entreprises pour travaux et fournitures au nom des communes et des établissements de bienfaisance*. Ordonnance absente du DUVERGIER (mais indiquée dans la troisième partie du tome 37 de celui-ci comme ayant été volontairement écartée de ce Recueil malgré son insertion au Bulletin p. 437). Les procédures de cette ordonnance sont manifestement héritées de celles prévalant dans un décret du 10 brumaire An 14 *Concernant les travaux qui s'exécutent au compte des hospices et des établissements de charité* (IV^e série, bull. 63 n° 1101), ainsi que d'un décret du 17 juillet 1808 qui a étendu aux communes les dispositions du précédent décret.

¹⁶⁹ C'est d'ailleurs ce que fait un l'arrêt CE 22 octobre 1958, *Sieur Gambéroni*, rec. p. 494. L'arrêt précise « Considérant que si, en vertu de l'article 7 de l'ordonnance du 14 novembre 1837[...] dans les adjudications publiques un pli fixant un maximum de prix ou un minimum de rabais arrêté d'avance par l'autorité qui procède à l'adjudication doit être déposé, cacheté sur le bureau à l'ouverture de la séance, aucune disposition législative ou réglementaire n'a permis à cette autorité de fixer un minimum de prix ; qu'une telle clause, qui porte atteinte au principe de libre concurrence, ni peut valablement figurer parmi les conditions auxquelles est soumise une adjudication ».

¹⁷⁰ Ordonnance 4-7 décembre 1836 *Portant règlement sur les marchés passés au nom de l'État* « Article 1 : Tous les marchés au nom de l'État seront faits avec concurrence et publicité, sauf les exceptions mentionnées à l'article suivant (marché de gré à gré). Article 3 : Les adjudications publiques relatives à des fournitures, à des travaux, à des exploitations ou des fabrications qui ne pourraient être, sans inconvénient livrés à une concurrence illimitée, [...] ».

¹⁷¹ Le décret du 18 novembre 1882, *relatif aux adjudications et aux marchés passés au nom de l'État* DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 82 pp. 447-450 (XII, Bull. DCCXL, n° 12,567) D. P. 1883.4.56 ; *Code administratif Dalloz* 1926 page 273 qui remplacera le texte de 1833 et l'ordonnance de 1836 utilise aussi le terme de concurrence pour stigmatiser dans son article premier le régime qu'il décrit ensuite plus précisément : « tous les marchés de travaux, de fournitures ou transports au nom de l'État doivent être faits avec concurrence et publicité, sauf [...] »

macroéconomique qui doit, en tout état de cause, être appliquée ; la concurrence n'a encore qu'un objectif : le choix le moins cher pour la personne publique. Néanmoins, c'est bien l'idée – microéconomique cette fois-ci – que la concurrence est la pratique la plus à même de remplir le rôle qui prédomine dans le texte et dans la loi dont cette ordonnance est la mesure d'application¹⁷².

Les *Conférences* de Léon AUCOC nous permettent de dire que le droit des marchés est fondé sur la concurrence sans pouvoir être accusé de réinterpréter l'histoire, puisqu'il insiste lui-même sur ce mot de « concurrence » que l'on retrouve dans les textes que l'on vient de citer. Il montre à quel point c'est cette *idée* de concurrence – il n'aborde en effet pas cela sous l'angle des principes juridiques – qui dirige et permet de comprendre le régime posé par les textes¹⁷³.

867. Cette origine du principe de libre concurrence dans le cadre des marchés publics soulève malgré tout une légère réserve quant à sa similitude avec la libre concurrence d'aujourd'hui : il n'est à aucun moment reconnu officiellement comme un principe, le seul arrêt qui cherche à le qualifier à l'occasion de la sanction juridictionnelle d'une passation parle de « règle essentielle »¹⁷⁴ et non de « principe ». La qualité de principe ne fait pourtant pas de doute, même s'il est difficile d'en connaître la valeur exacte à cette époque. Les fondements textuels à valeur législative¹⁷⁵ nous permettent de penser qu'il s'agit plus d'un principe législatif que d'un principe général du droit, mais la référence aux lois n'étant pas constante, cette solution n'est pas certaine. En tout état de cause, le « principe » de libre concurrence permet de sanctionner une procédure et c'est certainement pour cette raison que le juge n'a pas eu besoin d'en préciser la valeur exacte, même à l'occasion de jurisprudences bien postérieures.

2) Le contenu de cette liberté et ses rapports avec les autres principes du droit de la concurrence

868. Le principe de *libre concurrence* applicable dans le cadre des marchés publics et qui se rattache à la *liberté* (a) a été rattrapé par le droit de la concurrence. Il doit être analysé au regard des autres libertés économiques (b)

¹⁷² Il s'agit de la Loi du 31 janvier 1833 *portant règlement définitif du budget de 1829*. DUVERGIER, *Lois et décrets*, tome 33 p. 12 et spé p. 14 pour l'article 12 de la loi qui nous intéresse seul ici. Voir aussi : IX, Bull. LXXXIII, n° 190. Lors de la discussion parlementaire à propos de l'article qui nous intéresse, le Ministre du commerce a déclaré que les sept huitième des travaux s'exécutent par la voie de la publicité et de la concurrence.

¹⁷³ L. AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, Paris, Vve Ch. Dunod ed., 3^e ed., 1886, Tome 2^e, n° 630 p. 316.

¹⁷⁴ Il s'agit de l'arrêt CE 24 décembre 1926 *Société anonyme l'Entreprise de l'Est*, rec. p. 1172, précité note 165

¹⁷⁵ Rappelons qu'il s'agit de lois et d'ordonnances.

a) La définition de la libre concurrence du point de vue de la liberté

869. Le principe de libre concurrence est avant tout une liberté. L'idée qui prévaut est que le marché se régule de lui-même et qu'il permet à la personne publique d'avoir un prix calculé pertinemment par les opérateurs eux-mêmes, cela du simple fait qu'ils espèrent avoir le marché en fournissant la meilleure offre pour le prix le plus bas. Certes, l'adjudication, dont le principe est de se fonder sur le seul critère du prix, ne conduit pas *a priori* à avoir l'offre la meilleure – elle permet surtout d'avoir l'offre la moins chère –, mais la volonté des entrepreneurs, fournisseurs ou prestataires d'avoir d'autres marchés dans l'avenir les conduit à proposer une offre adaptée aux besoins de la personne publique. L'échec de l'adjudication pour avoir la meilleure offre¹⁷⁶ n'est pas venu remettre en cause le principe de libre concurrence : l'appel d'offres a été créé – certes bien plus tard¹⁷⁷ – dans le but de conserver la liberté de la concurrence tout en orientant les objets sur lesquels porterait cette concurrence : non seulement le prix mais aussi la qualité, la pérennité ou les coûts indirects d'une commande.

Il nous paraît par conséquent historiquement possible de rattacher l'ensemble des textes sur les marchés publics à un « principe » de libre concurrence qui nécessite une définition à la fois économique et relativement technique¹⁷⁸. Le professeur P. DELVOLVÉ la définit ainsi : « *Le principe de libre concurrence permet aux particuliers d'exercer leur activité dans un système de compétition qui ne doit être entravé ni par des prescriptions ni par des prestations provenant des pouvoirs publics* »¹⁷⁹. Le professeur J.-J. ISRAËL le définit pour sa part comme la « *liberté économique d'agir sur un marché concurrentiel [...] qui ne se heurte pas à la présence d'opérateurs publics*

¹⁷⁶ Essentiellement due au fait que les entrepreneurs ne cherchent en réalité qu'à baisser les coûts afin d'avoir le marché, cela soit au détriment de la qualité, soit en espérant bénéficier de suppléments de prix par avenants sous quelque prétexte fallacieux. La réalité des effets néfastes de l'adjudication étaient d'ailleurs connus bien avant sa généralisation à tous les marchés au premier tiers du XIX^e siècle. En témoigne par exemple la lettre de VAUBAN du 17 juillet 1683 et écrite à LOUVOIS (François-Michel LE TELLIER de LOUVOIS, Ministre d'État à la guerre et membre du Conseil de Louis XIV) que le professeur S. BRACONNIER a mis en avant-propos de son manuel *Droit des marchés publics*, Paris, Imprimerie Nationale coll. *Essentiel expert*, 2002, p. 9. Notons que cette lettre, existe, à l'identique sauf un membre de phrase, du même VAUBAN mais datée du 17 septembre 1685 de Belle-Isle-en-Mer, lettre dont l'original est détenu par le ministère de la Défense, service historique de l'armée de Terre, (extrait du F* 33 F, mémoire de Vauban sur Belle-Isle-en-Mer). Ce manuscrit est par ailleurs reproduit dans le numéro 229 de la revue *Marchés publics*, de octobre-novembre 1987.

¹⁷⁷ La première réglementation nationale mettant en place l'appel d'offre est un décret du 6 avril 1942 (et plus particulièrement ses articles 20 et 21), décret remplacé par le décret n° 56-256 du 13 mars 1956 *réforme du régime des marchés de l'État* qui mettra l'appel d'offre comme deuxième procédure de droit commun à égalité avec l'adjudication (ce décret annulant par ailleurs les dernières références au décret du 18 novembre 1882). Cf. *AJDA* 1956 III p. 21 ; A. de LAUBADÈRE, « La nouvelle réglementation des marchés de l'État », *RD* 1958 n° 1 ; A. COUTAUD, « La réforme de la réglementation des marchés publics », *RA* 1957 p. 126. Rappelons enfin que depuis le Code des marchés publics de 2001, la notion d'adjudication a disparu du code.

¹⁷⁸ Les libertés publiques en matière économique n'ont fait l'objet que de très peu nombreuses définitions, elles sont la plupart du temps soit exclues, soit rapidement évoquées par les manuels de droits fondamentaux. Seuls les manuels de droit public économique s'y attardent quelque peu. Sur ce curieux manque d'intérêt, cf. V. DELVOLVÉ, *La liberté d'entreprendre*, Thèse 2002, dactylographiée, pp. 10 et 11. La place de la libre concurrence n'est par ailleurs pas exclusive de celle de l'égalité dont nous avons montré la place dans la première section.

¹⁷⁹ P. DELVOLVÉ, *Droit public de l'économie*, Paris, Dalloz, coll. *Précis*, 1998 n° 92 p. 115

jouissant de prérogatives particulières »¹⁸⁰, mais il va déjà plus loin et analyse ce principe au moins autant comme une *liberté* que comme une *égalité*¹⁸¹.

870. L'idée de *liberté* qui prédomine dans la *liberté de la concurrence* a pour conséquence que les personnes publiques ne doivent pas aller contre le jeu normal du marché. On ne peut que remarquer l'apparente contradiction qui existe entre ce principe et l'existence même des procédures de passation. Comment en effet justifier qu'il existe des procédures de passation alors que justement elles viennent « entraver par des prescriptions »¹⁸² les activités des opérateurs économiques que sont les entreprises répondant à un marché public. Dans cette optique, non seulement la libre concurrence ne justifie pas l'existence des procédures comme nous semblons le dire, mais en plus elle vient s'y opposer. C'est qu'en réalité, les procédures ne viennent pas « entraver » la concurrence mais l'organiser, la « réguler » si l'on veut prendre un terme plus moderne.

b) Le rattachement de la libre concurrence aux autres principes du droit de la concurrence

871. Cette *libre concurrence* que l'on rencontre dans le cadre des marchés publics a ensuite été rapprochée d'autres principes du droit public de l'économie qui se trouvent, eux aussi, être des expressions particulières du principe de liberté : la *liberté d'entreprendre* et la *liberté du commerce et de l'industrie*. S'il est difficile de savoir quel principe est supérieur ou le corollaire de tel autre¹⁸³, les liens entre ces libertés ne font aujourd'hui aucun doute.

a) Le rattachement de la libre concurrence à la liberté du commerce et de l'industrie et à la liberté d'entreprendre

872. Depuis 1930¹⁸⁴, c'est au principe de *liberté du commerce et de l'industrie* que l'on rattache la *liberté de concurrence*¹⁸⁵. La première, fondée sur le fameux décret d'Allarde

¹⁸⁰ J.-J. ISRAEL, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, LGDJ coll. Manuel, 1998, p. 539

¹⁸¹ Cf. B) *infra*, le professeur J.-J. ISRAEL ne précise pas cela explicitement, nous le faisons découler de la phrase suivant sa définition : « La *liberté d'entreprendre* [*sic* : il introduit ce terme au milieu de la définition de la *libre concurrence*] est entravée, voire illusoire, si la concurrence effective sur le marché est supprimée, restreinte ou faussée [...] ».

¹⁸² Pour reprendre l'expression du professeur P. DELVOLVÉ, *Droit public de l'économie*, Op. Cit. n° 92 p. 115

¹⁸³ Cf. P. DELVOLVÉ, *Droit public de l'économie*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 1998 n° 87, p. 109 qui écrit « Ainsi, à l'image des poupées russes, on est en présence d'une série de libertés qui s'emboîtent les unes les autres, de la *liberté d'entreprendre* à la *liberté de la concurrence* ».

¹⁸⁴ Plus précisément depuis l'arrêt CE Sect. 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, rec. p. 583, *GAJA*, 14^e ed. n° 45 p. 276 ; RDP 1930 p. 530, concl. P.-L. JOSSE ; *Sirey* 1931.3.73, concl. P.-L. JOSSE, note R. ALIBERT ; cf. P. DELVOLVÉ, *ibidem*

¹⁸⁵ On considérera que le principe de « libre concurrence » et la « liberté de concurrence » sont le même principe, aucune différence doctrinale ni jurisprudentielle n'ayant jamais été fait entre les deux.

des 2-17 mars 1791¹⁸⁶ est aujourd'hui considérée par la jurisprudence comme un principe général du droit¹⁸⁷. La doctrine¹⁸⁸ lui accorde plusieurs conséquences que l'on peut regrouper en deux principales : d'une part la *liberté de choix, d'accès et d'exercice d'une profession*, d'autre part la *liberté de concurrence*. Cette seconde liberté qui préexistait dans notre matière a donc été intégrée dans la liberté du commerce et de l'industrie. Par ailleurs, la liberté professionnelle n'est pas sans influence sur les commandes publiques puisqu'elle permet à tous de répondre à une offre pour passer un tel contrat. Bien entendu, les limites classiques à l'exercice des professions s'appliquent en la matière, limites de « police » si l'on prend le terme du décret d'Allarde. On peut par exemple penser à la nécessité d'avoir le statut d'architecte pour exercer certaines missions de maîtrise d'œuvre ou, bien entendu, à toutes les règles comptables et fiscales qui s'assimilent à la « patente » de 1791.

873. La *liberté d'entreprendre* est la seconde liberté publique à laquelle il faut rattacher le principe de *libre concurrence*. Cette liberté a été reconnue par le Conseil constitutionnel dans sa décision sur les nationalisations du 16 janvier 1982 et expressément fondée sur l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 reconnaissant le principe général de liberté¹⁸⁹. Cette décision a, partant, conduit à revoir la place des différentes libertés économiques entre elles. La principale question que la doctrine s'est posée est celle de savoir si la liberté d'entreprendre était synonyme de la liberté du commerce et de l'industrie, si la première était une sous-catégorie de la seconde ou si c'était à l'inverse qu'il fallait conclure.

¹⁸⁶ L'article 7 de ce décret des 2-17 mars 1791 *Décret portant suppression de tous les droits d'aides de toutes les maîtrises et jurandes, et établissement de patentes*, DUVERGIER Tome 2, p. 230 ; L. 3, 918 ; *Moniteur* des 17, 18 février, 4 et 29 mars 1791 ; précise qu' « *il sera libre à toute personne de faire tel négoce ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouvera bon ; mais elle sera tenu de se pourvoir auparavant d'une patente, d'en acquitter le prix [...], et de se conformer aux règlements de police qui sont ou pourront être faits.* »

¹⁸⁷ Ce qui évite le recours au décret d'Allarde dans les visas ou le texte de l'arrêt comme en témoigne CE Ass. 20 décembre 1935 *Établissements Vézia*, rec. p. 1212, RDP 1936 p. 119, Concl. R. LATOURNERIE. Le Conseil d'État a considéré que la liberté du commerce et de l'industrie faisait aussi partie des libertés publiques qu'il appartient au législateur de sauvegarder au terme de l'article 34 de la Constitution cf. CE Sect. 28 octobre 1960, *Sieur [Martial] de Laboulaye*, rec. p. 570 ; *AJDA* 1961, p. 20 ; concl. HEUMANN ; *Droit social* 1961, p. 141 concl. HEUMANN, note P.-H. TEITGEN.

¹⁸⁸ Cf. *supra* pages suivantes pour les différentes opinions fondées sur la place de la liberté d'entreprendre

¹⁸⁹ Conseil constitutionnel, décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, rec. 1982 p. 15, spécialement son 16^e considérant : « [...] que la liberté qui, aux termes de l'article 4 de la Déclaration, consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui, ne saurait elle-même être préservée si des restrictions arbitraires ou abusives étaient apportées à la liberté d'entreprendre ». Ce considérant est notamment à la source de la fameuse controverse entre le Doyen R. SAVY qui contestait la volonté des auteurs de la Déclaration d'inclure dans la liberté une forme de liberté économique d'entreprendre (cf. R. SAVY, « La constitution des juges », *Daloz* 1983, Chr. XIX, p. 105) et J.-L. MESTRE qui a répondu à cet argument par une analyse poussée des débats et a prouvé que les constituants avaient au contraire entendu inclure la liberté d'entreprendre dans l'article 4 de la Déclaration (Cf. J.-L. MESTRE, « Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété », *Daloz*, 1984, Chron. I pp. 1-8).

β) Controverse doctrinale à propos des liens entre liberté d'entreprendre et liberté du commerce et de l'industrie : la question de la place de la libre concurrence

874. Certains ont tout d'abord considéré que ces expressions étaient synonymes en estimant que la liberté d'entreprendre était l'équivalent au niveau constitutionnel de la liberté du commerce et de l'industrie consacrée par la jurisprudence administrative. Cette approche n'a pas eu beaucoup de retentissement dans la mesure où il apparaît curieux d'utiliser deux termes qui ne sont même pas synonymes dans le langage courant pour en faire des synonymes juridiques. Envisager cette synonymie en vient même à être incongru tant elle porte atteinte à la qualité de juriste des membres du Conseil constitutionnel, comme s'ils n'avaient pas véritablement voulu que cette différence sémantique signifiât une différence juridique...

875. Une partie importante de la doctrine a considéré que la liberté du commerce était *plus large* que la liberté d'entreprendre¹⁹⁰. Les liens entre les deux restent malgré tout très forts puisque la *liberté du commerce et de l'industrie* comprend deux principales composantes que sont la *liberté d'entreprendre* d'une part et la *libre concurrence* – qui nous intéresse au premier chef – d'autre part. La liberté d'entreprendre est alors analysée comme contenant le libre choix de sa profession, la liberté d'accès à celle-ci, la libre exploitation de son entreprise, ce qui comprend la libre gestion de celle-ci¹⁹¹. Dans cette perspective, il faut distinguer les deux rôles de la *libre concurrence* et de la *liberté d'entreprendre*. La première est la seule pouvant sanctionner un marché dont les modalités de passation n'ont pas respecté une concurrence dont on verra qu'elle doit non seulement être libre mais aussi égale. La seconde en revanche ne pourra que très indirectement sanctionner un contrat de la commande publique : en théorie, une personne ou une entreprise n'ayant pu avoir accès à une profession et, partant, n'ayant pu répondre au « marché », pourrait arguer de l'atteinte qui est faite à sa liberté d'entreprendre. En pratique, cette atteinte se fera plus en considération des principes de liberté ou d'égalité d'accès¹⁹² à la commande publique, principes spécifiques à notre matière et par conséquent plus à même de trouver un écho dans la jurisprudence. La référence à l'atteinte à la liberté d'entreprendre existe, mais elle est en amont du marché, elle ne dépend pas du marché lui-même. En revanche, il sera possible de l'invoquer lors d'un recours contre un texte réglementant la passation des contrats de la commande publique qui interdirait à une catégorie de personne de répondre aux appels d'offres.

¹⁹⁰ Cf. notamment L. FAVOREU & Alii, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, ed. Dalloz coll. Précis, 1^e ed. 2000, n° 273-278, spé. n° 278, avec une erreur matérielle rectifiée dans la 2^e ed. 2002, n° 274-279, spé. n° 279 C'était aussi la position des professeurs A. de LAUBADÈRE et P. DELVOLVÉ dans la quatrième édition du Précis Dalloz *Droit public économique*, 1983, spé. p. 190 et s.

¹⁹¹ Ce rôle est celui qui est mis en avant par le thèse de V. DELVOLVÉ *La liberté d'entreprendre*, Thèse 2002, dactylographiée. Souvent oublié, il permet pourtant de comprendre la faible portée des droits sociaux constitutionnels. La situation légale résulte en effet d'une conciliation entre cette liberté d'entreprendre dont dispose le chef d'entreprise – qui a par exemple le droit de n'embaucher que qui il veut et quand il le veut ou de modifier le lieu d'implantation ou l'organisation de son entreprise – et des droits sociaux – par exemple le droit au travail ou le droit de grève.

¹⁹² Pour la reconnaissance d'une liberté d'accès aux marchés publics et les liens que celle-ci entretient avec la libre concurrence, cf. *supra*. Pour l'égalité d'accès, cf. *infra* section première.

876. Le professeur P. DELVOLVÉ est allé dans un sens radicalement différent en considérant que la liberté d'entreprendre avait non seulement la valeur juridique la plus haute mais aussi la définition la plus large¹⁹³. Il constate tout d'abord que le décret d'Allarde ne consacre pas expressément la liberté du commerce et de l'industrie et que ses dispositions permettent au contraire d'en faire la source de la liberté d'entreprendre. Il remarque ensuite que la décision du Conseil constitutionnel entend la liberté d'entreprendre comme couvrant tous les aspects de l'activité économique, vision que l'on retrouvera dans toutes les décisions ultérieures et qui conduit à la mettre en avant. Il estime ainsi que la liberté d'entreprendre comprend plusieurs autres libertés qu'il convient d'agencer entre elles. La première est la liberté professionnelle qui consiste à pouvoir accéder à une profession et à l'exercer¹⁹⁴. Elle constitue de surcroît une liberté *primus inter pares* dans la mesure où elle fonde partiellement la seconde composante de la liberté d'entreprendre¹⁹⁵ : la liberté du commerce et de l'industrie. Cette dernière a enfin pour corollaire la liberté de concurrence qui nous intéresse¹⁹⁶.

¹⁹³ Voir ces développements in P. DELVOLVÉ, *Droit public de l'économie*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 1998 n° 86 p. 108

¹⁹⁴ L'auteur estime que cette *liberté professionnelle* a un champ d'application plus large lorsqu'elle est comprise comme émanation de la liberté d'entreprendre que comme émanation de la liberté du commerce et de l'industrie dans la mesure où elle inclut alors les professions qui ne sont ni de l'industrie ni du commerce. Le Conseil d'État a d'ailleurs accordé le bénéfice de la liberté professionnelle aux infirmiers et aux pêcheurs qui n'exercent pas, au sens strict, des activités industrielles et commerciales. (Cf. CE Ass. 22 juin 1963 *Syndicat du personnel soignant de la Guadeloupe*, rec. p. 386 ; *AJDA* 1963 p. 460, chr. M. GENTOT et J. FOURRÉ, CE Ass. 16 décembre 1988, *Association des pêcheurs aux filets et engins, Garonne, Isle et Dordognes maritimes*, rec. p. 448, RDP 1989 p. 521, concl. E. GUILLAUME, *AJDA* 1989 p. 82, chr. M. AZIBERT et M. de BOISDEFRE, *Dalloz* 1990 p. 201 note F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX). On nous permettra pourtant de penser que ces arrêts pourraient tout aussi bien être pris si la liberté professionnelle était un corollaire de la liberté du commerce et de l'industrie. Il nous semble en effet que le terme « d'industrie », que l'on retrouve non pas dans le décret d'Allarde mais dans les articles 17 de la « déclaration de l'An I » « *Nul genre de travail, de culture, de commerce, ne peut être interdit à l'industrie des citoyens* », 355 de la Constitution de l'An III « *Il n'y a ni privilège, ni maîtrise, ni jurande, ni limitation de la liberté de la presse, du commerce, et à l'exercice de l'industrie et des arts de tout espèce* » et 13 de la Constitution de 1848 « *La Constitution garantit aux citoyens la liberté du travail et de l'industrie* », n'a pas le même sens que « l'industrie » aujourd'hui. Ce mot signifie selon nous « tout travail, manuel ou intellectuel », il nous semble qu'il faille donner au terme son sens le plus large. En témoigne par exemple le *Littré* qui, bien que plus tardif encore que ces textes, donne au terme d'industrie ce sens large synonyme de « métier » (« *3° Profession mécanique ou mercantile, art, métier que l'on exerce pour vivre. Cette petite industrie lui donne de quoi subsister.* »). Par ailleurs, le texte du décret d'Allarde montre bien qu'il entend réglementer « *telle profession, art ou métier qu'il jugera bon* », ce qui laisse à penser qu'il faille de toute façon entendre la liberté du commerce et de l'industrie le plus largement possible, sans en exclure de façon artificielle les pêcheurs ou les infirmiers. Si le décret d'Allarde n'est pas ce qui fonde la liberté du commerce et de l'industrie puisqu'elle a été érigée en Principe général du droit, ce principe doit au moins s'inspirer de ce que l'on entend depuis toujours par industrie et non lui donner un sens par trop « moderne ».

¹⁹⁵ Il faut dire que la liberté professionnelle a été reconnue en elle-même comme un principe à valeur constitutionnelle, notamment pour ce qui concerne la « liberté d'établissement » cf. Conseil constitutionnel, décision 84-172 DC du 26 juillet 1984, *Loi relative au contrôle des structures des exploitations agricoles et au statut du fermage*, rec. p. 58, à propos de l'article 8 de cette loi. Cette solution est implicite et issue des moyens des requérants « *Considérant, d'autre part, en ce qui concerne la liberté d'établissement, qu'aucun principe de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur de réglementer les conditions d'établissements d'un exploitant agricole* ».

¹⁹⁶ La logique qui limite le champ d'application d'un principe corollaire – inférieur ? – au champ d'application du principe qui lui est supérieur voudrait donc que la libre concurrence ne bénéficie

L'approche du professeur P. DELVOLVÉ rattache donc la *libre concurrence* à la *liberté du commerce et de l'industrie*, ce qui nous ramène aux considérations que l'on a pu avoir dans la description de cette situation. Si cela n'a donc qu'une influence limitée sur l'existence de la liberté de concurrence, il faut constater que « l'agencement » des libertés économiques qui met en avant la liberté d'entreprendre est récemment sorti d'un cadre essentiellement doctrinal pour rentrer clairement dans le droit positif avec des conséquences de plus en plus nombreuses au contentieux.

y) La liberté d'entreprendre interprétée par la jurisprudence

877. Jusqu'à il y a peu de temps, on ne rencontrait en effet les termes de « liberté d'entreprendre » que dans le cadre bien précis des arrêts citant la loi Royer de 1973 qui contient l'expression dans son texte¹⁹⁷. Or, depuis 1992, les arrêts ou ordonnances employant l'expression en dehors de cette hypothèse sont en nette extension. On ne saurait encore dire s'il s'agit là d'une évolution profonde conduisant à un rapprochement entre les positions des deux Conseils, si l'on ne doit voir dans ce mouvement que la marque de certains membres de la Haute juridiction administrative ou, simplement, s'il ne s'agit pas d'une évolution des moyens invoqués dans les requêtes, mais la tendance est palpable. Quoi qu'il en soit, cette évolution s'est faite en trois phases.

878. Dans une première phase, à partir de 1992, on voit apparaître des arrêts utilisant cette liberté, principalement soulevée par les requérants afin de demander l'annulation d'actes administratifs limitant leur liberté d'action en tant que chef d'entreprise¹⁹⁸ ou leur interdisant l'accès à une profession¹⁹⁹. Le Conseil d'État rejette

qu'aux personnes pouvant faire valoir leur « liberté du commerce et de l'industrie ». Si l'on acceptait une définition de cette liberté « réduite » aux seules activités commerciales et industrielles au sens actuel du terme – la transformation des matières premières et des énergies –, cela voudrait dire que ni les infirmiers ni les pêcheurs ne bénéficient d'une « libre concurrence ». On est ici encore face à un argument refusant de limiter le terme « d'industrie » à son sens actuel puisque cette limitation de la « libre concurrence » ne correspond pas au droit positif, ni interne ni communautaire : il y a bien une concurrence entre les infirmières libérales, entre elles et les infirmières du public, les seules restrictions que l'on voit – nombreuses il est vrai – sont justifiées par l'intérêt général, justification on ne peut plus classique aux libertés économiques.

¹⁹⁷ Il s'agit de la loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 modifiée, *d'orientation du commerce et de l'artisanat*, articles 1, 1^{er} al. et 2, 1^{er} al., alinéas non transposés aux articles L. 720-1 et s. du Code de commerce. Pour des exemples récents de l'utilisation de ces dispositions, cf. CE 2 avril 2003, *Gaec le Haut de l'Isle – établissements horticoles Foulon-Blondel et autres*, req. n° 229075 non publié ; CE 6 juin 2003, *SARL Inter'net*, req. n° 231185, non publié ; et CE 6 juin 2003, *Société Rasquer Sport*, req. n° 227285, non publié.

¹⁹⁸ Trois arrêts recourent ce type de cas : CE 12 juin 1992, *Lacombe et autres*, rec. p. 230 « *Considérant que les requérants ne sauraient sérieusement prétendre que l'arrêté contesté, en réduisant la marge bénéficiaire des pharmaciens d'officine, porterait un atteinte grave à la liberté d'entreprendre* ». CE 24 juin 1992, *SARL « agence française de communication »*, req. n° 65716, inédit au Lebon, à propos d'une obligation faite aux radios libre d'avoir un programme original et non repris d'une autre radio, obligation ne portant pas atteinte à la liberté d'entreprendre selon le Conseil d'État ; CE 29 mars 2000, *Société Fromagerie Le Centurion et autres*, req. n° 205253, rec. Tables, pp. 830, 866, 890 à propos de l'obligation d'un contrôle des laits à l'entrée dans les ateliers de transformation en fromage AOC « Comté », obligation ne portant pas atteinte à la liberté d'entreprendre.

d'ailleurs à chaque fois ce moyen en estimant que l'atteinte au principe n'est qu'une atteinte raisonnable aux vues des objectifs poursuivis par le texte, comme il le fait pour toutes mesures de « police ». S'il arrive que le juge, répondant aux requérants, fasse référence en même temps à l'absence d'atteinte à la liberté d'entreprendre et à la liberté du commerce et de l'industrie²⁰⁰, la première est le plus souvent évoquée seule.

879. Dans une seconde phase, c'est la hiérarchie entre les principes qui a été précisée. Le point de rupture est très récent puisqu'il s'agit d'une ordonnance du juge des référés du Conseil d'État du 12 novembre 2001²⁰¹, ordonnance dans laquelle le juge annule l'ordonnance de référé de première instance en estimant « qu'ainsi la délibération litigieuse ne saurait être regardée comme portant une atteinte grave à la liberté du commerce et de l'industrie qui est une composante de la liberté fondamentale d'entreprendre ». Les requérants n'invoquant que la liberté du commerce et de l'industrie, c'est donc par un *obiter dictum* que le juge va préciser les liens entre les deux libertés²⁰². Cette ordonnance, importante au fond mais aussi en ce qu'elle fait rentrer la liberté d'entreprendre dans les « libertés fondamentales » de l'article L. 521-2 du CJA²⁰³, sera reprise mot pour mot par d'autres arrêts ou ordonnances.

880. Enfin, dans une troisième phase, le juge administratif a posé une définition de ce qu'il entendait par « liberté d'entreprendre ». Il l'a fait à l'occasion d'une

¹⁹⁹ TA Rennes, 5 février 1997, *M. Guy Le Floch*, req. n° 9398 ; CE 18 février 1998, *Section locale du pacifique sud de l'ordre des médecins*, req. n° 171851, rec. Tables, pp. 710, 1047, 1181 limitant à un contrôle le conventionnement de médecins dans une commune ; CE 29 mars 2000, *Société Fromagerie Le Centurion et autres*, req. n° 205253, rec. Tables, pp. 830, 866, 890, à propos d'une appellation d'origine contrôlée « Comté » ne portant pas par elle-même atteinte à la liberté d'entreprendre ; CE ord. 1^{er} mars 2002, *M. Xavier Bonfils*, req. n° 243651, publié au Lebon, à propos de l'autorisation administrative nécessaire pour enseigner la conduite des véhicules terrestres à moteur qui est une limitation légale à la liberté d'entreprendre ; CE 3 avril 2002, *M. Jérémie Bouvet et autres*, req. n° 238237, inédit au Lebon, à propos d'un *numerus clausus* à l'entrée des études de masseur-kinésithérapeute qui ne porte pas une atteinte illégale à la liberté d'entreprendre ; CE ord. 14 mars 2003, *Commune d'Evry*, req. n° 254827, mentionné aux tables du Lebon, à l'occasion de la fermeture d'un magasin non justifiée et qui porte atteinte à la liberté d'entreprendre. CE 22 octobre 2003, *M. Patrice X*, req. n° 250163, mentionné aux tables du Lebon, à propos d'un refus justifié d'indemnité de licenciement qui n'est pas une atteinte à la liberté d'entreprendre (le moyen était en l'espèce spécialement osé).

²⁰⁰ Dans les trois arrêts précités : CE 29 mars 2000, *Société Fromagerie Le Centurion et autres*, req. n° 205253 ; CE ord. 1^{er} mars 2002, *M. Xavier Bonfils*, req. n° 243651 ; et CE 3 avril 2002, *M. Jérémie Bouvet et autres*, req. n° 238237 ; le Conseil d'État se réfère aussi bien à la liberté d'entreprendre qu'à la liberté du commerce et de l'industrie mais en citant toujours en premier lieu la liberté d'entreprendre.

²⁰¹ CE 12 novembre 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*, req. n° 239840, rec. p. 551. En l'espèce, le juge ne considère pas que l'atteinte à cette liberté soit telle qu'elle puisse être qualifiée de « grave » au sens de l'article L. 521-2 du CJA et ne suspend pas la décision comme cela lui avait été demandé.

²⁰² On peut aussi considérer que la référence à la liberté d'entreprendre n'est pas un *obiter dictum* mais qu'elle sert à justifier de la qualité de « liberté fondamentale » – exigée par le texte de l'article L. 521-2 du CJA – du principe en cause ; qualité que, par elle-même, la liberté du commerce et de l'industrie n'aurait pas. Le juge aurait alors trouvé utile de rattacher la liberté du commerce et de l'industrie, non-constitutionnelle, à la liberté d'entreprendre, constitutionnelle. En tout état de cause, le considérant est une adaptation parfaite au contentieux du raisonnement du professeur P. DELVOLVÉ.

²⁰³ Il a pour la première fois sanctionné un acte administratif sur le fondement de la liberté d'entreprendre à l'occasion d'un « référé liberté » de l'article L. 521-2 du CJA dans une ordonnance du 14 mars 2003 *Commune d'Evry*, req. n° 254827, mentionné aux tables du Lebon, à l'occasion de la fermeture d'un magasin non justifiée.

ordonnance de référé du 25 mars 2002²⁰⁴ dans laquelle il précise que la liberté d'entreprendre « s'entend comme celle d'exercer une activité économique dans le respect de la législation et de la réglementation en vigueur et conformément aux prescriptions qui lui sont légalement imposées ». Si l'on passe sur les limites à cette liberté que contient cette définition²⁰⁵, on constate qu'elle est effectivement définie de la façon la plus large possible puisqu'elle s'entend comme la liberté à exercer une activité économique.

La théorie voulant que la liberté d'entreprendre comprenne la liberté du commerce et de l'industrie, elle-même comprenant la libre concurrence semble donc peu à peu prendre une réalité contentieuse en plus de sa réalité doctrinale.

881. On le voit, la « libre concurrence » que l'on rencontre depuis bien longtemps dans le cadre des marchés publics a peu à peu été rattachée aux autres principes libéraux. Ce rattachement a permis deux choses : l'application de la libre concurrence en dehors du cadre des marchés publics mais aussi et surtout son incorporation dans le mouvement général du droit de la concurrence. Il s'en est suivi non seulement une profonde modification de l'interprétation de ce principe mais aussi une « réincorporation » de cette nouvelle interprétation, issue du droit de la concurrence « général », dans le cadre des marchés publics. C'est grâce à cette évolution que l'on peut aujourd'hui estimer que le principe de « libre concurrence » est réellement le second fondement qui justifie les procédures de passation, qu'elle est le deuxième plus important « principe de la commande publique ».

B)... à la concurrence libre et égale

882. Le rattachement de la libre concurrence à des principes de liberté est topique de la vision idéalisée du libéralisme, issue notamment de la théorisation d'Adam SMITH²⁰⁶ qui considère que l'économie est un « ordre spontané »²⁰⁷. Les théoriciens du

²⁰⁴ Cf. notamment CE ord. 25 avril 2002, *Société Saria Industries*, n° 245414 à publier au Lebon. Cette première ordonnance est spécialement notable à un triple titre : d'abord c'est la première à définir la liberté d'entreprendre dans un contentieux administratif, ensuite elle le fait alors que les requérants n'invoquaient que la liberté du commerce et de l'industrie et enfin, cette définition est posée dans le premier considérant comme c'est le cas dans les arrêts « de principe ». Une définition parfaitement identique de la liberté d'entreprendre a été donnée dans une autre ordonnance de référé : CE 17 décembre 2003, *EURL Ecosphère et autres*, req. n° 262471, à publier au lebon. Ces deux décisions étant des référés, il est possible de penser qu'il ne s'agit là que de la définition de la liberté d'entreprendre comme liberté fondamentale au sens de l'article L. 521-2 du CJA, mais on voit mal en même temps comment elle ne serait pas généralisable.

²⁰⁵ Cette définition renvoie de fait au Conseil constitutionnel le soin de fixer les limites de cette liberté, dans le cadre de son contrôle des lois votées qui pourraient lui porter atteinte. En ce sens, bien que peu éclairante – c'est le moins que l'on puisse dire – la définition du Conseil d'État n'est pas inutile.

²⁰⁶ Cf. Adam SMITH, *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*, traduction de Rosalind Greenstein, *Enquête sur la nature et les causes de la richesse des nations*, PUF 1995, 4 Vol. Il ne faut pourtant pas oublier que, si cet auteur se concentre sur la fin des entraves à l'activité économique, il n'en part pas moins du principe que cette liberté est encadrée, cela avant tout par les règles morales qu'il avait déjà mis en avant : cf A. SMITH, *The Theory of moral sentiments, or an essay towards an analysis of the principles by which men naturally judge concerning the conduct and character, first of their neighbours, and afterwards of themselves*,

libéralisme sont pourtant rapidement revenus sur cette approche et l'on voit apparaître des lois antitrust aux États-Unis dès le XIX^e siècle²⁰⁸. En France aussi, le droit privé développe à cette époque un droit de la concurrence, notamment contre la concurrence déloyale²⁰⁹. Par la suite va peu à peu se développer, mais très lentement, un droit de la concurrence entre les personnes privées que sont les entreprises. Le droit public n'abordant alors pour sa part les libertés économiques que comme des contraintes interdisant l'activité publique dans l'économie, tout en considérant que l'intérêt général attaché à l'activité publique en question permet en général de renverser le principe de liberté.

883. C'est après la deuxième Guerre Mondiale que sont apparus en France les textes généraux régissant les pratiques anticoncurrentielles, pour lutter contre la tendance naturelle aux monopoles et contre les pratiques des ententes ou des abus de position dominante : d'abord l'ordonnance de 1945²¹⁰, puis les modifications qu'elle a subies, notamment en 1977²¹¹, enfin l'ordonnance de 1986 et son intégration dans le code de commerce²¹². Comme on l'a vu, plus le droit de la concurrence se développait, plus le droit des marchés publics s'y rattachait jusqu'à ce que, comme les principes en témoignent, on assimile la « libre concurrence » dans les marchés publics à un principe économique général de libre concurrence. Preuve en sont les arrêts qui se fondent sur les textes du droit de la concurrence en matière de marchés publics.

C'est ce lien qui fera que le principe de libre concurrence dont l'appréciation a évolué dans le cadre du droit de la concurrence évoluera aussi dans le cadre des marchés publics, d'une part par un raisonnement finaliste (1), d'autre part par une intégration de cette nouvelle appréhension du principe dans les différentes sources (2).

London, *W. Strahan, J & F Rivington, W. Johnston, T. Longman and T. Cadell*, 1774, 476 pp. (1^e ed 1759, *l'inquiry into...* date de 1776).

²⁰⁷ L'expression est de Lucien JAUME, V^o libéralisme in, *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. D. ALLAND et S. RIALS, PUF et Lamy, 2003

²⁰⁸ Il s'agit notamment du *Sherman Antitrust Act* du 8 avril 1890, dont le véritable nom est *Act to protect trade and commerce against unlawful restraints and monopolies*. Cet acte a été pris après la création, le 2 janvier 1882 de la Standard Oil, premier Trust des États-Unis. Il interdit « *every contract, combination in the form of trust or otherwise that restraint of trade or commerce among the several states, or with foreign nations* ». La cour suprême réduisit pourtant à presque rien cet acte en 1895 par le cas *United States v. E. C. Knight company* lorsqu'elle déclara légal un trust de 98% sur le marché du sucre. Cet *Act* a ensuite été modifié et eu plus de succès. Il fonde encore aujourd'hui des recours comme celui contre *Microsoft* en l'an 2000.

²⁰⁹ Ces jurisprudences sont fondées sur les articles du code civil régissant la responsabilité délictuelle (art. 1382 et 1383 du Code civil). À l'origine de l'utilisation de ces articles à des cas de concurrence déloyale, il fallait qu'il y ait intention de nuire, cette condition ayant été ensuite ramenée à une faute non intentionnelle. Selon D. LOSCHAK, « les problèmes juridiques posés par la concurrence des services publics et des activités privées », *AJDA* 1971, pp. 261-273, spé. p. 270, c'est ce qui justifie que certains parlent de concurrence illicite et non déloyale.

²¹⁰ Il s'agit de l'ordonnance n^o 45-1483 du 30 juin 1945 *Relative aux prix*, *J.O.* du 8 juillet 1945 p. 4150, rectificatif au *J.O.* du 21 juillet p. 3978, DUVERGIER, Tome 45 (=145), p. 289. Ce n'est alors que par les prix que cette ordonnance régle la concurrence, la « commission technique des ententes, remplacée en 1977 (*cf.* note suivante) par la commission de la concurrence n'a été créée que par le décret du 9 août 1953, premier texte s'intéressant à la répression des ententes illicites.

²¹¹ Il s'agit de la loi du 19 juillet 1977 *relative au contrôle des concentrations économiques et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante* qui modifie notamment l'article 59 de l'ordonnance de 1945 en introduisant le terme de « principe de concurrence ».

²¹² Ordonnance n^o 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, codifiée au livre 4^e du Code de commerce (articles L. 410-1 à L. 470-8)

1) Une vision finaliste de la liberté conduisant à l'égalité

884. Le principe de libre concurrence avait comme objectif premier de permettre à tous les acteurs économiques d'entrer sur un marché et d'y proposer leurs biens ou services. Il s'oppose en cela à toutes les pratiques non concurrentielles du type ententes ou abus de position dominante qui permettent à un ou plusieurs opérateurs économiques d'empêcher de nouveaux acteurs d'entrer sur un marché. Il s'oppose aussi, et l'on est doublement ici dans le cadre du droit public de l'économie, à l'activité des personnes publiques sur le marché, au moins dès lors que cette personne publique empêche l'accès des personnes privées aux marchés sans justification suffisante d'intérêt général ou de service public²¹³.

885. Le raisonnement ayant conduit au glissement vers une « égale concurrence » est parti de la justification téléologique de la règle de libre concurrence – c'est-à-dire laisser un marché libre afin qu'il soit concurrentiel –, tout en constatant que, contrairement à ce que la théorie libérale avançait, la liberté de concurrence ne menait pas à un marché concurrentiel. Au contraire, afin de gagner la compétition économique, l'acteur le plus important tendait à écraser ses concurrents jusqu'à détenir un monopole, ou au moins à avoir une position dominante et à pouvoir mener le marché en abusant de celle-ci. Si aucun acteur ne se détachait, la tendance naturelle voulait que ceux-ci s'entendissent afin de conserver un *statu quo ante*, c'était procéder par ententes. L'objectif de concurrence, dont peu de personnes remettaient en cause les bienfaits²¹⁴, ne conduisait donc plus à vouloir laisser libre le marché mais au contraire à exiger que l'on organisât cette liberté, ou au moins qu'on la rationalisât. Il ne fallait plus seulement que les acteurs économiques fussent libres, il fallait aussi qu'ils eussent une égalité des armes dans cette guerre économique. L'idée était donc que la véritable liberté de concurrence ne pouvait s'exercer que si elle n'était pas « supprimée, restreinte ou faussée »²¹⁵, soit par l'un des opérateurs privés, soit par une personne publique. Le rôle de la puissance publique n'était par conséquent pas seulement de garantir la liberté mais aussi de garantir que cette liberté fut effective. C'est en cela que nous disons que la personne publique a non plus une obligation de moyen mais une obligation de résultat dans sa mission de garant de la liberté de concurrence.

²¹³ Il s'agit concrètement de deux cas principaux : d'une part le socialisme municipal et d'autre part la mise en place de concessions de service public, le premier limitant l'arrivée de nouvelles entreprises ou entravant le développement de celles qui existent, le deuxième créant un monopole. Cf. *infra* pour l'évolution de cette approche.

²¹⁴ Au contraire, on assistait plutôt à son développement avec la naissance de l'école de Chicago ou celle des Communautés européennes

²¹⁵ Nous empruntons cette suite de termes à J.-J. ISRAËL, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, LGDJ coll. *Manuel*, 1998, p. 539

Or cette obligation de moyen vise nécessairement à assurer une égalité relative²¹⁶ entre les opérateurs, le jeu de la concurrence ne pouvant dès lors subir une influence, donc perdre sa liberté. Ce raisonnement permet de considérer que, sous le terme de « liberté de la concurrence » on a en réalité une obligation de « concurrence libre et égale »²¹⁷.

2) Les sources de la concurrence libre et égale

886. Ce raisonnement vers l'égalité transcende toutes les sources du droit économique français, qu'elles soient internes ou communautaires.

a) Les sources communautaires

887. Pour ce qui est des sources communautaires, on peut considérer qu'elles ont dès l'origine une approche de la concurrence marquée tout autant par la liberté que par l'égalité. L'importance de ces principes est tel que, bien qu'absents de la version originale du Traité de Rome, ils y ont été introduits par l'Acte unique de 1986²¹⁸ dans les articles 4 (ancien 3A), et 3-G du Traité instituant la Communauté européenne. Le premier article reconnaît notamment un « principe d'une économie de marché ouverte où la concurrence est libre »²¹⁹ que l'on retrouve en effet en filigrane dans l'ensemble des directives sur les marchés publics²²⁰, ce qui est la meilleure marque de l'effectivité d'un principe. La Cour de justice met elle aussi en avant cet objectif « primordial » de mise en concurrence des marchés publics²²¹, suivie en cela par la commission qui en fait un principe applicable aux

²¹⁶ Nous précisons que cette égalité doit être « relative » dans la mesure où elle ne saurait être parfaite sans se rapprocher de la planification économique et quitter le champ des « libertés ».

²¹⁷ Le professeur D. LINOTTE, « Principes d'égalité, de liberté, de commerce et de l'industrie et droit de la concurrence », in *Droit public de la concurrence*, ouvrage collectif sous la direction J.-M. RAINAUD et R. CRISTINI, *Economica coll. Science et droit administratifs*, 1987, pp. 9-20 va dans ce sens lorsqu'il écrit : « Les relations que nouent le principe de concurrence et les principes de liberté et d'égalité, sont donc, pour employer un langage théologique, consubstantielles ».

²¹⁸ Ces principes étaient considérés par la doctrine comme inhérents aux anciens articles 86 et suivants interdisant les pratiques anticoncurrentielles et 30 et 31 prohibant les restrictions quantitatives ou les mesures d'effet équivalent.

²¹⁹ Pour sa part, l'article 3-g) prescrit que « l'action de la Communauté comporte [...] g) un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché intérieur ».

²²⁰ Nous partageons l'opinion de PH. TERNEYRE, *L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats administratifs*, *AJDA* 1996, n° spécial, pp. 84-91, spé. p. 85 lorsqu'il écrit : « Par ailleurs, si l'on envisage la philosophie générale du droit communautaire des marchés publics, force est de constater qu'il s'agit là d'un droit des objectifs, d'un droit fonctionnel tendant exclusivement à faire jouer une concurrence libre et égale dans la passation des marchés publics [...] ».

²²¹ L'arrêt de la Cour de justice du 12 juillet 2001 *Ordine degli architetti delle province du Milano e Lodi, Piero de Amicis, Consiglio nazionale degli architetti et Leopoldo Freyrie contre Comune di Milano*, affaire C-399/98, rec. 2001 p. I-5409, dont le point 75 précise clairement que « L'objectif primordial de la directive qui est [...] la mise en concurrence des marchés publics [...] ». Ce considérant est repris quasiment à l'identique dans l'arrêt de la Cour du 27 novembre 2001 *Impresa Lombardi Spa – Impresa Generale du costruzioni contre ANAS – Ente nazionale per le strade et Società Italiana per Condotte d'Acqua Spa* (C-285/99) et *Impresa Ing. Mantovani*

concessions²²². On retrouve par ailleurs cette égalité de concurrence dans les articles 81 à 89 du Traité de Rome dans lequel sont mises sur un pied d'égalité les personnes publiques et privées, sauf pour des raisons qui tiennent à leurs missions²²³. Ces sources communautaires de la libre concurrence sont par ailleurs parfois utilisées par la jurisprudence administrative, notamment en supplément des sources internes²²⁴.

b) Les sources internes

888. Pour ce qui est des sources internes, on retrouve ce glissement vers l'égalité de concurrence notamment dans les conséquences du « principe de libre concurrence » sur le régime applicable aux personnes publiques. Durant le XIX^e siècle et jusqu'au premier tiers du XX^e, le droit de la concurrence est totalement absent du droit administratif, sauf pour ce qui concerne les marchés publics. Lorsque l'administration effectue des opérations économiques, elle ne le fait que sous le couvert de monopoles, c'est-à-dire en prenant soin d'évacuer toute forme de concurrence. Même le droit des marchés publics, dont on a précisé qu'il était le seul soumis à concurrence, est dans une situation doublement différente d'aujourd'hui : d'une part la concurrence n'est pas une fin en soi, elle n'est qu'un moyen de faire le meilleur choix économique ; l'objectif recherché n'est pas le respect d'un principe mais les avantages que l'on va tirer de l'application du principe. D'autre part, il faut garder à l'esprit que les procédures de passation sont alors facultatives, elles ne sont mises en place que dans l'intérêt de la personne publique qui peut, le cas échéant, s'en affranchir²²⁵.

889. Dans un second temps²²⁶, durant un deuxième tiers du XX^e siècle largement entendu, on a assisté à l'émergence de liens entre le droit administratif et le droit de la concurrence. Il nous semble possible de faire débiter cette évolution avec le

Spa contre ANAS – Ente nazionale per le strade di Ditta Paolo Bregoli (C-286/99), affaires liées sur demande de question préjudicielle du Conseil d'État Italien, point 35, rec. 2001 p. I-9233

²²² La communication interprétative sur les concessions en droit communautaire du 12 avril 2000, se fondant sur les arrêts CJCE 26 février 1992, *Raulin*, affaire C-357/89 et CJCE 7 juillet 1992, *Parlement c/ Conseil*, affaire C-295/90 « estime qu'il découle de cette jurisprudence que le principe de mise en concurrence doit être respecté » dans le cadre des concessions

²²³ Ces exceptions de l'article 86 sont fondées sur les services d'intérêt économiques généraux, les monopoles fiscaux ou les entreprises publiques. Sur les principes européens du droit de la concurrence applicables aux personnes publiques, cf. C. BLUMANN, in *Les libertés économiques*, sous la direction de G. DRAGO et M. LOMBARD, ed. *Panthéon-Assas, LGDJ diffuseur*, Paris, 2003, pp. 105-118. Nous reviendrons sur ce point dans le paragraphe suivant.

²²⁴ C'est la cas par exemple dans l'arrêt CE 27 juillet 2001, *Coopérative de consommation des adhérents de la mutuelle assurance des instituteurs de France (CAMIF)* ; req. n° 218067, *BJCP*, 2001, pp. 497-511, concl. C. BERGEAL, obs. R.S. ; *Contrats et marchés publics*, octobre 2001, pp. 4-9, chr. F. LLORENS ; *Europe*, février 2002, comm. P. CASSIA, n° 60.

²²⁵ Voir les développements sur ce point dans la première partie.

²²⁶ Le découpage en trois phases des transformations du droit public de la concurrence se retrouve aussi dans l'article de D. LINOTTE, « Le droit public de la concurrence », *AJDA* 1984, pp. 60-67, spé. p. 64-65. Nous sommes pour l'essentiel en accord avec ce découpage tout en ayant une perspective mettant plus en avant le droit des marchés publics et en ayant le bénéfice des dernières et importantes évolutions que cet auteur avait si bien anticipé.

« socialisme municipal » qui a conduit le juge administratif à fixer, temporairement, le droit applicable. La concurrence devient un objectif en-soi, un véritable principe que le juge va reconnaître aux seules personnes privées. Cela a deux conséquences : d'une part les personnes publiques ne bénéficient pas de cette liberté, d'autre part elles ne peuvent porter atteinte à ce droit fondamental des personnes privées que dans des conditions très strictes. C'est ainsi que la jurisprudence *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*²²⁷ va poser deux exigences à l'action économique des collectivités locales : d'abord que l'activité en question soit d'intérêt général, ensuite qu'il y ait une défaillance de l'initiative privée en la matière. Cette jurisprudence est par ailleurs essentiellement applicable aux activités économiques locales, l'utilisation de concessions ou de monopoles sous d'autres formes étant toujours la règle pour les activités économiques nationales²²⁸. Pour ces dernières, on comprend que le monopole, limitation ultime de la liberté de la concurrence, soit justifié par la notion de « service public ». C'est cette justification qui donne toute son importance au principe de spécialité qui, limitant matériellement le rôle du concessionnaire, va éviter que ces entreprises aillent exercer leurs activités sur des marchés qui doivent rester concurrentiels²²⁹. Anticipant encore une fois le développement du droit de la concurrence en droit public, le droit des marchés public va, lui aussi, faire un grand pas dans le sens de l'effectivité puisque c'est à partir de 1909 et l'arrêt *Barla*²³⁰ que les procédures de passation des marchés publics deviendront non seulement obligatoires mais aussi d'ordre public.

890. C'est dans un troisième temps que l'on va assister au véritable glissement vers la prise en compte d'une égalité comme condition de la concurrence. Pourtant, *a posteriori*, on peut se demander si ce qui justifiait que les personnes publiques ne puissent pas avoir des activités industrielles et commerciales en concurrence avec des personnes privées ne résultait pas autant d'une volonté de respecter un principe de liberté que de l'idée que la puissance publique était forcément en « position dominante » face aux entreprises privées. Certains arrêts du Conseil d'État et de la Cour de cassation faisant référence dès le début des années 1930 au principe de « l'égalité qui doit présider au libre jeu de la concurrence »²³¹ vont dans ce sens²³². Pour autant, ce n'est que durant les années

²²⁷ CE Sect. 30 mai 1930 *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers*, *GAJA* 14^e ed. n° 45 pp. 276-285 ; *RDP* 1930, p. 530 concl. JOSSE ; Sirey 1930.3.73, concl. JOSSE, note R. ALIBERT

²²⁸ Sur ce point, cf. M. LOMBARD, « La liberté du commerce et de l'industrie : archaïsme ou renouveau », in *Les libertés économiques*, sous la direction de G. DRAGO et M. LOMBARD, ed. *Panthéon-Assas, LGDJ diffuseur*, Paris, 2003, pp. 59-64, spé. p. 60

²²⁹ Lorsque les entreprises publiques chargées de mission de service public entendent avoir des activités en dehors de leur spécialité, elle ne peuvent concurrencer l'initiative privée que dans les conditions applicables aux collectivités locales, c'est-à-dire en respectant un besoin d'intérêt public et la défaillance de l'initiative privée, ces activités devant de plus rester marginales. Cf. sur ce point un arrêt CE 23 juin 1965 *Société aérienne de recherche minière*, rec. p. 380, touchant l'IGN (déjà décédé précurseur en matière de concurrence des services publics puisque c'est aussi à son sujet qu'a été pris l'avis *Jean-Louis Bernard Consultants cf. infra* note 52).

²³⁰ CE 5/2/1909 *Barla*, rec. p. 134, *RDP* 1910 p. 61 note G. JÉZE. Cf. sur notre première partie sur l'évolution du caractère contraignant des législations et réglementations sur les marchés publics.

²³¹ L'expression citée vient de l'arrêt de la Cour de cassation, civ. 15 janvier 1936 *Compagnie des omnibus et tramways de Lyon c/ Bon*, *Gaz. Pal.* 1936.1.477, cet arrêt reprend la solution de la cour d'appel de Lyon du 5 nov. 1930 dans la même affaire, *Gaz. Pal.* 1931.2.327. On trouve une solution similaire dans un arrêt Cass. Civ 20 juin 1934, *Gaz. Pal.* 1934.2.328 dans des termes moins explicites. Pour ce qui est de

1960 que l'approche de la concurrence par l'égalité de concurrence va se développer et, chose curieuse, le droit des marchés publics va, cette fois-ci, suivre tardivement une évolution du droit de la concurrence en général.

891. Comme le note D. LINOTTE²³³, on assiste alors à une appréciation large du principe de spécialité²³⁴ et à un développement des activités publiques dans l'économie en dehors de toute référence au service public²³⁵. Ces deux circonstances conduisent logiquement à des cas de concurrence entre personnes publiques et privées de plus en plus nombreuses et, partant, à une référence à l'égalité des armes pour éviter que les entreprises publiques abusent d'une position dominante qu'elles tirent soit de leur statut soit de leur monopole sur un marché proche. Cette position trouve d'ailleurs une validation textuelle à l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, aujourd'hui article L. 410-1 du code de commerce, qui précise que les personnes publiques ou les délégataires de service public sont aussi soumis au droit de la concurrence²³⁶. Le droit des marchés publics ou, disons-le, le droit de la commande publique dans son ensemble, ne prend conscience de ces considérations que bien plus tard. C'est en effet d'abord par un arrêt du 16 octobre 2000 *Compagnie Méditerranéenne d'exploitation des services des eaux*²³⁷ que le Conseil d'État va permettre aux personnes publiques de concurrencer les personnes privées en répondant aux marchés publics, tout en imposant parallèlement qu'elles le fassent dans les mêmes conditions que ces personnes privées. Cette position sera encore plus clairement établie quelques semaines plus tard dans un avis contentieux du 8 novembre 2000 *Jean-Louis Bernard consultants*²³⁸. Il y est fait une référence implicite au principe de libre concurrence

la jurisprudence administrative, on peut citer l'arrêt CE 24 novembre 1933 *Zénard*, *Sirey* 1933.III.105, concl. DELTON, note MESTRE.

²³² Il ne faudrait pourtant pas considérer que la prise la « libre concurrence » devient une « égale concurrence » à cette époque au vu du faible nombre d'arrêts dans ce sens. Par ailleurs, n'oublions pas que les communes étant assimilées à des « personnes privées mineures » durant l'essentiel du XIX^e siècle, elles ne pouvaient à cette époque être considérées comme de la « puissance publique ». En ce sens, on peut comprendre que ces premières approches à travers le prisme de l'égalité ne soient apparues qu'autour des années 1930, lorsque les communes ont été clairement identifiées comme des personnes publiques marquées par la puissance publique.

²³³ D. LINOTTE, « Le droit public de la concurrence », *AJDA* 1984, pp. 60-67, spé. p. 66

²³⁴ C'est l'époque de la diversification des entreprises publiques avec la gestion des hôtels par la SNCF, les bureaux d'étude du CNRS ou de l'IGN. L'arrêt CE 4 juillet 1973 *Syndicat national des entreprises de diffusion*, rec. p. 462 concernant la distribution, par la poste, service public administratif, de publicités repose par exemple à la fois sur une atteinte à la liberté du commerce et de l'industrie et sur une atteinte au caractère discriminatoire des tarifs spéciaux (mais il y a rejet des deux moyens).

²³⁵ Il n'est qu'à faire référence aux nationalisations de 1982 qui a conduit à faire sortir de la concurrence – ou au moins tenté de le faire – bon nombre d'entreprises dont on ne peut pas dire qu'elles soient chargées de missions de service public à moins de l'étendre par trop.

²³⁶ Art. L. 410-1 code de commerce qui inclut dans son champ d'application « toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public ».

²³⁷ CE 16 octobre 2001 *Compagnie méditerranéenne d'exploitation du service des eaux*, req. n° 212054 ; *BJCP* 2001, p. 105, concl. C. BERGEAL ; *RFDA* 2001 p. 106, concl. C. BERGEAL ; *AJDA* 2001 p. 662, note A. TREPPOZ ; *Gaz. des communes*, 15 janvier 2001, p. 56 note BRECQ-COUTANT ; *ACL* 2001, n° 56

²³⁸ CE Sect, avis, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants*, req. n° 222208 ; *AJDA* 2000, p. 1066 pour l'avis et chron. M. GUYOMAR et P. COLLIN p. 987-992 ; *BJCP* 2001, p. 111 concl. C. BERGEAL ; *RFDA* 2001, p. 112 concl. C. BERGEAL ; *CJEG* 2001, p. 58, note M. DEGOFFE et J.-D. DREYFUS ; *JCP* 2001.I.357, note E. DELACOUR, *ACL* 2001, n° 86 ; *Contrats et marchés publics* 2001,

qui, pas plus qu'aucun autre principe, « n'interdit en raison de sa nature, à une personne publique, de se porter candidate à l'attribution d'un marché public ou d'un contrat de délégation de service public ». Cet avis est intéressant à trois titres principaux : d'une part il est une affirmation volontaire de la nouvelle interprétation du principe de libre concurrence²³⁹, d'autre part il lie clairement le droit de la commande publique au droit général de la concurrence en ayant recours au fondement textuel de l'ordonnance de 1986²⁴⁰, enfin, parce qu'il fait montre de l'unité de la commande publique en s'appliquant, le texte même de l'avis le précise, aussi bien aux délégations de service public qu'aux marchés publics.

892. La consécration du fait que la *libre concurrence* a nécessairement un lien avec l'*égalité* tout autant qu'avec la *liberté* est issue de la décision du Conseil constitutionnel n° 2001-450 DC du 11 juillet 2001, elle n'avait jamais été reconnue jusque-là²⁴¹. Pourtant, ce lien est doublement incertain même si, pour notre part, nous penchons pour sa reconnaissance implicite. D'une part, on ne saurait oublier que le texte de la décision 450 DC précise que ce lien vaut « en l'espèce ». Cela ne veut pas nécessairement dire que le lien ne vaut qu'en l'espèce mais cela ne permet pas une généralisation immédiate du raisonnement. D'autre part, les décisions 460 et 461 DC qui auraient pu préciser la nature constitutionnelle ou non du principe de « libre concurrence » et le lien qu'il avait avec le principe d'égalité ont évité cette discussion, mettant en cela un doute sur ces deux points.

n° 2 p. 4, comm. G. ECKERT ; *CTI* janv. 2001, comm. CÉLÉRIER ; *Droit. Adm.* avril 2001, chr. n° 8, pp. 4-9 de Y. LAIDIÉ intitulée « La concurrence entre établissements publics et opérateurs privés dans l'accès aux contrats publics ». Ce avis a ensuite été suivi non seulement d'un jugement du tribunal administratif de Lyon du 13 décembre 2001, req. 2552, inédit au Lebon, mais aussi une décision du Conseil de la concurrence n° 03-D-62 relative à des pratiques relevées lors de l'attribution d'un marché d'étude par l'agglomération dijonnaise, qui reprennent les critères posés dans l'avis du Conseil d'État en considérant qu'en l'espèce, il n'y a pas d'atteinte à la concurrence.

²³⁹ La chose est claire dans les conclusions du commissaire du gouvernement C. BERGEAL sous l'arrêt *Compagnie Méditerranéenne...* qui précise en se référant à d'autres études doctrinales que (*cf.* RFDA 2001 p. 109) « le droit français de l'intervention économique publique, qui reposait sur un principe de non concurrence, a désormais comme fondement un principe d'égalité de concurrence entre les opérateurs économiques intervenant sur un marché, quels que soient leurs statuts public ou privé »

²⁴⁰ L'avis précise « pour que soient respectés tant les exigences de l'égal accès aux marchés publics que le principe de liberté de la concurrence qui découle notamment de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 [...] ». Ce considérant ne permet pas que l'on qualifie la libre concurrence de *principe général du droit*, pas plus qu'on ne saurait prendre cet élément en considération pour refuser à la libre concurrence une valeur constitutionnelle dans la mesure où, si le Conseil d'État a déjà reconnu des Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, il ne l'a fait que dans des cas dans lesquels il avait besoin que le principe ait cette valeur. Il ne se réfère généralement qu'à la valeur nécessaire à la solution du litige et ne reconnaît normalement que des principes à valeur législative ou, si l'on suit le professeur R. CHAPUS, infra législative et supra décrétole.

²⁴¹ Décision n° 2001-450 du 11 juillet 2001 *Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel* ; LPA, 16 septembre 2002, n°185, pp. 4-16, note B. MATHIEU et M. VERPEAUX, ; RDP 2002, p. 639-674, note D. ROUSSEAU ; RFDC 2001, pp. 721-773, chr. L. FAVOREU, N. JACQUINOT, J. PINI, T. RENOUX, D. RIBES ; LPA 20 juillet 2001, n° 144, pp. 15-25, note J.-E. SCHOETTL. 10^e considérant *in fine* : « il appartiendra tant aux autorités de contrôle qu'au juge compétent saisi par toute personne intéressée de veiller au respect du principe d'égalité qui, en l'espèce, implique la libre concurrence ; ».

La position visant à refuser le caractère constitutionnel de la liberté de concurrence est retenue par une partie de la doctrine²⁴² qui prend argument notamment du considérant de la décision 460 DC²⁴³. Ces auteurs retiennent une interprétation consistant à dire que le Conseil constitutionnel a voulu par ces mots exprimer l'absence de valeur constitutionnelle, tant du principe de libre concurrence que du principe de transparence, suivant en cela les observations du Gouvernement²⁴⁴. Nous penchons plus²⁴⁵ vers l'interprétation consistant à considérer que les articles 3 de chacune des lois déferées ne pouvaient être considérés comme portant atteinte à ces principes²⁴⁶. Deux éléments permettent de défendre cette solution. D'une part, le fait que la liberté d'entreprendre comme la liberté professionnelle aient toutes deux valeur constitutionnelle ce qui pourrait justifier en logique que la libre concurrence en bénéficiât aussi²⁴⁷. D'autre part, le fait que la libre concurrence ait deux défauts intrinsèques qui conduisent à ce qu'elle n'ait pas encore été reconnue comme ayant valeur constitutionnelle, alors qu'elle aurait pu se voir reconnaître cette valeur sans cela : d'abord le fait d'être plus « politique » que les autres libertés, ensuite le fait d'être justement fondée à la fois sur la liberté et sur l'égalité.

893. La « libre concurrence » a donc un double sens : non seulement elle impose que l'accès à un marché économique doive être libre, mais elle implique aujourd'hui que ce marché est marqué par l'égalité, seule condition d'une véritable liberté. En même temps que ce principe a évolué, qu'il s'est transformé, il a aussi pris une importance qui le conduit aujourd'hui à transcender l'ensemble des textes économiques, et notamment les textes de la commande publique. La matière a pourtant quelques spécificités, ou tout au moins un caractère particulier, dû notamment à l'existence d'un « marché économique » singulier. La traduction que le principe trouve en cette matière a ainsi des caractéristiques qui conduisent à se poser la question de l'existence d'un principe de « mise en concurrence », traduction particulière du principe de « libre et égale concurrence » dans le cadre de la commande publique.

²⁴² C'est le cas de J.-Y. CHÉROT et J. TRÉMEAU dans leur commentaire de la décision n° 2002-460 DC du 22 août 2002 *Loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure*, *AJDA* 2002 pp. 1059-1069, spé. p. 1061, mais aussi des *Cahiers du Conseil constitutionnel* sur cette même décision.

²⁴³ Décision 460 DC « *Considérant [...] qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'impose de confier à des personnes distinctes la conception, la réalisation, l'aménagement, la maintenance et l'entretien d'un ouvrage public.* ». Les termes de la décision 461 DC sont sensiblement identiques.

²⁴⁴ Ces auteurs prennent aussi argument du que le Conseil constitutionnel ne répond ensuite qu'au moyen de l'atteinte au principe d'égalité, ce qui tendrait à prouver que seul ce principe est constitutionnel.

²⁴⁵ Il semble que cette position soit aussi celle de L. FAVOREU & Alii, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, *Dalloz coll. Précis*, 2^e ed. 2002, n° 274-279, spé. n° 279 qui expriment pour le moins un doute sur la solution de la décision.

²⁴⁶ Le fait que le Conseil précise les « *principe ou règle de valeur constitutionnelle* » peut laisser entendre que la libre concurrence – qu'il n'a pas qualifié de « principe » dans sa décision 2001-450 DC – pourrait bien être une des ces « règles » de valeur constitutionnelle.

²⁴⁷ D'autant que, comme on l'a vu, certains auteurs comprennent la libre concurrence comme une partie, comme un corollaire, de la liberté d'entreprendre qui, elle, a valeur constitutionnelle.

C) Vers un principe de mise en concurrence propre à la commande publique ?

894. Les liens qui existent entre les principes d'égalité et les principes du droit de la concurrence ainsi que les spécificités de la commande publique conduisent à proposer la reconnaissance d'un *principe de mise en concurrence de la commande publique* (1). Celui-ci impose des obligations de publicité pour tous ces contrats (2), publicité qui se traduit de différentes manières que l'on trouve déjà aujourd'hui dans les textes et la jurisprudence (3). Cela conduit à reconnaître la commande publique comme un droit doublement concurrentiel (4).

1) La « mise en concurrence », modalité de la concurrence propre à la commande publique

895. La commande publique s'insère aujourd'hui dans l'ensemble très vaste du droit de la concurrence. Elle en est pourtant une modalité bien spécifique. Cela nous conduit à penser que le principe de « libre concurrence » y prend une valeur et des concrétisations particulières. Il nous semble que l'on peut observer les effets d'un principe de « mise en concurrence », corollaire du principe de libre concurrence²⁴⁸, qui ne serait applicable que dans notre matière et qui serait le fondement d'un certain nombre d'obligations que l'on retrouve – ou que l'on devrait retrouver – dans l'ensemble de la commande publique²⁴⁹.

896. Le marché public est aussi un marché au sens économique du terme, c'est-à-dire le lieu de rencontre de la demande et de l'offre. Les juges de la concurrence vont même loin dans cette analyse puisque, dans l'application du droit « classique » de la concurrence aux actes administratifs, ils considèrent, lorsque ces actes sont issus de procédures de passation propres à la commande publique, que c'est l'étendue des prestations du contrat qui constitue le « *marché pertinent* » pris en compte pour savoir s'il y a, ou non, pratique anticoncurrentielle²⁵⁰. Cette considération va même contre les critères classiques de détermination du marché pertinent, et notamment le caractère substituable

²⁴⁸ Lui-même fondé en notre matière sur l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 si l'on s'en réfère à l'avis du Conseil d'État *Jean-Louis Bernard Consultants*. Précité note 52

²⁴⁹ C'est avec plaisir que nous constatons une opinion proche de celle que nous développons ici dans l'article de O. GUÉZOU, « Droit de la concurrence et droit des marchés publics : vers une notion transversale de mise en libre concurrence », *CP-ACCP*, n° 20, mars 2003 pp. 43-47.

²⁵⁰ Rappelons rapidement que le « marché pertinent » est l'ensemble des activités économiques substituables entre-elles qui va permettre de déterminer les personnes qui sont effectivement en concurrence et qui sont, partant, acteur sur ce marché. Par exemple, on peut se demander si les briquets et les allumettes font partie du même marché afin de savoir si l'entreprise qui regroupe l'essentiel des activités d'allumettes est en situation de position dominante ou si l'on peut considérer qu'elle est en concurrence avec les entreprises qui produisent des briquets. Si l'on considère qu'il s'agit de deux marchés distincts, l'abus de position dominante peut être éventuellement prouvé dans le cadre du marché des allumettes ; si l'on considère qu'il s'agit d'un seul marché, l'absence de position dominante de l'entreprise exclue qu'il y ait abus de position dominante.

des produits²⁵¹. Ainsi, si la personne passant un contrat de la commande publique ne prévoit pas d'accepter les « variantes », on peut considérer que des produits « substituables » ne font pas partie du « marché pertinent » alors qu'ils y auraient été incorporés dans le cadre d'une analyse du « marché pertinent » en dehors de la commande publique. S'il y a marché économique dans les deux cas, les « marchés » de la commande publique ont donc une spécificité justifiée par certaines règles particulières²⁵².

897. Dans le cadre de ces « marchés économiques spécifiques » que sont les contrats de la commande publique, il nous semble que l'on peut remarquer une quasi-constante : l'application de procédures minimum d'organisation de ce marché. Cela nous conduit à estimer qu'il y a en la matière l'application d'un « principe de mise en concurrence » dont il faut déterminer le sens et la portée.

898 Ce principe de mise en concurrence a un sens qui se justifie par des considérations économiques et au regard du principe de libre concurrence. Ce dernier pose en effet que sur un « marché », les concurrents doivent pouvoir bénéficier d'une liberté d'activité et d'une égalité dans la comparaison des offres. Le « marché » que constitue un contrat de la commande publique doit par conséquent bénéficier de ce principe. Or, si les offreurs sont la plupart du temps en nombre, le demandeur est unique : il s'agit de la personne passant le contrat. C'est donc à elle d'organiser la concurrence, elle passe du statut « d'opérateur » sur le marché à un statut hybride « d'opérateur-régulateur »²⁵³. L'efficacité du principe de libre concurrence sur ce marché commande donc que la personne publique joue son rôle de régulateur, c'est-à-dire qu'elle « organise » la concurrence sur le marché²⁵⁴.

Le principe de libre concurrence est par conséquent la source d'un principe qui s'impose à la personne passant un contrat de commande publique, principe que l'on appellera le « principe de mise en concurrence » et qui consiste à organiser le marché.

²⁵¹ CA Paris, 31 octobre 1994, *UGAP c/ SA CAMIF, Contrat-Concurrence-Consommation*, février 1995, commentaire n° 29 de L. VOGEL, et CA Paris, 13 janvier 1998, mêmes parties, *JCP (G)*, 1998.II.10217, et *JCP (E)* 1999, n° 8 p. 375, notes S. GRANDVUILLEMIN. Par ailleurs, G. BEDOS, in « Transparence et marchés publics », *LPA*, n° 110 du 13 septembre 1995 précise pour sa part avant l'arrêt UGAP que la « définition du "marché pertinent" appliqué aux marchés publics » pour le Conseil de la concurrence est « la rencontre entre une demande spécifique et des offres substituables constitue un marché ».

²⁵² Il existe, selon la Cour d'appel de Paris, dans l'arrêt du 31 octobre 1994 précité, une « spécificité, par rapport à toute autre clientèle, de la clientèle des acheteurs publics [...] tenue à un ensemble de règles contraignantes, pour le fournisseur comme pour elle-même ».

²⁵³ J.-P. GOHON, in « le Code des marchés publics est il toujours un code de la mise en concurrence », *Marchés Publics*, n° 234 juin 1988 p. 11, écrit que l'acheteur public est un « animateur de la concurrence ».

²⁵⁴ Nous empruntons le terme d'efficacité à la terminologie de l'économie du droit. Il s'applique spécialement ici dans la mesure où le cocontractant qui est aussi partiellement régulateur est chargé d'assurer l'optimisation des bénéfices qu'il peut tirer de ce marché. Cf. T. KIRAT, *économie du droit*, ed. *La découverte*, 1999 ; A. OGUS et M. FAURE, *Économie du droit : le cas français*, Ed. *Panthéon-Assas, droit comparé*, 2002 ; D. ALLAND et S. RIALS (sous la direction de), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, *Lamy et Puf*, 2003, V° *Économie et droit* par CH. JAMIN.

2) Portée de ce principe et obligations de publicité en découlant

899 Quelle est alors la portée de ce principe ? Autrement dit, quelles sont les procédures d'organisation du marché requises par ce principe ? Si l'on se réfère aux seuls marchés publics, on pourrait en tirer une obligation générale de mettre en place une procédure de passation relativement lourde et qui contraindrait par son résultat la personne passant le marché²⁵⁵. Cette portée ne saurait être retenue pour l'ensemble de la commande publique, les délégations de service public notamment, bien que mettant en place une procédure longue, ne sont pas soumises à une procédure qui contraint la personne publique dans son choix final. Elle n'a pas à suivre automatiquement l'avis d'une commission d'appel d'offres. En revanche, une interprétation très légèrement diminuée de ce principe peut être retenue pour l'ensemble de la commande publique.

900. Le principe de mise en concurrence peut ainsi être interprété comme imposant, par la mise en place de procédures organisées, l'existence d'un marché économique qui assure une concurrence libre et égale. Cela a pour conséquence que la personne voulant passer le contrat mette en concurrence plusieurs offres, cela notamment à la suite de procédures de publicité. Deux étapes sont au minimum nécessaires. La première est le développement d'une procédure de publicité. Celle-ci peut être très large, par publication notamment, ce qui permet de l'adapter à la complexité et surtout aux enjeux économiques du marché. Elle peut aussi s'effectuer par simple affichage, ou de manière bien plus réduite par l'envoi de simples lettres aux concurrents potentiels. On touche d'ailleurs ici le point de contact entre la publicité et la mise en concurrence : envoyer des lettres afin de faire la publicité minimum d'un marché revient, paradoxalement puisqu'il s'agit d'une publicité on ne peut plus réduite, à déjà les mettre en concurrence. Ce qui différencie à notre sens la publicité de la mise en concurrence, c'est la possibilité qui est donnée aux opérateurs de ne pas répondre à cette publicité ; en revanche, dès lors qu'ils y répondent, il s'agit déjà d'une mise en concurrence. La diversité des modes de publicité pose un problème de sécurité juridique, voire d'égalité.

La question pourrait se poser de savoir si la meilleure publicité ne serait pas très formalisée. Une telle position conduirait à revenir sur l'absence d'obligation de publicité pour les plus petits marchés, en considération du fait que cela permettrait aux opérateurs économiques de savoir où ils peuvent trouver les informations sur les futurs marchés. Il nous semble que cette solution radicale n'est pas la bonne. Il est possible d'être plus subtil, et notamment pour les petits marchés, d'obliger à une certaine forme *réduite* et *adaptée* de publicité. L'idée maîtresse pour savoir quelle forme serait la mieux adaptée consistant à vérifier qu'elle conduise à la création d'un « marché pertinent » au sens économique du terme.

²⁵⁵ Encore faudrait-il réserver pour les « marchés publics » au sens du code les cas dans lesquels, par exception à ce principe, la procédure est fondée sur une liberté de choix du cocontractant. Ces derniers, appelés historiquement « marchés par (ou sur) entente directe », puis « marchés de gré à gré » puis « marchés négociés » et enfin « marché sans formalité préalable » sont effectivement présentés dès la loi de 1833 et les ordonnances de 1836 et 1837 comme des exceptions à l'adjudication.

901. Par ailleurs, la seule obligation de publicité serait vaine si l'on ne lui associait pas une obligation, pour le commanditaire, de comparer les offres qu'elle a ainsi fait naître. C'est cette deuxième étape qui donne aux principes concurrentiels une influence aussi forte sur les procédures que le principe d'égalité tel que nous l'avons analysé dans la première section. Deux nuances doivent être apportées sur cette seconde phase. D'une part, la mise en concurrence n'est pas obligatoirement extérieure, c'est-à-dire qu'elle ne requiert pas nécessairement une commission d'appel d'offres qui va imposer son choix à un organe délibérant. D'autre part, la mise en concurrence n'est pas obligatoirement formalisée de manière aussi stricte que pour les appels d'offres actuels²⁵⁶. Il suffit que l'autorité passant le marché mette effectivement en concurrence les offres qu'elle a reçues. La seule réserve à cela est une question de preuve, il faudra en effet que cette autorité puisse démontrer qu'elle a non seulement comparé effectivement les offres, mais aussi qu'elle l'a fait dans des conditions égales. On retrouve alors l'importance de la publicité qui, quelle que soit sa forme, devra donner par avance les critères de sélection afin d'assurer l'égalité de traitement, mais la preuve de la comparaison semble pouvoir être apportée par un acte motivé présentant le choix et ses motifs.

3) Les effets actuels du principe de mise en concurrence

902. La réalité de ce principe de « mise en concurrence », son application en droit positif est tangible dans la doctrine (a) comme dans les textes (b).

a) La prise en compte d'un principe de mise en concurrence par la doctrine

903. Les commissaires du gouvernement²⁵⁷ qui ont rendu des conclusions en matière de commande publique ont à plusieurs reprises évoqué un « principe de mise en concurrence », et même si l'on pousse l'analyse, cantonné aux limites que nous avons dites. Dans ses conclusions sur l'arrêt d'Assemblée du 29 avril 1981 *Ordre des architectes*, le commissaire du gouvernement THÉRY a estimé que « le principe de mise en concurrence des marchés publics est l'un des plus constants du droit des marchés publics »²⁵⁸. Trois ans plus tard, le

²⁵⁶ C'est à notre avis dans ce seul sens qu'il faut interpréter l'arrêt CE Sect. 12 octobre 1984, *Chambre syndicale des agents d'assurances des Hautes-Pyrénées*, rec. p. 326 lorsqu'il précise qu'« aucun principe général du droit n'oblige les collectivités publiques à recourir au préalable à la concurrence lors de la passation de leurs contrats d'assurances ». Il nous semble qu'il y a bien une obligation de mettre en concurrence, au moins de façon interne, mais pas, effectivement, de mettre en place une procédure (le terme de « recourir » peut aller dans le sens de cette interprétation).

²⁵⁷ La doctrine est essentiellement issue sur ce point des commissaires du gouvernement. L'article de J.-P. GOHON intitulé « Le Code des marchés publics est-il toujours un code de la mise en concurrence », *Marchés publics*, n° 234, juin 1988, p. 11 n'aborde pas la « mise en concurrence » comme nous le faisons ici.

²⁵⁸ CE Ass. 29 avril 1981, *Ordre des Architectes*, rec. p. 197, la table des matières du Lebon donne une fausse référence pour la publication des conclusions, nous nous référons donc à la citation de Ch. BRÉCHON-MOULÈNES, *Droit des marchés publics*, ed. du Moniteur, fasc. III.103.2/1

commissaire du gouvernement M. DANDELLOT semble revenir sur cette appréciation en estimant que « *si la généralisation de l'appel à la concurrence est évidemment une règle de bonne gestion [...], il nous semble difficile de consacrer en la matière un principe général du droit* »²⁵⁹. Les deux appréciations peuvent pourtant être combinées puisque la seconde vise « l'appel à la concurrence », en tant que procédure formalisée, alors que la première se réfère à un principe plus général de « mise en concurrence des marchés publics » qui conduit à devoir mettre en concurrence sans préciser la façon dont cela doit être fait. D'autres conclusions, de M. SAVOIE celles-ci, insistent d'ailleurs depuis sur le fait que les procédures formalisées de passation ne sont que l'application du principe de « libre concurrence », et nous avons dit que nous considérons le principe de mise en concurrence comme un corollaire de la libre concurrence²⁶⁰.

b) La prise en compte d'un principe de mise en concurrence par les textes

904. Le droit positif se développe aussi dans le sens de la généralisation d'un principe de mise en concurrence. Le droit communautaire présente la publicité comme un principe, l'arrêt *Beentjes* ne fait aucun doute sur ce point²⁶¹. Pour ce qui est du droit interne, c'est tout d'abord ce qui ressortait des articles 108 et 314 du Code des marchés publics de 1964 qui prévoyait qu'en l'absence de marché de définition, les marchés d'études conclus au nom de l'État étaient passés « *dans toute la mesure du possible après une mise en compétition* »²⁶². Plus encore, on trouve des jurisprudences se référant au « *principe de libre concurrence entre les candidats* » afin de sanctionner une procédure de passation qui, sans être expressément contraire aux procédures de passation, est contraire à leur esprit²⁶³.

905. Mais c'est surtout du Code des marchés publics de 2004 qu'est venue l'évolution majeure dans ce sens. Ainsi, si l'on s'en réfère à son article 28, on voit

²⁵⁹ CE Sect. 12 octobre 1984 *Chambre syndicale des agents d'assurances des Hautes-Pyrénées*, RFDA, 1985 p. 13, concl. M. DANDELLOT

²⁶⁰ Cf. les conclusions H. SAVOIE sur CE Ass. 9 avril 1999 *Mme Toubol Fischer et M. Bismuth*, RFDA 1999, n° 5 pp. 952-964, spé. p. 960 : « *le code des marchés publics contient pour une bonne part des règles relatives à la procédure de passation des contrats tendant à faire respecter notamment les principes de transparence, d'égalité entre les candidats et de libre concurrence* »

²⁶¹ CJCE 20 septembre 1988, affaire 31/87, *Gebroeders Beentjes BV contre État des Pays-Bas*, pt. 21 « *En vue de satisfaire à l'objectif de la directive d'assurer le développement d'une concurrence effective dans le domaine des marchés publics, les critères et conditions qui régissent chaque marché doivent faire l'objet d'une publicité adéquate de la part des pouvoirs adjudicateurs* ». rec. p. 4635

²⁶² Art. 108 et 314 de l'ancien Code des marchés publics. Ces articles sont issus, pour le premier de la codification du décret n° 62-928 du 3 août 1962 et pour le second de l'intégration dans le code d'un décret n° 66-887 du 28 novembre 1966. Ces articles ont été modifiés ensuite pour rendre l'appel d'offre obligatoire par le décret n° 78-494 du 31 mars 1978 (*J.O.* du 4 avril 1978), décret contesté dans l'arrêt de rejet CE Ass. 29 avril 1981 *Ordre des architectes*, req. 12.851, rec. p. 198

²⁶³ Cf. CE 19 décembre 1969, *Société Socosat*, rec. p. 594. L'affaire portait sur une modification du nombre d'habitation à construire par les entreprises à la demande d'un office d'HLM. Le jury avait procédé à l'ouverture des plis avant cette modification. Le Conseil d'État a considéré que le fait que le jury ait maintenu en concurrence cinq des candidats portait « *atteinte au principe de libre concurrence entre les candidats* ».

apparaître la procédure dite « adaptée »²⁶⁴ qui semble être la conséquence la plus directe et effective de la reconnaissance du *principe de mise en concurrence*. Elle conduit en effet à laisser une part de liberté aux personnes publiques dans le choix de la mise en concurrence, ce qui sous entend que l'on ne fait plus prévaloir la procédure elle-même mais bien l'idée, le principe qui la justifie. Certes, cette liberté n'est pas totale, et en cela l'article 28 impose une « procédure » au sens formel²⁶⁵, mais il montre bien le développement du *principe de mise en concurrence*, ce dernier, parce qu'il est reconnu, permettant à lui seul de sanctionner, donc de se passer d'un formalisme par trop contraignant. C'est à l'aune du principe lui-même, c'est-à-dire de la réalité de la concurrence sur le « marché » du marché public que le juge administratif va juger de la pertinence, de l'adaptation des procédures de mise en concurrence. C'est au regard du principe qu'il va par exemple juger de l'adaptation d'une publicité dans un journal local ou national, en jugeant de la réalité de la concurrence : si le journal local permet à un nombre suffisant d'entreprises d'être au fait du marché pour permettre une réelle concurrence, cela suffira ; si tel n'est pas le cas, la publicité devra être étendue géographiquement ou à plusieurs revues.

906. Il ne faut enfin pas oublier le rôle des exceptions à l'application des procédures. Ainsi, on sait que dès les premières réglementations sur les marchés publics, qu'elles soient générales durant le premier tiers du XX^e siècle ou qu'elles soient sectorielles auparavant, on trouvait des exceptions aux procédures de mise en concurrence. Il en était – et en est encore – notamment ainsi des marchés secrets de la défense ou des marchés nécessitant une certaine rapidité comme ceux d'achat de denrées périssables. À ces hypothèses il faut aussi ajouter, bien évidemment, les marchés en dessous de certains montants. Dans ces cas précis, on peut estimer que d'autres intérêts limitent la portée du principe de mise en concurrence. Pourtant, il semble que le développement du principe devrait de plus en plus faire évoluer la « liberté » des personnes passant des contrats sans formalité. L'effet logique du principe est en quelque sorte une adaptation de la mise en concurrence au marché, ce qui sous entend que, même secret, le marché est susceptible de subir une mise en concurrence, ne serait-ce par exemple qu'entre les deux ou trois entreprises du secteur. La comparaison, même secrète, doit être une obligation pour le ministère de la Défense. Certes, la question se pose des recours contre ces actes secrets, recours par essence impossible à ouvrir aux tiers. La mise en place de contrôles non-juridictionnels pourrait peut-être dans ces cas pallier utilement l'absence de recours classiques (on peut penser à des contrôles par des commissaires aux armées regroupés dans un bureau à cet effet). Le Code des marchés publics va d'ailleurs parfaitement dans ce sens si l'on analyse les procédures négociées telles qu'elles sont posées par l'article 34 actuel qui, comme nous l'avons déjà analysé, tendent le plus possible vers une publicité ou

²⁶⁴ Article 28 : « I. - Les marchés passés selon la procédure adaptée sont des marchés passés selon des modalités de publicité et de mise en concurrence déterminées par la personne responsable du marché en fonction de leur objet et de leurs caractéristiques. »

²⁶⁵ Sur Conseil d'État point, cf. C. EMERY, « Les seuils et la publicité dans le code rénové », *AJDA* 2004 n° 7 pp. 368-370

une concurrence minimum, à tel point que le cas de procédures véritablement libres est très rare²⁶⁶.

907. On pourrait trouver d'autres cas dans lesquels on constate objectivement l'effet d'un principe de « mise en concurrence » propre à la commande publique²⁶⁷, mais la généralisation de celui-ci n'est pas encore un acquis, d'autant que, comme les autres principes applicables à la commande publique, ses effets dépendront de sa valeur. S'il est reconnu comme un principe général du droit, il pourra sanctionner les procédures de passation qui ne le respectent pas ainsi que les textes réglementaires qui régissent la commande publique²⁶⁸. Cette valeur nous semble aujourd'hui être un minimum, le droit positif arrivant à cette solution en passant par le *principe de libre concurrence* ou en visant la « *mise en concurrence* » sans lui reconnaître une valeur de principe tout en le fondant sur des textes. Si ce principe est un jour reconnu comme un « principe de valeur constitutionnelle », c'est alors qu'il prendra tout son intérêt puisqu'il s'imposera à tous les textes, y compris les textes législatifs qui sont notamment requis pour les délégations de service public ou la réglementation des contrats de droit privé en l'absence de délégation législative.

Le principe de mise en concurrence s'applique aux procédures de passation dont il constitue un fondement et donne les limites *a minima*. Cela n'empêche pas par ailleurs le droit de la commande publique d'être soumis, comme le reste du droit administratif, au droit de la concurrence plus classique. Cela fait du droit de la commande publique un droit « doublement concurrentiel ».

4) La commande publique, un droit doublement concurrentiel

908. Le droit de la commande publique est par lui-même un droit de la concurrence²⁶⁹. Il n'est pourtant qu'un droit de la concurrence spécial qui s'insère dans un

²⁶⁶ On peut en réalité les limiter aux cas de l'article 30 du Code des marchés publics qui dispose que « *Quel que soit leur montant, les marchés publics de services qui ont pour objet des prestations de services ne figurant pas à l'article 29 sont soumis, en ce qui concerne leur passation, aux seules obligations relatives à la définition des prestations par référence à des normes, lorsqu'elles existent, ainsi qu'à l'envoi d'un avis d'attribution lorsque leur montant atteint 230000 € HT [Ce dernier point étant l'application du droit communautaire].* » Encore pourrait on avoir une interprétation du code qui met en avant l'article 1^{er} de celui-ci et considérer au moins que le principe d'égalité d'accès s'applique en la matière nonobstant le caractère restrictif de ces dispositions.

²⁶⁷ C'est par exemple le cas de l'article 15 du Code des marchés publics qui dispose que « *Sans préjudice des dispositions des articles 35, 68 et 71 définissant la durée maximale pour certains marchés, la durée d'un marché est fixée en tenant compte de la nature des prestations et de la nécessité d'une remise en concurrence périodique* »

²⁶⁸ Et, pour l'instant au moins, on sait que le Code des marchés publics en fait partie, cela y compris pour réglementer les marchés des collectivités locales, par effet d'une délégation législative tirée du Décret-Loi du 12 novembre 1938. Cf. CE Ass. 5 mars 2003, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris*, req. n° 238039, *AJDA*, 2003, n° 14, p. 718-722, chr. F. DONNAT et D. CASAS ; *Contrats et marchés publics*, avril 2003, p. 4 concl. D. PIVETEAU et p. 24, n° 69 note PH DELELIS ; *Droit administratif*, mai 2003, Comm. n° 105 p. 23 A. MÉNÉMÉNIS.

²⁶⁹ Le professeur L. RICHER exprime la même idée dans son article « L'application du droit de la concurrence aux marchés publics », *CJEG* 1989 pp. 295-307 lorsqu'il écrit « *À dire vrai, le droit des*

droit de la concurrence plus général qui est lui aussi appliqué aux activités de la commande publique. En la matière, les deux types de règles se cumulent, le spécial ne dérogeant en rien au général, même s'il est quelque peu adapté.

C'est ainsi que le droit des ententes, des abus de position dominante, des concentrations économiques s'applique aux situations régies par des contrats de la commande publique dans les mêmes conditions que pour le reste des activités privées et publiques. Cette situation n'étonnera que peu pour ce qui concerne les contrats de la commande publique soumis au droit privé qui sont le cadre le plus fréquent des atteintes à la concurrence. Au fond, on est plus étonné de savoir qu'il existe des contrats de la commande publique soumis au droit privé que de savoir que ces derniers sont soumis au droit classique de la concurrence. On peut l'être plus de voir que l'évolution des principes libéraux que nous avons décrite a conduit à leur application non seulement dans le cadre des contrats des personnes publiques, mais aussi dans celui des contrats entre personnes publiques²⁷⁰.

909. Les années 1990 ont été sources de modifications nombreuses et abondamment commentées. Si auparavant on trouvait des applications du droit de la concurrence aux marchés publics, cela même avant l'ordonnance de 1986 dont l'article 53 prévoit expressément que les règles de concurrence s'appliquent aux personnes publiques dans le cadre de leur activité économique²⁷¹, la soumission étendue des personnes publiques au droit de la concurrence date de l'arrêt *Ville de Pamiers*²⁷² et de ses suites. On peut bien évidemment voir en la matière une extension du champ d'application du droit de la concurrence sous l'influence du droit communautaire pour lequel le droit public ne conduit pas, par essence, à une inapplicabilité de la concurrence. Il faut en réalité distinguer deux choses : d'une part la personne publique qui agit en tant qu'opérateur économique, d'autre part la personne publique qui, en prenant des actes administratifs, est susceptible de porter atteinte à la concurrence.

910. Le premier cas correspond, en droit de la commande publique aux personnes publiques qui *répondent* à un marché ou une délégation. Elles exercent alors en effet une activité économique et sont soumises au droit de la concurrence par application directe de l'article 53 de l'ordonnance de 1986, devenu l'article L. 410-1 du code de

marchés publics fait partie du droit de la concurrence même si ses mécanismes d'application ne sont pas ceux de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986. »

²⁷⁰ Cf. CH. MAUGÜÉ, « Les contrats entre collectivités saisis par le droit de la concurrence », *AJDA* 2003 p. 981-982, n° 19 et nos développements à la fin de la première partie. Pour revenir sur un point que nous évoquions auparavant, cette extension et d'ailleurs un indice concret de la très grande valeur juridique du principe de libre concurrence qu'il ne nous paraît pas objectivement possible de considérer comme infra constitutionnel, d'autant qu'il subit forcément des limitations nombreuses en application des conciliations qu'il convient de faire entre lui et les autres principes, notamment sociaux.

²⁷¹ En témoigne la thèse de A. LAGUERRE, *Marchés publics et concurrence*, th. Paris 10, préface de CH. BRÉCHON-MOULÈNES 1984, spé. pp. 115-122, qui cite des arrêts de la commission technique des ententes au sujet des marchés publics

²⁷² TC 6 juin 1989, *Préfet de la région Île-de-France, préfet de Paris c/ Cour d'appel de Paris et SAEDE*, dit affaire de la *Ville de Pamier*, *RFD* 1989, p. 465, concl. Stirn ; *AJDA* 1989

commerce²⁷³. Cela est bien entendu valable pour toutes les personnes publiques, que cela soit l'État, les collectivités locales ou les établissements publics²⁷⁴.

911. Le second cas correspond aux personnes publiques *passant* des marchés publics. La modification de l'article 53 en 1995 vise justement ces situations dans lesquelles, en passant un contrat, on peut considérer que la personne publique va porter atteinte à la concurrence. Il s'agit alors pour le juge de la concurrence – en l'occurrence le juge administratif²⁷⁵ – de juger de la légalité d'un acte administratif, le contrat²⁷⁶, au regard des règles et principes de la concurrence qui font clairement partie de son bloc de légalité depuis 1997²⁷⁷. Le juge va alors se demander si le contrat porte effectivement atteinte à la concurrence ; cette atteinte pouvant prendre deux formes : soit le contrat met en place un monopole trop large ou trop long, notamment lorsqu'il s'agit d'une délégation de service public²⁷⁸, soit, et c'est le cas le plus courant, le juge va considérer que le contrat met automatiquement le cocontractant dans une situation dans laquelle il va abuser de sa position dominante.

912. Le contrôle des contrats de la commande publique au regard du droit de la concurrence, s'il s'insère dans le cadre général du contrôle des règles concurrentielles pour l'ensemble du droit administratif, comprend toutefois des spécificités propres à notre matière. Ces dernières ne sont pas des exceptions mais des modalités quelque peu

²⁷³ Art. L. 410-1 C. Com. « Les règles définies au présent livre s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public ». La fin de cet article est issue d'une modification de l'article 53 avant son intégration dans le code par la loi du 8 février 1995 relative aux marchés publics et délégations de service public.

²⁷⁴ Pour une série d'arrêt concernant les différentes personnes cf. J.-PH. COLSON, *Droit public économique*, 3^e ed. 2001, *LGDJ coll. Manuel*, n° 460 p. 473.

²⁷⁵ Le Tribunal de conflits a clarifié les compétences en matière de concurrence, par un arrêt TC 18 octobre 1999, *Aéroports de Paris*, rec. p. 469, req. 03174, *AJDA*, 1999, p. 996, chr. P. FOMBEUR et M. GUYOMAR ; note M. BAZEX (p. 1030) ; *RFDA*, 2000, p. 567, note Y. LAIDIÉ ; *LPA*, 27 avril 2000, p. 4 note A. GUEDJ. On peut s'amuser de voir que la répartition des compétence en la matière a plus été compliquée que simplifiée par la loi du 20 décembre 1986 qui en a transféré une partie à la cour d'appel de Paris, ce que le Conseil constitutionnel justifiait à l'époque par les nécessités d'une « bonne administration de la justice » (décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987, *Conseil de la concurrence*, *GDCC*, 12^e ed. n° 41). Sur ce point, voir l'article de référence : P. DELVOLVÉ, « La Cour d'appel de Paris, juridiction administrative », in *Études offertes à J.-M. Auby*, Paris, *Dalloz*, 1992, p. 47

²⁷⁶ L'acte attaqué sera bien évidemment le plus souvent un acte détachable du contrat, sauf bien entendu les cas habituels de déféré préfectoral contre le contrat directement ou de recours des cocontractants évincés contre les clauses réglementaires en cas de délégations de service public.

²⁷⁷ CE 3 novembre 1997, *Sté Million et Marais*, rec. p. 406 ; *RFDA* 1997, p. 1228, concl. J.-H. STAHL « l'application, par le juge administratif, de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence ». Ce contrôle par le juge administratif a été étendu aux actes individuels par l'arrêt CE 26 mars 1999, *Sté EDA*, rec. pp. 95 et 107, concl. J.-H. STAHL.

²⁷⁸ La tendance actuelle est en la matière à l'utilisation des « principes de la commande publique » directement issus du Code des marchés publics, même pour ce qui concerne les délégations de service public. Cf. CAA Nantes, 27 juin 2003, *Communes de Contres*, n° 00NT00635, aux Tables du recueil, dans lequel « l'absence de toute stipulation limitant la durée de la convention [service public de la distribution d'eau] a pour effet d'entacher de nullité l'ensemble de ses clauses » et ce du fait d'une « atteinte excessive [...] aux règles générales destinées à assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures [...] ».

particulières qui nous font dire que la commande publique est véritablement soumise à un double droit de la concurrence : le droit commun et ses dispositions propres.

913. La première spécificité est particulièrement intéressante : on ne peut annuler un acte de la commande publique²⁷⁹ pour atteinte à la concurrence que si les manquements sont commis par l'autorité responsable de la passation du contrat, que cela soit dans le cadre d'un contentieux de l'excès de pouvoir²⁸⁰ ou en référé précontractuel²⁸¹. Cela exclut notamment toutes les atteintes au droit de la concurrence faites par les cocontractants de l'administration. Par exemple, une entente des cocontractants ayant conduit à se répartir les différents marchés d'un secteur ne saurait être une atteinte à la libre concurrence pouvant fonder l'illégalité de l'acte administratif, sauf à considérer l'entente comme ayant vicié le consentement de la personne publique²⁸². Dans ce cas, l'acte n'est pas la source de l'atteinte à la concurrence, il en est en quelque sorte la « victime », et l'autorité passant le contrat n'est pas en cause. Le seul cas dans lequel il faut nuancer cette solution est celui dans lequel la personne publique pouvait analyser un comportement comme portant atteinte à la concurrence et qu'elle a participé à cette atteinte en prenant l'acte administratif en cause, ce qui correspond à une acceptation implicite du comportement, voire à une complicité. C'est de cette situation que le juge administratif des référés a eu à traiter dans une ordonnance du tribunal administratif de Rennes du 28 avril 2000²⁸³. En l'espèce, la commune a accepté l'offre d'un groupement conjoint des deux plus grandes entreprises d'un secteur alors qu'il n'était pas évident que ce groupement fût justifié par des raisons techniques, ce qui est, selon la jurisprudence du Conseil de la concurrence et de la Cour d'appel de Paris, la marque d'une entente²⁸⁴. En

²⁷⁹ Nous entendons par là non seulement le contrat lui-même mais aussi ses éventuels actes détachables.

²⁸⁰ L'arrêt CE 15 novembre 1996 *Société « Guadeloupe entretien et maintenance »*, req. 159520, rec. T. p. 1010 ; *RDI*, 1997 p. 73, obs. F. LLORENS et PH. TERNEYRE ; *Dalloz*, 1997, somm. p. 294 obs. PH. TERNEYRE ; va pour la première fois dans ce sens à l'occasion d'un recours contre la décision de la commission d'appel d'offre du centre hospitalier régional de Pointe-à-Pitre. Les requérants invoquaient la connaissance de l'offre du concurrent évincé par le concurrent retenu, connaissance due à des manœuvres de la seconde et à la trahison d'un employé de la première. Le Conseil d'État a estimé que ces « moyens [étaient] inopérants », en réalité parce que la personne publique n'était en rien en cause dans les pratiques anticoncurrentielles invoquées.

²⁸¹ Cf. CE 2 juillet 1999, *SA Bouygues et autres*, req. 206.749 ; rec. p. 265 ; *BJCP*, n° 7, p. 620-627, concl. C. BERGEAL, obs. CH. MAUGÜÉ « considérant que si la méconnaissance des dispositions de l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence par l'autorité responsable de la personne délégante peut constituer un manquement aux obligations de publicité et de mise en concurrence, il résulte des dispositions précitées de l'article L. 22 du Code des TA et CAA que les seuls manquements visés par ces dispositions sont ceux commis par l'autorité responsable de la passation du contrat. »

²⁸² Le conseil de la concurrence a déjà sanctionné pour atteinte à la concurrence des entreprises de voirie, assainissement et réseaux divers ayant ainsi eu recours à des pratiques qui « constituent, vis-à-vis des maîtres d'ouvrage, une tromperie manifeste sur la réalité de la concurrence dont elles faussent le libre jeu ». Cf. *Cons. Conc.* 29 juillet 2002, 02-D-48, point D, 5e considérant ; *BOCCRF* du 30 septembre 2002. Le terme de tromperie est ici caractéristique de l'idée de vice du consentement, c'est donc bien sur le fondement du dol que la personne publique pourrait demander l'annulation du contrat.

²⁸³ TA Rennes, 28 avril 2000, *Entreprise Jean Lefebvre Normandie*, n° 00-697, *BJCP*, n° 14 pp. 77-78 et n° 15 pp. 164 et 170.

²⁸⁴ Cf. par exemple *Cons. Conc.* 7 avril 1998, confirmé par CA Paris 19 janvier 1999 dans l'affaire de la rénovation des installations de chauffage du parc scientifique de Luminy, cités par CH. MAUGÜÉ,

limitant son contrôle à l'erreur manifeste d'appréciation, le juge n'a pas permis de résoudre complètement la question mais on est là dans une hypothèse limite de l'exception.

914. La deuxième spécificité a déjà été abordée précédemment, il s'agit de l'appréciation particulière qui est faite du « marché pertinent » à prendre en compte pour l'application des pratiques anticoncurrentielles. Celui-ci est limité à l'objet du contrat, y compris lorsque cela se fait au détriment de l'application des critères plus classiques.

915. La troisième spécificité est la place que prennent les référés précontractuels dans le contentieux des marchés. Ce recours spécifique à la commande publique a été interprété largement, notamment avec l'assimilation des comportements anticoncurrentiels aux « *manquements aux obligations de publicité et de mise en concurrence auxquelles sont soumises la passation des marchés publics et des conventions de délégation de service public* » de l'article L. 551-1 du CJA. Cette extension du champ d'application de l'article a conduit le juge des référés à apprécier aussi la légalité des contrats au regard du livre IV du Code de commerce issu de l'ordonnance de 1986²⁸⁵.

916. La quatrième spécificité de l'application du droit de la concurrence dans la commande publique ne porte que sur les marchés publics au sens strict. Il s'agit du sort réservé par le code lui-même aux pratiques anticoncurrentielles. Les codes de 2001 et 2004 ont été marqués par des références explicites au droit général de la concurrence dans trois articles²⁸⁶, référence qu'on ne saurait interpréter *a contrario* pour refuser l'application du droit de la concurrence mais bien comme la marque de l'interpénétration des deux droits de la concurrence dans le cadre de la commande publique. L'article 6 du Code des marchés publics actuel soumet ainsi la référence à des normes au respect du droit de la concurrence²⁸⁷, et il ne fait aucun doute que le droit auquel il est fait référence est principalement celui du code de commerce issu de l'ordonnance de 1986, auquel il faut ajouter les principes concurrentiels. L'article 51 du Code des marchés publics dispose pour sa part que le recours aux groupements de commande doit respecter « *les règles relatives à la liberté des prix et de la concurrence* »²⁸⁸. La référence au titre de l'ordonnance de 1986²⁸⁹ doit s'interpréter à notre sens comme une référence directe à la qualification « d'ententes » de

« Brèves de jurisprudence », *BJCP*, n° 14 p. 75-85, spé. p. 78, commentaire du TA de Rennes précité note précédente.

²⁸⁵ Sur ce point, voir la deuxième partie de l'article de L. GRAVIER et R. ROUX, « Juge administratif et droit de la concurrence dans les contrats publics », *ACCP*, n° 20 mars 2003 pp. 34-38. Cette extension est issue de l'arrêt CE 2 juillet 1999, *SA Bouygues et autres*, req. 206.749 ; rec. p. 265 ; *BJCP*, n° 7, p. 620-627, concl. C. BERGEAL, obs. CH. MAUGÜÉ, précité.

²⁸⁶ À ces références explicites on peut ajouter des références implicites comme l'utilisation de choix multicritères dont la pondération n'est pas indiquée par avance aux personnes répondant au marché. Ces procédures visent en effet uniquement à éviter les ententes dans la mesure où il est bien plus difficile de s'accorder sur une série de critères que sur le seul prix comme c'était le cas lorsque l'adjudication avait un rôle prépondérant.

²⁸⁷ Article 6 : « *La référence à des normes ne doit pas avoir pour effet de créer des obstacles injustifiés à l'ouverture des marchés publics à la concurrence.* »

²⁸⁸ Article 51 : « *I. - Les entreprises peuvent présenter leur candidature ou leur offre sous forme de groupement solidaire ou de groupement conjoint, sous réserve du respect des règles relatives à la liberté des prix et à la concurrence.* »

²⁸⁹ Rappelons que la codification de cette ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 dont le titre exact est *relative à la liberté des prix et de la concurrence* dans le code de commerce n'était pas encore effectuée en 2001 et que cet article est repris à l'identique du Code des marchés publics de 2001 dans celui de 2004.

l'article 7 de ce texte et à ses dispositions sur les concentrations économiques auxquelles peuvent être assimilés certains de ces groupements²⁹⁰. Enfin, l'article 76 du Code des marchés publics prévoit que les personnes publiques doivent respecter ce que l'on peut appeler le « secret des affaires », qui est une condition d'une concurrence loyale²⁹¹.

Les principes du droit de la concurrence, et principalement le principe de libre concurrence – et son corollaire propre à la commande publique, le principe de mise en concurrence – doivent pourtant être conciliés, d'une part avec d'autres principes de la commande publique et d'autre part avec d'autres principes applicables à l'ensemble du droit administratif.

§ 2e : La concurrence libre et égale et les autres principes de la commande publique

917. La *libre concurrence*, quoiqu'étant un principe fondateur du droit de la commande publique, ne fait pas partie de ceux cités expressément à l'article 1^{er} du Code des marchés publics de 2004. On sait que l'on peut trouver des traces de sa présence aux articles du Code faisant référence au droit général de la concurrence ou à ses effets dans les différentes procédures de passation, mais, à la suite de certains auteurs²⁹², on peut aussi trouver une marque plus forte de sa reconnaissance. Il semble en effet que l'on puisse voir dans l'un des principes du premier article du code, le principe de *liberté d'accès à la commande publique*, la reconnaissance partielle du principe de *libre concurrence* (A). Cette constatation conduit à mener en parallèle l'analyse d'une contradiction intrinsèque non seulement aux principes que nous avons détachés mais aussi à l'article 1^{er} du Code des marchés publics ; contradiction entre, d'une part, la liberté qui est offerte aux opérateurs économiques dans l'accès aux marchés publics et, d'autre part, les contraintes qu'on leur impose afin de respecter *l'égalité d'accès* et de traitement dont ils bénéficient également (B). Enfin, ce qui est lié, quel lien faut-il faire entre la *liberté contractuelle*, principe dont la portée est difficile à maîtriser, et la *libre concurrence* (C) ?

²⁹⁰ On se référera à l'article de V. SÉLINSKY, « La participation à des marchés publics par des entreprises groupées », *ACCP*, n° 20 mars 2003 pp. 47-52 ; pour une analyse des différents modes d'ententes réalisées soit par des groupements momentanés d'entreprise soit par les sociétés d'un même groupe, ententes inévitables et dont une partie est considérée comme licite par le Conseil de la concurrence.

²⁹¹ Art. 76 « La personne responsable du marché ne peut communiquer les renseignements dont la divulgation : [...] d) Pourrait nuire à une concurrence loyale entre les entreprises. »

²⁹² Notamment CH. BRÉCHON-MOULÈNES, *Droit des marchés publics*, fasc. III.110.2/4 dans sa version d'avril 2001, MAJ n° 26. Il est étonnant que cette position n'ait pas été reprise dans la refonte du fascicule, le droit n'ayant pas été modifié sur ce point.

A) Libre concurrence et liberté d'accès à la commande publique

918. La *liberté d'accès* est proclamée comme un principe du droit des marchés publics aussi bien dans le Code des marchés publics de 2001 que dans celui de 2004. On en retrouve auparavant la trace dans le code de 1964 dont l'article 47 précisait que « *les entrepreneurs ou fournisseurs peuvent librement se porter candidat aux marchés publics* »²⁹³ et dans l'article 7 de la loi du 3 janvier 1991, devenu l'article 432-14 du Code pénal fondant le délit d'avantage injustifié, dit « de favoritisme »²⁹⁴. Il ne fait aucun doute que ce principe, bien que posé textuellement par le Code des marchés publics, soit aussi un principe applicable à l'ensemble de la commande publique²⁹⁵. Les liens entre cette liberté d'accès à la commande publique et la libre concurrence sont notables, mais on ne saurait limiter ce second principe au premier²⁹⁶.

La liberté d'accès est en effet le premier stade de la libre concurrence si on l'entend comme la « liberté d'accès au marché économique » qu'est le marché public. En ce sens, les deux principes ont pour objectif d'éviter que l'on empêche l'accès à la procédure de passation à une entreprise ou personne déterminée ou à un type identifiable de personnes sans que cela soit justifié de façon suffisante. Aucune de ces libertés n'est évidemment absolue, et réserver un marché à des entreprises ayant des capacités financières ou techniques suffisantes est une juste atteinte à ce principe, tant que ces exigences correspondent à un objectif de pérennité du projet et de garantie de bonne exécution. En la matière, l'analyse *in concreto* du juge reste irremplaçable.

919. En revanche, assimiler *liberté d'accès* et *libre concurrence* serait oublier qu'à la suite de l'évolution historique que nous avons décrite, le principe de « libre concurrence » exige aujourd'hui que la concurrence soit à la fois libre et égale. Or tel n'est pas l'interprétation qu'il faut avoir du principe de liberté d'accès qui n'impose aucune obligation à la mise en concurrence elle-même. Il n'a d'influence que sur *l'accès* à cette mise en concurrence, non sur son déroulement. La jurisprudence sur ce point est peu nombreuse en général et spécialement inexistante avant le code de 2001 et son article 1^{er}.

²⁹³ Il s'agit de la rédaction de cet article issue du décret n° 92-1310 du 15 décembre 1992. L'article exact est « *Sous réserve des dispositions des articles 48 à 60 du présent code, les entrepreneurs ou fournisseurs [...]* ». Nous avons déjà vu cet article à propos de l'égalité de traitement qu'il reconnaît aussi dans son 2^e alinéa.

²⁹⁴ Article 432-14 du Code pénal : « *Est puni de deux ans d'emprisonnement [pour une série de personnes énumérées, le fait] de procurer ou tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et délégations de service public* ».

²⁹⁵ On peut d'abord tirer cela de l'article 432-14 du code pénal qui cite le principe (*cf.* note précédente) et l'applique aussi bien aux marchés qu'aux délégations. On peut ensuite citer l'arrêt CAA Nantes, 27 juin 2003, *Communes de Contres*, n° 00NT00635, aux Tables du recueil, dans lequel le juge administratif fait référence à ce principe en reprenant le texte du Code des marchés publics pour l'appliquer à une convention de délégation de service public. « *l'absence de toute stipulation limitant la durée de la convention [service public de la distribution d'eau, constitue une] atteinte excessive [...] aux règles générales destinées à assurer le respect des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures auxquelles doit obéir la passation de tels contrats [...]* ».

²⁹⁶ Le professeur CH. BRÉCHON-MOULÈNES aboutit à une conclusion similaire in « *Droit des marchés publics* », ed. du Moniteur, fasc. III.110.2/4 mise à jour n° 26.

Lorsque les arrêts existent, l'interprétation qui est faite de la liberté d'accès est en tout état de cause spécialement restrictive, non seulement parce que le juge exerce un contrôle minimum sur l'atteinte à cette liberté²⁹⁷, mais aussi parce qu'il accepte facilement des limitations²⁹⁸.

En ce sens, il existe une proximité entre le *libre accès à un marché public* et le *libre accès à une profession*, cette dernière étant bien différenciée de la libre concurrence au sein de la liberté d'entreprendre – ou de la liberté du commerce et de l'industrie selon les auteurs.

L'instruction d'application du Code des marchés publics de 2001²⁹⁹ a sur ce point une position un peu ambiguë. En définissant la liberté d'accès à la commande publique comme consistant « à permettre à toute personne remplissant les conditions requises de se porter candidate à un marché », elle va dans le sens de la définition stricte de ce principe qui est selon nous la seule définition acceptable. Pourtant, les exemples qu'elle donne ensuite font plus référence à l'égalité d'accès à la commande publique qu'à la liberté d'accès. Une confusion d'autant plus curieuse que l'égalité d'accès est un principe qui est lui aussi expressément reconnu par l'article 1^{er} du Code des marchés publics, et dont il est question ailleurs dans l'instruction. En réalité, cette méprise se comprend partiellement dans la mesure où le principe de liberté d'accès a un sens tellement restreint qu'il est difficile de lui trouver des applications nombreuses. Les cas les plus intéressants rentrent, soit dans l'égalité d'accès, soit dans la « libre et égale » concurrence, mais qui est plus large et qui n'est pas reconnue par le Code.

920. On pourrait éventuellement étendre un peu cette définition stricte et estimer que ce principe oblige non seulement à accepter les candidatures des personnes remplissant les conditions posées par la publicité, mais aussi que les conditions ainsi exigées soient justifiées. Cette extension poserait pourtant problème dans le sens où justifier la *condition* peut signifier justifier une *discrimination* faite par la procédure, ce qui fait appel non pas au principe de la liberté d'accès mais à celui de l'égalité d'accès. Or, les hypothèses dans lesquelles il peut y avoir limitation de l'accès sans rupture injustifiée d'égalité sont peu nombreuses, voire inexistantes. On peut par exemple envisager celle

²⁹⁷ L'arrêt du CE 28 avril 2003, *Fédération française du bâtiment*, req. 241896, mentionnée aux tables, qui concerne précisément la légalité de l'arrêté du 7 novembre 2001 *fixant la liste des renseignements et/ou documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics* – donc les conditions précises limitant l'accès aux marchés publics – est considéré comme n'emportant « par lui-même aucune restriction illégale à la liberté d'accès à la commande publique ». Par ailleurs, cet arrêt est intéressant aussi en ce que le juge analyse les atteintes à « l'égalité entre les candidats potentiels au marché », mais qu'il le fait dans un autre considérant et sans le rattacher au principe de libre accès, ce qui montre bien que la « liberté d'accès » ne s'étend pas à « l'égalité d'accès », et par conséquent que la liberté d'accès a une définition plus réduite que la « libre concurrence ».

²⁹⁸ L'arrêt CE 21 février 2000, *Syndicat Sud Travail*, req. 204478 et 208587 liées, rec. p. 65 ; qui estime que « les auteurs du décret on pu prévoir que la consultation serait restreinte aux établissements de crédit et aux organismes ayant pour objet exclusif de participer [...] à la création ou à la reprise d'entreprises, sans porter une atteinte illégale à la liberté d'accès aux marchés publics, dès lors que ces conditions sont en rapport avec l'objet des marchés ou les conditions de leur exécution ».

²⁹⁹ Instruction d'application du Code des marchés publics de 2001 en date du 9 septembre 2001. Notons que cette définition n'a heureusement pas été reprise dans la circulaire du 7 janvier 2004 *Portant manuel d'application du code des marchés publics*, J.O. n° 6 du 8 janvier 2004 page 37031. Cette dernière est d'ailleurs beaucoup plus courte, peut-être afin d'éviter les problèmes comme celui que nous allons soulever.

dans laquelle la personne publique exclut les candidatures des personnes en litige avec elle. S'il s'agit là d'une atteinte au « libre accès », on est également en présence d'une atteinte à la libre concurrence comme l'a jugé le Conseil d'État. Un arrêt *Commune de Bray-sur-Somme* de 1978³⁰⁰, tend en effet à démontrer qu'il est impossible d'étendre le champ très limité du « principe de liberté d'accès à la commande publique » sans tomber dans des cas limites dans lesquels la jurisprudence préfère avoir recours, soit à l'égalité d'accès, soit au principe de libre concurrence.

921. La proximité de la *libre concurrence* avec la *liberté d'accès à la commande publique* peut être mise en parallèle avec la proximité qui existe entre *l'égale concurrence* et les principes *d'égalité d'accès et d'égalité de traitement*. En évoluant historiquement vers « l'égale concurrence », le principe de « libre concurrence » c'est en effet fortement rapproché du principe d'égalité. Or, ces deux principes fondent – à égalité ! – l'existence des procédures de passation. Les deux sources principales des procédures de passation – principes de libre concurrence et d'égalité – se combineraient-elles *in fine* ?

B) Libre concurrence et égalité d'accès et de traitement

922. On pourrait raisonnablement penser qu'il faille concilier les principes de libre concurrence et d'égalité d'accès et de traitement : les contraintes liées à la nécessité d'une égalité s'opposant *a priori* au principe de liberté. La contradiction n'est qu'apparente, la libre concurrence nécessitant, comme on l'a vu, une égalité de concurrence afin d'être effective, les deux principes vont dans le même sens.

Ces deux principes fondant l'existence des procédures de passation, on comprend l'embarras de la jurisprudence, de la doctrine mais aussi le texte même du Code des marchés publics. Le Code semble en effet poser les principes de manière à ce qu'ils ne se confondent pas, même partiellement. En limitant au « libre accès » le principe de « libre concurrence », cela évite qu'on l'assimile à « l'égale concurrence », le respect d'une égalité dans les procédures devant être fondée sur le seul principe de « l'égalité de traitement des candidats ». Pourtant, on notera qu'il faut alors entendre *l'égalité de traitement* comme le fait le droit communautaire, c'est-à-dire comme *comprenant* l'égalité d'accès en plus du « traitement » des candidats, faute de quoi aucun principe ne fonderait un accès égalitaire³⁰¹.

³⁰⁰ CE, 23 juillet 1976, *Cne de Bray-sur-Somme*, req. 98488 ; DA 1976 n° 303 « considérant que l'article 16 du cahier des charges relatif à la location du droit de pêche et l'article 10 de celui relatif à la location des droits de chasse à la hutte dans divers étangs et propriété de la commune de Bray-sur-Somme permettent à cette commune « d'interdire à toute personne en litige avec elle » de participer aux enchères le jour de l'adjudication : que ces clauses, conçues en termes généraux portent atteinte à la libre concurrence ». L'affaire n'est pas un marché public mais elle montre que *mutatis mutandis*, le fondement de la libre concurrence a aussi en notre matière plus de chance de prospérer que celui du libre accès.

³⁰¹ Cf. *infra* β, d, 2 A à § 1^{er}, Section 1, chapitre 1^{er}, Titre 2^e, partie 2^e à propos du fait que l'égalité de traitement du droit communautaire comprend l'égalité d'accès au sens interne.

923. La jurisprudence pour sa part ne cherche au contraire pas à choisir entre les deux fondements. En la matière, l'économie de moyen n'est pas de rigueur, le juge se fondant la plupart du temps sur les deux principes. C'est par exemple ce que le Conseil d'État fait dans l'arrêt *CAMIF*³⁰² dans lequel il invoque à la fois « *le principe de libre concurrence et les exigences de l'égal accès aux marchés publics* ». On remarque une triple imprécision en la matière : d'une part les juges utilisent bien un principe fondé sur la liberté – le plus souvent une liberté économique – et un autre sur l'égalité, mais ceux-ci diffèrent selon les espèces. Cela est vraisemblablement dû à la diversité des moyens des requérants. D'autre part, la qualification ou non de principe est elle aussi variable, elle est bien souvent évitée au profit d'autres qualifications comme celles « d'exigences » ou de « nécessités ». Enfin, ces principes sont indifféremment fondés textuellement ou reconnus sans références aux textes. De plus, lorsqu'il y a renvoi à un texte, ce dernier est indifféremment communautaire ou interne. Sur ce point encore, l'absence d'unité tient vraisemblablement plus aux moyens des requérants qu'à une volonté délibérée des juges de rester imprécis.

924. La doctrine ensuite n'est pas aujourd'hui univoque sur ce sujet. La doctrine « administrative » est d'abord confuse, montrant notamment des incohérences entre droit interne et droit communautaire. Ainsi, non seulement l'ancienne circulaire d'application du code des marchés publics – celle du code de 2001 – donnait des exemples d'atteinte à l'égalité d'accès dans sa définition de la liberté d'accès³⁰³, tandis que la circulaire d'application du code de 2004 ne définit même pas ce principe³⁰⁴ ; mais la communication interprétative sur les concessions en droit communautaires définit l'égalité de traitement de la même manière que l'instruction d'application du code français définissait la liberté d'accès³⁰⁵.

La doctrine universitaire montre enfin sur les différentes définitions une forme de confusion bien légitime, ne sachant pas si certaines règles – et notamment les règles de passation – sont l'effet des libertés économiques qui incluent une part d'égalité ou l'effet du principe d'égalité applicable en matière économique³⁰⁶.

³⁰² CE 27 juillet 2001, *Coopérative de consommation des adhérents de la mutuelle assurance des instituteurs de France (CAMIF)* ; req. n° 218067, *BJCP*, 2001, pp. 497-511, concl. C. BERGÉAL, obs. R.S. ; *Contrats et marchés publics*, octobre 2001, pp. 4-9, chr. F. LLORENS ; *Europe*, février 2002, comm. P. CASSIA, n° 60.

³⁰³ Cf. *infra*

³⁰⁴ Circulaire du 7 janvier 2004 *Portant manuel d'application du code des marchés publics*, J.O. n° 6 du 8 janvier 2004 page 37031

³⁰⁵ Le point 3.1.1 de la communication interprétative de la commission sur les concessions en droit communautaire du 12 avril 2000 précise que « *le respect du principe d'égalité de traitement exige que toutes les offres soient conformes aux prescriptions du cahier des charges afin de garantir une comparaison objective entre les offres* ». (Elle se fonde pour ce faire sur l'arrêt de la CJCE du 25 avril 1996, *Commission des Communautés européennes c/ Royaume de Belgique*, aff. C-87/94, dit « *affaire des Bus Wallons* », rec. 1996, p. I-2043 ainsi que sur un arrêt du Tribunal de Première Instance du 17 décembre 1998, T-203/96, *Embassy Limousines & Services*). Tandis que le point 1.2.1.2 de la circulaire d'application du Code des marchés publics de 2001 précisait que la liberté d'accès à la commande publique « *consiste à permettre à toute personne remplissant les conditions requises de se porter candidate à un marché public.* »

³⁰⁶ Cf. sur ce point D. LINOÏTE, « *Principes d'égalité, de liberté, de commerce et de l'industrie et droit de la concurrence* », in *Droit public de la concurrence*, ouvrage collectif sous la direction J.-M. RAYNAUD et R. CRISTINI, *Economica coll. Science et droit administratifs*, 1987, pp. 9-20. Cet article montre bien la

925. La référence conjointe aux deux principes de libre concurrence – fondant notamment le principe de mise en concurrence – et d'égalité – fondant l'égalité d'accès et l'égalité de traitement – paraît à même d'éviter ces confusions et de bien s'insérer dans l'agencement actuel des droits fondamentaux. La principale critique que l'on pourrait être tenté de faire est que tous deux se recourent partiellement en rattachant les procédures de passation à la recherche d'une forme d'égalité. Cette considération ne semble pas de nature à restreindre l'intérêt d'avoir deux fondements différents aux procédures de passation, d'une part parce que la jurisprudence ne voit aucun inconvénient à l'existence de deux principes pour fonder un régime et d'autre part parce que l'intérêt de chacun de ces principes ne se limite pas à leurs points communs.

C) Libre concurrence et liberté contractuelle

926. La commande publique est par définition – et par histoire – limitée aux actes contractuels³⁰⁷. La question de la cohérence entre les principes propres à ce type d'actes et ceux de la commande publique se pose par conséquent. Conscient de débats classiques de la doctrine privatiste autour de l'autonomie de la volonté, le Doyen Léon DUGUIT a évoqué dès 1925 ce qu'il appelle la *liberté des contrats* dans son *Traité de droit constitutionnel*³⁰⁸, et cela dans des termes d'une actualité étonnante si l'on veut bien transposer ses réflexions aux contrats de droit public³⁰⁹.

En donnant une définition de la liberté contractuelle proche de celle qu'on propose aujourd'hui (1), en lui accordant une valeur théorique forte mais juridique floue³¹⁰ (2), et en établissant des liens complexes entre cette liberté et d'autres exigences qui conduisent à en limiter la portée³¹¹ (3), le doyen Duguit soulève en effet les mêmes

possibilité de rattacher les règles de passation à des principes diverses sans pouvoir forcément distinguer laquelle est centrale. D'autres articles essayent de rendre à chaque principe son rôle sans pour autant y arriver, cf. M. GUIBAL, « Égalité et conclusion des marchés publics », in *L'interventionnisme économique de la puissance publique. Études en l'honneur du Doyen Georges Péquignot*, Tome 2, *Faculté de droit et de sciences économiques, université de Montpellier I CERAM*, pp 355-364. cf. aussi J. MOLHO, « Concurrence et principe d'égalité dans les achats publics », *Marchés publics*, mars 1985, n° 212 p. 30 à 33

³⁰⁷ Cf. *supra*, 2^e partie, Titre 2^e

³⁰⁸ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Deuxième éd., *Anc. Librairie Fontemoing ed., E. Boccard successeur* ; Volume 5 et dernier « Les libertés publiques ». § 25 pp. 290-308.

³⁰⁹ L. DUGUIT traite en effet des libertés publiques en tant qu'elle bénéficient aux personnes privées et par conséquent s'opposent aux activités étatiques. La doctrine accordant le bénéfice des libertés publiques aux personnes publiques est bien plus tardive.

³¹⁰ L. DUGUIT, *Traité...*, *Op. Cit.*, p. 290 : « *Que la liberté des contrats soit un principe juridique fondamental dans toute société civilisée, la chose n'est pas contestable* ».

³¹¹ L. DUGUIT, *Traité...*, *Op. Cit.*, p. 290 : « *En effet, formuler le principe de la liberté des contrats, ce n'est pas dire que les hommes peuvent conclure des contrats quelconques. Quelque étendue que doive avoir la liberté contractuelle, elle a cependant, comme toutes les libertés, une limite ; le législateur a certainement le pouvoir et le devoir de la fixer.* » L'essentiel du paragraphe 25 de son traité est ensuite fait des exemples d'atteintes à cette liberté.

questions que celles qui se posent encore en doctrine et notamment celle qui nous intéresse ici des liens entre cette liberté et les principes concurrentiels³¹².

1) Champ d'application de la liberté contractuelle

927. La doctrine ne s'oppose pas sur les effets de la liberté contractuelle. Si les analyses ne sont pas identiques, elles contiennent des éléments communs suffisants pour parler d'une quasi-unanimité. On peut ainsi distinguer, comme le font des auteurs privatistes³¹³ ou publicistes³¹⁴, trois conséquences principales à la reconnaissance de cette liberté.

928. Le premier effet de la liberté contractuelle est que celui qui en bénéficie peut choisir de passer, ou non, par la voie contractuelle pour atteindre un objectif. Cette conséquence est certes à la limite de la liberté contractuelle et peut aussi être rattachée tout simplement au principe de liberté, mais nous préférons cette approche qui a le mérite d'être plus précise. Le droit privé comme le droit public comprennent un nombre non négligeable d'atteintes à cette liberté – on pense par exemple aux contrats de plan³¹⁵ – mais elle a tout de même de nombreuses applications, et cela notamment en droit de la commande publique. En effet, la personne publique voulant, par exemple, bénéficier d'un ouvrage pourra choisir d'être soumise à des procédures de passation ou ne pas l'être. Ainsi, si elle veut le construire en régie, le louer ou acheter un immeuble existant, aucune procédure de la commande publique ne sera applicable. Si elle veut le faire faire, elle pourra encore « modifier » la procédure applicable selon qu'elle passera une convention de délégation de service public ou un marché public.

³¹² La deuxième phrase de son paragraphe est que « [la liberté des contrats] est la condition même pour qu'existe la liberté du travail, du commerce et de l'industrie ». Notons que le regroupement de la liberté du travail et de celle des libertés du commerce et de l'industrie dans une même liberté recoupe exactement la définition de la « liberté d'entreprendre » telle que l'analyse le professeur P. DELVOLVÉ dans son manuel de *droit public de l'économie*, 1998, Dalloz ed. coll. Précis, n° 85 et s. p. 105

³¹³ Par exemple, L. LEVENEUR, in « La liberté contractuelle en droit privé. Les notions de base : autonomie de la volonté, liberté contractuelle et capacité », *AJDA*, 1998, pp. 676-682 ; estime que ce principe a pour conséquence que « des personnes privées envisagent de contracter ; elles ne le font que si elles le veulent, avec qui elles le veulent et en étant libre d'aménager entre elles le contenu du contrat ».

³¹⁴ Par exemple, PH. TERNEYRE, in « Le législateur peut-il abroger les articles 6 et 1123 du code civil ? Sur la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle », *Mélanges PEISER*, Paris, PUG, 1995, pp. 473-486 ; qui précise que ce principe est celui « selon lequel les individus sont libres de conclure tout contrat qu'ils désirent avec les personnes de leur choix en insérant dans cette convention toutes les clauses qui leur apparaissent opportunes ».

³¹⁵ Les contrats de plan qui ont, de par la loi du 29 juillet 1982, la nature d'actes contractuels ont plutôt les caractéristiques des actes unilatéraux ; c'est d'ailleurs pour cette raison que la loi a tenu à préciser leur nature. Notons que le droit privé constate aussi le développement de limites de plus en plus nombreuses à cet aspect de la liberté contractuelle. On peut ainsi penser aux obligations d'assurances pour les voitures, pour les chantiers, ou pour l'exercice de professions comme celles de médecin ou d'avocat. L. LEVENEUR, *Op. Cit.* donne d'autres exemples de ces limites en droit privé avec l'obligation de mitoyenneté d'un mur de l'article 661 du Code civil ou la reconduction automatique sauf exceptions peu nombreuses des baux ruraux (L. 411-58 code rural) ou d'habitation.

La liberté de choisir de passer par un contrat ou non a aussi d'autres conséquences et limites. Ainsi, à ces obligations de contracter, les textes ajoutent parfois des obligations de ne pas contracter – c'est-à-dire des interdictions de passer par la méthode contractuelle. Ces cas portent d'une part sur la matière en cause, on pense en droit privé à l'interdiction des stipulations à objet universel ou à certaines décisions illimitées ; on pense en droit public aux « *services publics non déléguables* »³¹⁶. Ces cas portent d'autre part sur les personnes en cause : il en est ainsi en droit privé pour les personnes « incapables », ou pour les personnes « incompetentes » dans le cas de personnes morales. Il en est évidemment aussi ainsi en droit public pour les personnes « incompetentes », avec cette atteinte particulière dans le même temps au « principe de spécialité » pour les collectivités et établissements publics en dehors de l'État et des communes. Le choix de passer un contrat ou non est donc bien une liberté parfois reconnue aux personnes publiques même si elle comprend de nombreuses limites.

929. La deuxième condition de la liberté contractuelle est la liberté de contracter sans contrainte, notamment quant au choix des cocontractants. C'est évidemment sur ce point que le droit de la commande publique porte une atteinte particulière à la liberté contractuelle³¹⁷ : non seulement le contractant voit son choix encadré par des procédures, mais il est même parfois contraint de choisir un cocontractant qu'une commission d'appel d'offres lui propose. Pourtant, on ne saurait dire que le droit de la commande publique neutralise cette partie de la liberté contractuelle des personnes publiques, et ce pour trois raisons. Premièrement, le passage par une commission d'appel d'offres est une procédure qui est loin d'être généralisée, deuxièmement, il faut rappeler que la commission d'appel d'offres est une émanation de la personne publique passant le contrat, et troisièmement encadrer par tout type de procédure la passation des contrats n'annihile pas le choix³¹⁸, il ne fait que le réduire ; en témoignent les débats sur l'*intuitus personae* qui ont eu lieu en doctrine autour la loi Sapin³¹⁹ et qui n'ont pas abouti, l'*intuitus*

³¹⁶ J. MOREAU, « Les "matières contractuelles" », *AJDA*, 1998, n° 10 pp. 747-752. L'auteur cite notamment parmi les matières non contractuelles les compétences de souveraineté (police administrative, les services fiscaux ou la délimitation du domaine public) et les domaines à statut légal et réglementaire (parmi lesquels les dérogations par contrat au statut d'un agent public ou la délégation du pouvoir réglementaire comme dans l'arrêt CE Sect. 20 janvier 1978 *Syndicat national de l'enseignement technique agricole public*, rec. p. 24, *AJDA*, 1979, p. 37 concl. R. DENOIX DE SAINT MARC. A cela il faut ajouter les règles d'ordre public comme la règle selon laquelle « *les personnes morales de droit public ne doivent jamais être condamnées à payer une somme qu'elles ne doivent pas* » issue de l'arrêt CE Sect. 19 mars 1971 *Sieurs Mergui*, rec. p. 235, concl. ROUGEVIN-BAVILLE ; *AJDA*, 1971, p. 274-276, chr. D. LABETOULLE et P. CABANES.

³¹⁷ Outre le cas des contrats de la commande publique, on peut prendre comme exemples d'autres contrats réglementés les aides publiques, les conventions d'occupation du domaine public, ou les contrats de recrutements d'agent public. En réalité, les contrats précédés de mesures préalables à leurs conclusions sont encore plus nombreux en droit public qu'en droit privé. Cf. A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE et P. DELVOLVÉ, *Traité des contrats administratif*, 2^{ème} ed. 1983, tome 1 n°404 et s.

³¹⁸ En ce sens, cf. CH. BRÉCHON-MOULÈNES, « Choix des procédures, choix dans les procédures », *AJDA*, 1998, n° 10 pp. 753-759, notamment sa deuxième partie p. 756 et s.

³¹⁹ TH. ALIBERT, « L' "intuitus personae" dans la délégation de service public : un principe en mutation », *La revue administrative*, 1990, p. 507 ; X. BEZANÇON, « Typologie, contenu et droit comparé des contrats publics », *RMUE*, 1999, n° 3 pp 11-96 ; CH. MAUGÜÉ et PH. TERNEYRE, « Les

personae étant en réalité présent aussi bien dans les marchés que dans les délégations, même si c'est dans des mesures légèrement différentes.

930. La troisième manifestation de cette liberté contractuelle, enfin, concerne le libre choix des stipulations du contrat. Cette liberté prend une valeur capitale dans le cadre de la théorie de l'autonomie de la volonté, dans la mesure où elle permet aux parties d'établir l'équilibre du contrat. Ce sont elles qui se créent les obligations réciproques³²⁰ et, partant, fondent le caractère normatif du contrat³²¹. Ici encore, le droit public comme le droit privé connaissent des limites importantes. En droit privé, le développement de droits protecteurs – fondés sur l'ordre public de direction ou de protection – a conduit à imposer des clauses légales dans de nombreux contrats. On pense aux premières lois mettant en place un droit du travail au milieu du XIX^e siècle³²², mais surtout à tout le droit de la consommation qui s'est développé au cours de la deuxième moitié du XX^e siècle. À l'opposé, les contrats d'adhésion limitent aussi cette liberté contractuelle. En droit public, deux tendances ici aussi contraires ont limité la liberté contractuelle des cocontractants. D'une part, le droit des marchés publics a longtemps été marqué par la présence de cahiers des charges imposés aux personnes publiques. Ces « *contrats d'adhésion* » ont ainsi limité la liberté contractuelle, et il est difficile de dire quelle liberté – celle de l'administration ou celle de son cocontractant – était la plus limitée, le caractère étatique de ces cahiers apparaissant comme une contrainte aussi bien pour les collectivités territoriales que pour les entrepreneurs ou fournisseurs. L'atteinte à la liberté contractuelle est aujourd'hui un peu moins limitée dans la mesure où les CCAG ne sont plus obligatoires pour les collectivités. D'autre part, la liberté des cocontractants d'insérer des stipulations librement dans leur contrat a aussi été limitée par le développement du droit de la concurrence. Ce dernier, applicable bien entendu aussi bien en droit public qu'en droit privé, l'est notamment en notre matière, tant pour ce qui est des dispositions du Code de commerce que pour celles du droit de la concurrence « spécial » que sont les textes de la commande publique³²³.

délégations de service public en questions », *CJEG*, 1997, p. 131 ; B. DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Paris, Presses de Sciences-po et Dalloz, 2004 p. 371 et s.

³²⁰ On a vu que les contrats de la commande publique étaient par essence synallagmatiques, cf. 1^e partie, titre 2, chap. 2.

³²¹ Cf. *supra* : cette théorie était aujourd'hui peu représentée en doctrine, sauf à considérer que c'est l'ordre juridique dans lequel s'insère le contrat qui donne une valeur contraignante et qui sanctionne le contrat, mais que c'est bien la volonté des parties qui crée un acte qui se met sous l'empire de cet ordre juridique et que ce sont donc les parties qui veulent sa sanction. cf. 1^e partie, titre 2, chap. 2.

³²² Loi du 22-24 mars 1841, *Loi relative au travail des enfants employés dans les manufactures, usines ou ateliers*, IX, *Bull.* DCCLXLV, n° 9203, DUVERGIER, Tome 48, p. 35. Les notes au DUVERGIER sont très nombreuses, notamment avec la présentation à la chambre des pairs. Cf. L. LEVENEUR, in « La liberté contractuelle en droit privé. Les notions de base : autonomie de la volonté, liberté contractuelle et capacité », *AJDA*, 1998, pp. 676-682, spé. p. 682 pour ces exemples.

³²³ Cf. sur ce point CH. MAUGÜÉ « Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs », *AJDA*, 1998, n° 9 pp. 694-700, spé. p. 696, article dans lequel l'auteur note notamment des restrictions à la liberté de rédaction des contrats pour trois catégories de clauses : les clauses de la durée, les clauses financières et les clauses obligatoires ou illicites. Elle note pourtant aussi une amélioration de la situation par rapport au caractère obligatoire des cahiers des charges.

931. Certes, ces atteintes au libre établissement des dispositions contractuelles semblent aller contre la liberté contractuelle. Pourtant, la justification théorique est que lorsque la négociation, qui conduit normalement à l'équilibre du contrat, est impossible parce que les parties ne sont pas à égalité, la loi, en rétablissant de manière autoritaire l'égalité – des clauses si ce n'est des parties – défend l'objectif de la liberté contractuelle. On le voit, les liens entre la liberté contractuelle et les libertés concurrentielles du droit des marchés publics sont centraux. Il reste que le statut de la liberté contractuelle complique le débat.

2) Valeur de la liberté contractuelle

932. L'essentiel des débats qui ont touché à la liberté contractuelle ne tenait pas à son champ d'application, mais bien à sa valeur juridique. Dans la perspective d'une comparaison de cette liberté avec les principes de la commande publique, cette question est aussi centrale. Or, si l'on peut depuis le début des années 1990 considérer que la liberté contractuelle est un principe général du droit, ce n'est que plus récemment encore que le Conseil constitutionnel lui a reconnu une valeur supérieure.

933. Le Conseil d'État a reconnu dans la liberté contractuelle un principe général du droit pouvant sanctionner les actes administratifs³²⁴. C'est ainsi que la juridiction suprême de l'ordre administratif estime que les atteintes portées à la liberté contractuelle ne peuvent avoir pour origine que la loi et ne sauraient résulter d'un acte administratif³²⁵. En plus d'être un principe général du droit, la liberté contractuelle est alors reconnue comme faisant partie des « obligations civiles et commerciales » dont « la loi détermine les principes fondamentaux » aux termes de l'article 34 de la Constitution³²⁶, la loi devant alors encadrer les atteintes à ce principe, ce que contrôle le juge administratif³²⁷. Le Conseil d'État a par ailleurs précisé que les atteintes portées à la liberté contractuelle devaient

³²⁴ Cf. B. GENEVOIS, « Principes généraux du droit », *Encyclopédie juridique Dalloz – Répertoire de contentieux administratif*, 2000, 91 pp., 999 n^{os}, spé. n^o 511 à 513. Cf. aussi B. STIRN, « la liberté contractuelle, droit fondamental en droit administratif ? », *AJDA*, 1998, n^o 9 pp. 673-675 ; le point d'interrogation du titre de l'article est probablement dû à la qualification de « droit fondamental » qui est le terme retenu par le titre du colloque dont est issu l'article.

³²⁵ Dans l'arrêt CE 20 janvier 1989, *SA G.B.A. Berry-Loire*, rec. p. 26, le Conseil d'État annule l'article 5 du décret n^o 72-239 du 29 décembre 1972, devenu R. 231-5 du Code de la construction et de l'habitation, en tant qu'il limite à deux le nombre d'indices – économiques – utilisables pour la révision du prix dans les contrats de construction de maison individuelle, ce qui constitue une atteinte à la liberté contractuelle qui ne peut résulter que de la loi.

³²⁶ L'arrêt CE 27 avril 1998, *Cornette Saint-Cyr et autres*, rec. p. 178 annule un arrêt ministériel qui imposait un délai minimal de réflexion entre la consultation d'un médecin et l'intervention dans le cas des opérations esthétiques, et cela sur le fondement de l'atteinte non autorisée par la loi aux principes fondamentaux de l'article 34, en l'espèce explicitement à la liberté contractuelle.

³²⁷ L'arrêt CE 7 février 1986, *Association force ouvrière consommateur et autres*, rec. p. 31 montre par exemple que le juge administratif contrôle que le règlement attaqué « n'a apporté au principe de la liberté contractuelle que les restrictions rendues nécessaires par l'application » du texte législatif, en l'espèce l'ordonnance du 30 juin 1945 relative aux prix ». Il a par conséquent vérifié l'adéquation entre les atteintes du règlement à la liberté contractuelle et les limites à ces atteintes posées par la loi.

s'interpréter strictement, ce qui découle justement de son caractère de principe³²⁸. C'est ainsi qu'il a considéré, avant même cette affirmation, que les dispositions de l'article 1792-6 du Code civil, dont les principes sont normalement applicables en droit administratif, ne devaient pas être une contrainte trop importante pour les personnes publiques, leur « puissance publique » leur permettant de bénéficier d'une plus grande liberté contractuelle en n'ayant pas à être protégée autant que devaient l'être les personnes privées³²⁹. Par ailleurs, la liberté contractuelle a été reconnue par le Conseil d'État comme une « liberté fondamentale » au sens de l'article L. 521-2 du CJA³³⁰.

934. Cette reconnaissance a quelques conséquences en droit des marchés publics. La principale est la multiplication des contentieux touchant à la nature réglementaire des différents Codes des marchés publics, notamment pour ce qui concerne les marchés des collectivités locales. En effet, les procédures mises en place par les Codes portent sans ambiguïté atteinte à la liberté contractuelle, ce qui ne peut ressortir que de la compétence de la loi, d'autant que leur mise en place porte aussi atteinte à la libre administration des collectivités locales. Le Conseil d'État a toujours conservé la même position sur ce point : l'autorisation législative de réglementer les marchés publics découle du décret-loi du 12 novembre 1938³³¹, toujours en vigueur avec une valeur législative sous l'empire de la Constitution de la V^e République³³². Cette solution a récemment été rappelée pour juger de la légalité du Code de 2001³³³ lui aussi ayant valeur réglementaire³³⁴.

³²⁸ CE Sect. 29 janvier 1998, *Société Borg Warner*, rec. p. 20, *CJEG* 1998 p. 269, note F MODERNE : « Mais considérant que les dispositions précitées [...] qui dérogent au principe de la liberté contractuelle, doivent être interprétées strictement ; ».

³²⁹ CE Sect. 28 février 1986 *Entreprise Blondet et autres*, rec. p. 86 ; *RFDA* 1986 p. 604 concl. R. DENOIX de SAINT-MARC ; *Marchés publics* 1986 n° 219 p. 17 note G. MELLERAY et PH. TERNEYRE ; *AJDA* 1986 p. 399 obs. L. RICHER ; *RDP* 1986 p. 1153 note J-M AUBY ; *Dalloz* 1986 IR p. 427 obs. PH. TERNEYRE. « L'article 1792-6 a été inséré au code civil [...] pour protéger les particuliers faibles et inexpérimentés, face aux constructeurs, compétents et habiles. Cette considération ne peut être retenue lorsqu'on songe aux collectivités publiques. Il doit demeurer loisible à cette dernière de renoncer, exceptionnellement, au délai de garantie ou de stipuler au contrat un délai d'une durée inférieure à un an, ainsi que l'a fait le cahier des charges. »

³³⁰ CE ord. 12 novembre 2001, *Commune de Montreuil-Bellay*, req. 239840, rec. p. 551. « Considérant en outre que, pour apprécier le degré de gravité que peut revêtir une atteinte portée à la liberté d'entreprendre, à la libre disposition de son bien par un propriétaire ou à la liberté contractuelle, il y a lieu de prendre en compte les limitations de portée générale qui ont été introduites par la législation pour permettre certaines interventions jugées nécessaires de la puissance publique dans les relations entre particuliers ; que tel est le cas notamment en matière d'urbanisme »

³³¹ Décret du 12 novembre 1938, *Décret portant extension de la réglementation en vigueur pour les marchés de l'État aux marchés des collectivités locales et des établissements publics*, J.O. du 12-13 novembre 1938, p. 12880, *Duvergier*, nouvelle série tome 38^e, pp. 971

³³² CE Ass. 29 avril 1981, *Ordre des architectes*, rec. p. 198. Le décret-loi de 1938 est un décret du 12 novembre 1938 pris sur habilitation législative du 5 octobre 1938 et ayant, aux termes mêmes de cette loi, valeur législative. Le Conseil d'État contourne la principale difficulté de ce texte qui était d'avoir été abrogé par un décret de 1966 en estimant que cette abrogation était nulle car elle portait justement sur un acte de valeur législative. Cette solution n'était pourtant pas évidente parce qu'il n'avait jamais été dit que la constatation de l'illégalité d'une abrogation par voie d'exception remît en vigueur le texte original. Notons que cet arrêt ne se fonde pas seulement sur le décret-loi de 1938 mais aussi, pour les marchés de travaux, sur l'article 21 de la loi du 7 août 1957 tendant à favoriser la construction de logements et les équipements collectifs, loi à laquelle le Conseil applique les mêmes raisonnements.

³³³ CE Ass. 5 mars 2003, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris*, *AJDA*, 2003 n° 14 p. 718-722, chr. F. DONNAT et D. CASAS ; *Contrats et marchés publics*, avril 2003, p. 4 concl. D. PIVETEAU et p. 24, n° 69 note PH. DELELIS ; *Droit administratif*, mai 2003, Comm. n° 105 p. 23 A. MÉNÉMÉNIS. Cet arrêt reprend l'argumentation de l'arrêt *Ordre des architectes*, mais en se concentrant sur le décret-loi de 1938.

935. Le juge constitutionnel³³⁵ n'a pour sa part reconnu que récemment la liberté contractuelle en tant que liberté autonome. Il avait dans un premier temps refusé de reconnaître cette liberté, d'abord de manière implicite³³⁶, puis à plusieurs reprises de manière explicite³³⁷. Cette situation était fortement critiquée en doctrine³³⁸ et les différents auteurs estimaient que l'appel des parlementaires à cette reconnaissance devrait nécessairement être entendu dans les années à venir. Celle-ci se fit pourtant en deux étapes. C'est ainsi que dans un second temps, le Conseil constitutionnel a fait référence à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen afin de sanctionner les lois qui porteraient manifestement atteinte à « *l'économie des conventions et contrats en cours légalement conclues* »³³⁹ ; c'est-à-dire, si l'on s'en réfère aux éléments de la liberté contractuelle que nous avons détaillés, à la liberté pour les parties de déterminer le contenu de leurs contrats.

936. Comme pour montrer une forme de continuité dans sa jurisprudence, le Conseil est passé à une troisième étape, la reconnaissance explicite du principe de la liberté contractuelle, dans une décision 2001-437 DC³⁴⁰ de 12 jours postérieure à la dernière décision de la « seconde étape ». La continuité dans les jurisprudences est renforcée par le rattachement clair de la liberté contractuelle à l'article 4 de la déclaration de 1789 et à

³³⁴ Notons que les visas du décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 *Portant code des marchés publics* contiennent non seulement le décret-loi du 12 novembre 1938 mais aussi la « *loi n° 57-908 du 7 août 1957 tendant à favoriser la construction de logements et les équipements collectifs, modifiée par la loi no 82-660 du 30 juillet 1982 sur les prix et les revenus, notamment son article 21* »

³³⁵ Sur ce point, voir L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 12^e ed. 2003, n° 31.49bis, p. 489

³³⁶ C'est le cas des décisions n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, *Loi d'amnistie*, rec. pp. 119-125, 21^e considérant ; n° 92-316 DC du 20 janvier 1993, *Prévention de la corruption*, rec. 1993 pp. 14-26, 26^e considérant.

³³⁷ Cf. pour des décisions on ne peut plus explicite, décision n° 94-348 DC du 3 août 1994, *transposition des directives communautaires*, 9^e considérant : « *Considérant qu'aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle [...]* » et décision n° 97-388 DC du 20 mars 1997 *Fonds de pension*, 48^e considérant : « *Considérant que le principe de liberté contractuelle n'a pas en lui-même valeur constitutionnelle ; [...]* ». Par ailleurs, dans cette dernière décision, le Conseil a aussi précisé qu'il n'existe aucun « *principe constitutionnel dit de « l'autonomie de la volonté » [...]* » (48^e considérant).

³³⁸ Cf. notamment PH. TERNEYRE, « Le législateur peut-il abroger les articles 6 et 1123 du code civil ? Sur la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle », *Mélanges PEISER*, Grenoble, PUG, 1995, pp. 473-486 ; E. PICARD, « La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ? », *AJDA*, 1998, pp. 651-666 ; PH. TERNEYRE « La liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ? Le point de vue constitutionnel » *AJDA*, 1998 pp. 667-672.

³³⁹ On retrouve des formules proches dans les décisions n° 98-401 DC du 10 juin 1998, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail*, *AJDA* 1998, p. 540 avec une note de J.-E. SCHOETTL pp. 495-499 ; n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, 18^e considérant ; n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, *Loi relative au pacte civil de solidarité*, cette décision rattachant à l'article 4 de la Déclaration de 1789 sur la liberté le fait de rompre de manière unilatérale un contrat à durée indéterminée ; n° 99-423 DC du 13 janvier 2000, *Loi relative à la réduction négociée du temps de travail*, considérants 36 et s ; et n° 2000-436 DC du 7 décembre 2000, *Loi relative à la solidarité et au renouvellement urbains*, 54^e considérant.

³⁴⁰ Décision n° 2000-437 du 19 décembre 2000, *Loi de financement pour la sécurité sociale de 2001*, considérant 37 : qui considère que l'existence de conventions entre les entreprises pharmaceutiques et le comité économique des produits de santé visant à la maîtrise du prix de ces médicaments et à la maîtrise du coût de leur promotion « *n'apporte pas à la liberté contractuelle qui découle de l'article 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen une atteinte contraire à la Constitution* ».

l'existence de décisions postérieure à la 437 DC reprenant les considérants de la seconde étape³⁴¹. On peut voir là la confirmation du fait que la seconde étape reconnaît en effet une partie de la liberté contractuelle dans son ensemble. Depuis la décision 437 DC, d'autres sont venues confirmer la réalité de la reconnaissance de la liberté contractuelle, sachant qu'une décision la fonde non seulement sur l'article 4 mais aussi sur l'article 16 de la Déclaration de 1789 et sur le 8^e alinéa du préambule de 1946³⁴², mais aussi que les deux plus récentes ne font au contraire aucune référence à un texte de valeur constitutionnelle³⁴³.

3) La liberté contractuelle va-t-elle contre la libre concurrence ?

937. La référence à l'article 4 de la Déclaration de 1789 pour reconnaître aussi bien la libre concurrence que la liberté contractuelle est la confirmation juridique de la proximité que l'on peut intuitivement remarquer entre les deux notions³⁴⁴. D'ailleurs, avant le rattachement de la liberté contractuelle à l'article 4 de la Déclaration de 1789, c'est à la liberté d'entreprendre que la doctrine la rattachait afin de lui reconnaître une valeur constitutionnelle³⁴⁵. Pourtant, dans le cadre de la commande publique, c'est l'antagonisme entre les deux principes qui semble prévaloir. La raison de cette contradiction est que d'un côté la libre concurrence vient fonder l'existence des procédures de passation alors que de l'autre, la liberté contractuelle vient poser le principe que les contraintes à la passation des contrats doivent être minimums.

938. Si l'on part du principe que les personnes publiques peuvent jouir des droits constitutionnellement garantis³⁴⁶, la reconnaissance de la liberté contractuelle vient

³⁴¹ Décision n° 2001-451 DC du 27 novembre 2001, *Loi portant amélioration de la couverture des non-salariés agricoles contre les accidents du travail et les maladies professionnelles*, 27^e considérant et 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale*, 94^e considérant *in fine*.

³⁴² Il s'agit de la décision n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003, *Loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi*, 4^e considérant. Il est à noter que le terme de liberté contractuelle n'est pas cité mais que c'est nécessairement à ce principe que la décision fait allusion. Pour mémoire, le huitième alinéa du préambule de 1946 traite de la participation des travailleurs « à la détermination collective des conditions de travail ainsi qu'à la gestion des entreprises » ce qui était en cause dans la loi déferée. On ne saurait en faire un fondement général de la liberté contractuelle.

³⁴³ Décision n° 2003-486 DC du 11 décembre 2003, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2004*, 17^e considérant : « en prévoyant d'éclairer les parties sur les conditions de l'agrément ministériel, le législateur n'a ni porté atteinte à la liberté contractuelle, ni [...] » ; et décision n° 2003-487 du 18 décembre 2003, *Loi portant décentralisation en matière de revenu minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité*, 28^e considérant « l'article 43 de la loi déferée ne porte atteinte ni à la liberté personnelle ni à la liberté contractuelle ».

³⁴⁴ L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Anc. Librairie Fontemoing ed., E. Bocard successeur, 2^e ed. ; Volume 5 et dernier « Les libertés publiques ». § 25 pp. 290-308, spé. p. 292 fait d'ailleurs un lien indéniable entre les deux lorsqu'il écrit : « La portée de la liberté contractuelle est double. Le législateur ne peut pas [...] limiter les droits qui appartiennent aux parties de fixer leurs obligations respectives conformément aux prix qui s'établissent par le jeu normal des lois économiques. »

³⁴⁵ Cf. L. FAVOREU et L. PHILIP, *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, 12^e ed. 2003, n° 31.49bis, p. 489

³⁴⁶ Cf.; E. PICARD, « La liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ? », *AJDA*, 1998, n° 9 pp. 651-666, spé. p. 661, l'auteur reconnaît le bénéfice des droits constitutionnels aux personnes publiques, mais leur refuse celui de ce qu'il appelle les « droits

en effet contre l'existence des procédures de passation et, partant, contre les principes qui les justifient. Les procédures de la commande publique, non pas dans leur existence mais dans leur portée, sont donc le résultat de la conciliation entre, d'une part, la libre concurrence et l'égalité et, d'autre part, la liberté contractuelle.

Or l'évolution récente montre effectivement une adéquation entre cette constatation et le droit positif. D'abord, la naissance d'une notion – encore non formalisée – de commande publique correspond au développement des principes d'égalité et de libre concurrence : de plus en plus de contrats « publics » sont soumis à des procédures de passation. Mais ensuite, la liberté contractuelle limitant cette extension va aller dans le sens de procédures moins contraignantes, on pense à l'abandon de l'adjudication pour les marchés publics ou aux procédures imposées aux délégations de services publics qui se limitent à de la publicité et à une mise en concurrence non décisive. C'est le jeu entre ces principes qui va déterminer la « pression » procédurale – comme on parle de « pression » fiscale – sur les contrats³⁴⁷.

Certes, on nous objectera que les justifications officielles de ces évolutions sont d'autres ordres : meilleure gestion par des coûts de procédures moins importants, concurrence plus adaptée, lutte contre la concussion ou simplement développement des appels d'offres infructueux du fait de la lourdeur des procédures par rapport aux bénéfices attendus pas les entreprises qui préfèrent alors ne pas soumissionner. Les deux ne sont pourtant pas incompatibles, toutes ces justifications n'étant que des éléments « externes » permettant de faire, concrètement, la conciliation entre des principes fondamentaux antagonistes.

939. *Conclusion du chapitre premier* : Le droit de la commande publique doit l'existence des procédures, le cœur de son régime – si ce n'est son existence même – à la combinaison de deux principes aujourd'hui constitutionnels : le principe d'égalité et les principes issus du droit de la concurrence.

Le principe d'égalité oblige à la mise en place de procédures de passation en ce qu'elles encadrent la sélection du cocontractant et sont la seule solution permettant de s'assurer que tous les candidats sont traités de la même manière. C'est l'égalité dans l'accès à la commande publique. L'égalité ne se limite pourtant pas à cela puisqu'elle impose aussi que durant la passation, une égalité de traitement soit respectée.

Les principes concurrentiels justifieraient aussi, par eux-mêmes, que les procédures existassent. L'interprétation qui est faite de la libre concurrence est aujourd'hui qu'elle impose une égale concurrence, c'est-à-dire, pour la commande publique, que les opérateurs économiques soient mis dans des situations comparables face aux « marchés économiques » que sont les contrats de la commande publique.

fondamentaux ». R. DRAGO, « droits fondamentaux et personnes publiques », *AJDA*, 1998, n° spécial p. 130 leur reconnaît sans distinction.

³⁴⁷ Sans justifier cette évolution par les principes constitutionnels comme nous le faisons ici, CH. MAUGÜÉ fait la même constatation *in* « Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs », *AJDA*, 1998, n° 9 pp. 694-700, spé. p. 696.

C'est ainsi que l'on peut aujourd'hui faire découler de cette double paternité un « principe de mise en concurrence » propre à la commande publique et qui justifie l'existence des procédures. Ce principe, qui doit être concilié avec les autres et notamment avec la liberté contractuelle, ne doit pas faire oublier les autres principes de la commande publique. Ceux-ci n'ont pas la même importance : ils ne fondent pas l'existence des procédures de passation, ils ne font qu'utiliser les procédures comme occasion de se concrétiser, ce qui les conduit à renforcer les procédures de passation.

CHAPITRE 2^E :

LES PRINCIPES RENFORÇANT LES PROCÉDURES DE PASSATION

940. Le droit de la commande publique n'est pas seulement soumis aux principes qui fondent les procédures qu'il impose ; les autres principes de notre droit s'y appliquent évidemment. Certains d'entre eux y prennent une place particulière : ils renforcent ou précisent en effet les conditions de passation des contrats de la commande publique. Il en est spécialement ainsi pour les principes s'appliquant « *en particulier [aux] dispositions relatives à la commande publique* »¹, élevés au niveau constitutionnel par le Conseil afin de montrer la place particulière qu'ils prennent dans le régime de ces contrats². La conséquence la plus surprenante de ces décisions du Conseil constitutionnel est ce que l'on peut appeler la constitutionnalisation des principes posés à l'article 1^{er} du Code des marchés publics de 2001 et repris aujourd'hui dans le Code de 2004. Ces derniers sont considérés par la décision 2003-473 DC du 26 juin 2003 comme des principes découlant « *des articles 6 et 14 de la Déclaration de 1789* »³. Il apparaît en effet que l'article 14 est bien la source d'une grande partie de ces principes renforçant les procédures, comme l'article 6 en était l'un des principes fondateurs. (Section 1^{re}). À ces principes il faut ajouter les principes environnementaux qui prennent une importance de plus importante, place qui est aujourd'hui en voie d'être reconnue dans la Charte de l'environnement insérée dans le Préambule de la Constitution (Section 2^e).

¹ Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit.*, 10^e considérant. *AJDA*, 2003, p. 1391, note J.-E. SCHOETTL ; E. FATÔME et L. RICHER, « Le Conseil constitutionnel et le “droit commun” de la “commande publique” et de la domanialité publique. A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2002-473 DC du 26 juin 2003 », *AJDA*, 22 décembre 2003, n° 44 pp. 2348-2354 ; *DA*, 2003, comm. 188 et 191, note A. MÉNÉMÉNIS ; *RDP*, 2003, p. 1163, note F. LICHÈRE « Le Conseil constitutionnel, la commande publique et le partenariat public-privé : *bis repetita non placent* » ; *Contrats et marchés publics*, 2003, chron. 18, note F. LINDITCH, « Les partenariats public-privé devant le Conseil constitutionnel » ; mais aussi les articles faisant référence à cette décision : A. TESSIER, « Le droit de la commande publique et les articles 5 et 6 de la loi du 2 juillet 2003 autorisant le gouvernement à simplifier le droit », *BJCP*, 2003 p. 354 ; J.-B. AUBY, « Le partenariat public-privé et la constitution », *Droit administratif*, Repères n° 10 ; F. LLORENS et P. SOLER-COUTEAUX, « Le futur partenariat public-privé ou les limites de la troisième voie », *Contrats et marchés publics*, 2003, Repères n° 7.

² F. LICHÈRE « Le Conseil constitutionnel, la commande publique et le partenariat public-privé » *RDP*, 2003, pp. 1163-1178, spé. p. 1168 envisage le fait que les principes ainsi reconnus ne soient pas de valeur constitutionnel, mais il estime aussi que leur valeur ne « *laisse[rait] pas alors d'interroger sur leur valeur réelle* ».

³ Décision précitée

SECTION 1^{RE} :
LES PRINCIPES FONDÉS SUR
L'ARTICLE 14 DE LA DDHC

941. « Tous les citoyens ont le droit de constater, par eux-mêmes ou par leurs représentants, la nécessité de la contribution publique, de la consentir librement, d'en suivre l'emploi, et d'en déterminer la quotité, l'assiette, le recouvrement et la durée ». C'est ainsi que l'assemblée nationale constituante de 1791 a inscrit à l'article 14 de la Déclaration de 1789 la participation des citoyens aux finances publiques. Cet article constitue avant tout une reconnaissance de la place prépondérante du consentement à l'impôt dans le développement historique de la démocratie représentative dont la Déclaration se veut le fondement⁴. Bien que le « principe du consentement à l'impôt » n'ait pas été reconnu comme constitutionnel⁵, l'article 14 a, à plusieurs reprises, été employé par le Conseil constitutionnel⁶, essentiellement pour trouver dans ce texte la reconnaissance de la compétence du Parlement en matière fiscale⁷.

Il semble pourtant, notamment à la suite de la décision 2003-473 DC du Conseil constitutionnel, que l'on puisse tirer de cet article plus que cette simple compétence. Ainsi, les droits de « constater la nécessité » et celui de « suivre l'emploi » de la contribution publique ne peuvent voir leur effectivité garantie que si l'on met le citoyen dans des conditions lui permettant de le faire. À cet égard, c'est bien un principe de transparence qui découle de ce texte (§ 1^{er}). Plus encore, il semble que ce contrôle de l'emploi de la contribution n'est possible que si l'on part du principe qu'il existe un « bon emploi » de ces deniers publics. Le Conseil est d'ailleurs allé dans ce sens lorsqu'il a reconnu un principe constitutionnel du « bon usage des deniers publics » dans sa décision précitée, c'est-à-dire justement dans le cadre d'une loi habilitant le Gouvernement à légiférer en matière de commande publique. Ce « bon usage » renvoie aujourd'hui à une vision plus économique de ces contrats et est l'un des fondements à ce que l'on appellera un principe « d'efficacité économique de la commande publique » (§ 2^e).

⁴ Pour des développements sur ce lien, cf. P.-M. GAUDEMET et J. MOLINIER, *Finances publiques*, Paris, Montchrestien, coll. *Domat droit public*, Tome 1 Budget/Trésor, 7^e ed. 1996, 577 pp. spé. n° 96 et s.

⁵ L. PHILIP, *Droit fiscal constitutionnel*, Paris, Economica, coll. *Finances publiques*, 1990, 220 pp. spé. p. 22. L'auteur considère à la suite de l'analyse des décisions du Conseil constitutionnel que le « principe du consentement à l'impôt ne constitue pas un élément essentiel de la souveraineté nationale et qu'il n'a pas, de ce fait, valeur constitutionnelle ». cf. aussi pp. 28 et 148. On notera que le Conseil a eu une attitude similaire dans les jurisprudences postérieures à celles citées par l'auteur comme le voient M. de VILLIERS et TH. S. RENOUX, *Code constitutionnel*, Litec 2001.

⁶ Les *Grandes décisions du Conseil constitutionnel* de L. FAVOREU et L. PHILIP, Paris, Dalloz, 12^e ed. 2003 précisent au n° 21-20 que 8 décisions font référence expresse à l'article 14 : les 133 DC, 388 DC, 395 DC, 397 DC, 405 DC, 409 DC 422 DC et 424 DC. Il faut y ajouter les décisions 370 DC (considérents 18 à 20) 473 DC.

⁷ L. PHILIP *Op. Cit.* estime que la reconnaissance d'une valeur constitutionnelle de ce principe (mais pas de l'article dont on sait qu'il a, lui, valeur constitutionnelle) serait en réalité « sans grand intérêt » dans la mesure où la compétence législative, « résulte déjà de l'article 34 de la Constitution de 1958 ». Cette position est confirmée par le Conseil constitutionnel dans sa décision n° 95-370 DC du 30 décembre 1995 *Loi autorisant le Gouvernement, par application de l'article 38 de la Constitution, à réformer la protection sociale (dite Plan Juppé)*, rec. p. 269, RJC I p. 650, notamment le 20^e considérant.

§ 1^{er} : La transparence des procédures

942. Le principe de transparence est, en notre matière au moins, celui selon lequel une activité doit être exercée ou un acte pris dans des conditions telles que les personnes intéressées puissent vérifier la légalité ou la moralité des différentes étapes qui ont conduit au résultat obtenu.

L'idée de transparence est une préoccupation récente de la doctrine juridique et de la pratique administrative. Bien que l'on puisse trouver des premières références doctrinales à ce principe dans les années 1980⁸, c'est surtout à partir des années 1990 que la doctrine et le législateur ont commencé à l'utiliser comme fondement⁹. Outre le thème de la transparence administrative qui s'est alors développé¹⁰, c'est en matière économique

⁸ Ce principe a d'abord été utilisé à propos de la transparence administrative (Cf. B. LASSERRE, N. LENOIR, B. STIRN, *La transparence administrative*, Paris, PUF, coll. Politique d'aujourd'hui, 1987), dans le cadre des relations de sous-traitance définies par la loi du 31 décembre 1975 (Cf. B. LASSERRE, N. LENOIR, B. STIRN, *La transparence administrative*, Paris, PUF, coll. Politique d'aujourd'hui, 1987 ; J. CARO, Pref. CH. BRÉCHON-MOULÈNES, *Transparence et sous-traitance dans les marchés publics*, 1984, Paris 10 ; P. SUBRA de BIEUSSES, « La transparence des contrats », in *La sous-traitance dans les marchés publics*, Université Paris X – Nanterre, 1983, pp. 53-72) et en matière de réglementation économique (Cf. la loi du 23 octobre 1984 *visant à limiter la concentration et à assurer la transparence financière et le pluralisme des entreprises de presse*, abrogée en 1986).

⁹ On pense notamment aux lois n° 91-3 du 3 janvier 1991 *Relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence* et n° 93-122 du 22 janvier 1993 *Relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, dite « loi Sapin ». À la suite de ces lois, la doctrine a développé le thème de la transparence dans des articles les commentant : CH. BRÉCHON-MOULÈNES « Transparence et marché public », *Revue de jurisprudence commerciale*, octobre 1993, n° Spécial colloque sur la transparence, pp. 45-62 ; A. TERRAZONNI « Marchés publics et transparence », *Revue Française de finances publiques*, 1992, n° 40 pp. 88-99 ; M. FRANÇOIS « Le décret “transparence” », *Marchés publics*, avril 1993, 29-30, n° 273 ; M. GUIBAL « Chronique de législation. Marchés publics. Commentaire de la loi n°91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence », *AJDA*, 20 avril 1991, p. 296 à 300 ; PH. TERNEYRE « Marchés publics, “contrats de travaux” et transparence (commentaire de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence) » *Actualité législative Dalloz*, 11 et 25 avril 1991, cahier 7 page 41 et 8 page 49. ; M. GUIBAL « Chronique de législation. Marchés publics et délégations de service public. Commentaire de la loi n°93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique [Sapin] », *AJDA*, 20 mars 1993, 186-191, n° 3 ; G. DROUOT « La loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques » *Actualité législative Dalloz*, 16 septembre 1993, n° 15, pp. 153-162.

¹⁰ P. DELVOLVÉ « La transparence administrative », *Revue de jurisprudence commerciale*, octobre 1993, n° spécial colloque sur la transparence, pp. 23-35 ; J. CHEVALLIER, *Sciences administratives*, Paris, PUF coll. *Thémis Science politique*, pp. 438 et 443-448 estime que la transparence s'est développée dans les années 1970 avec l'administré-partenaire et qu'elle a été dépassée dans les années 1980 par le thème de la qualité autour de l'administré-client et autour de celui de la démocratie administrative dans les années 1990 autour de l'administré-citoyen. La transparence continue à participer des deux dernières étapes comme le prouvent les lois sur la motivation des actes administratifs et sur l'accès aux documents administratifs qui ont été votées jusqu'à récemment. Nous n'avons trouvé aucune trace de texte ou doctrine traitant de transparence dans la commande publique avant les années 1980. Pour une analyse de l'administré-citoyen et de l'influence de la « transparence » au regard de la loi du 12 avril 2000, cf.

et dans le cadre des contrats que le thème de la transparence a eu le plus d'implications. On ne saurait alors s'étonner que le droit de la commande publique ait eu à y faire référence puisqu'il est à la fois un droit de la concurrence – la recherche d'un marché économique libéral nécessitant une part de transparence, on parle d'ailleurs de « pureté » du marché – mais aussi un droit contractuel et l'on sait que la matière contractuelle est par essence opaque pour les tiers au contrat, ne serait-ce parce qu'elle est éminemment subjective¹¹.

Ces considérations et la présence du principe de transparence à l'article premier du Code des marchés publics depuis le code de 2001 – repris à l'identique dans celui de 2004 – ont conduit d'éminents auteurs à le présenter comme l'un des fondements du droit de la commande publique¹². La place que nous lui accordons dans ces développements, celle d'un principe renforçant les procédures et non les fondant, peut paraître en désaccord avec cette approche. C'est qu'il nous semble que le droit interne comme le droit communautaire ont reconnu ce principe de manière ambiguë, comme un principe à la fois autonome et corollaire d'autres (A), ce qui lui donne une portée propre qui, sans être négligeable, reste relativement limitée¹³ (B).

A) *La reconnaissance récente du principe*

943. L'idée de transparence étant elle-même une création contemporaine, sa reconnaissance est, elle aussi, une évolution récente de nos droits fondamentaux. En droit interne, s'il bénéficie d'une valeur constitutionnelle, il n'a pas été reconnu de manière large. Il subit en effet une double limite : d'abord à la matière de la commande publique, ensuite à une application encadrée par les principes de liberté et d'égalité concurrence (1). En droit communautaire, sa reconnaissance, plus générale puisqu'applicable à l'ensemble de la matière économique au moins, est toutefois limitée en matière de commande publique

J. CHEVALLIER, « La transformation de la relation administrative : mythe ou réalité ? » *Dalloz* 2000 p. 575

¹¹ Cf. CH. BRÉCHON-MOULÈNES, « Transparence et marchés publics », *Revue de jurisprudence commerciale*, octobre 1993, n° spécial sur la transparence, pp. 45-62 qui estime, et l'on ne saurait la contester, que « la relation contractuelle est par nature réfractaire à la transparence » ; ce qui justifie que ce soit en cette matière que l'on ait le plus ressenti la volonté de développer la transparence. Le droit privé constate aussi ce « principe de secret » dans les contrats comme en témoigne J. MESTRE, « Transparence et droit des contrats », *Revue de jurisprudence commerciale*, octobre 1993, n° spécial sur la transparence, pp. 77-88.

¹² Cf. notamment P. DELVOLVÉ, « Les partenariats public-privé et les principes de la commande publique », *RDI*, nov. 2003 pp. 481-493, l'auteur préfère au terme de « principe de transparence » celui de « principe de publicité » ; F. LLORENS, « principe de transparence et contrats publics », *Contrats et marchés publics*, janvier 2004, pp. 4-12 « la transparence est à la base de la réglementation la plus ancienne en ce domaine (celle des marchés publics) sous la forme notamment d'une obligation de publicité minutieusement organisée ».

¹³ Notre approche n'est pas en contradiction avec celle des auteurs précités, elle ne fait que porter un regard circonspect sur les implications que l'on attribue souvent à ce principe. De nombreuses mesures de « transparence » nous paraissent être trop souvent rattachées au « principe » de transparence alors qu'elles ressortissent selon nous des autres principes. Ces auteurs démontrent d'ailleurs les difficultés qu'il y a à connaître les effets de ce principe de transparence et les nombreuses limites qui l'encadrent.

dans laquelle elle semble toujours liée aux effets des principes de libre circulation et d'égalité (2).

1) Principes internes de « transparence » et de « transparence des procédures »

944. Les principes de l'article 1^{er} du Code des marchés publics étaient partiellement présents dans le Code de 1964 depuis une modification de 1992. L'article 47 de ce Code ne visait pourtant pas la transparence, il ne visait que la liberté d'accès et l'égalité de traitement¹⁴. La référence à la « *transparence des procédures* » dans le deuxième paragraphe de l'article 1^{er} du Code des marchés publics est par conséquent une nouveauté du Code qui a peu à peu été élevée au niveau constitutionnel ; d'abord négativement par un refus de l'existence d'un « principe fondamental de transparence » (a), ensuite positivement par la reconnaissance d'un principe de valeur constitutionnelle plus réduit de « transparence des procédures » (b).

a) *Le refus d'un principe fondamental de « transparence »*

945. Le Conseil constitutionnel n'a jamais reconnu l'existence d'un principe fondamental de « transparence », il a même explicitement refusé de le consacrer dans sa décision n° 93-335 DC du 21 janvier 1994¹⁵. Les requérants soutenaient que ce principe, issu de l'article 14 de la Déclaration de 1789, interdisait à la loi déferée de revenir sur des mesures de publicité imposées auparavant par la loi Sapin pour la vente de terrains constructibles ou de droits à construire à des personnes privées par certaines personnes publiques ou parapubliques¹⁶. Mais le Conseil a considéré « *que la transparence des activités publiques ou exercées pour le compte des personnes publiques ne constitue pas en elle-même un principe général à valeur constitutionnelle* »¹⁷. La solution avait le mérite de la clarté ; elle doit pourtant être nuancée.

946. D'abord, dans le même considérant de la décision n° 93-335 DC, le Conseil laisse entrevoir la possibilité que l'article 14 de la Déclaration permette de sanctionner un défaut de « transparence » si la loi est privée « *des garanties légales qu'elle comporte* ». Ensuite et à trois reprises en 1984, 1986 et 1993, le Conseil constitutionnel a

¹⁴ Cf. *supra*, chapitre 1er

¹⁵ CC 21 janvier 1994, n° 93-335, *Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction*, dite « urbanisme et construction », rec. pp. 40-46 ; RJC pp. 576-579 ; *Dalloz* 1995, somm. p. 294 par P. GAÏA et E. OLIVA ; *RFD* 1995, n° 1 p. 7, note P. HOCREITÈRE ; *RFDC*, 18-1994, p. 363 note F. MÉLIN-SOUCRAMANIEN ; J. MORAND-DEVILLER, « Le conseil constitutionnel et la "petite" loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme », *RDI* 1994, n° 16(2) pp. 163-168, spé. p. 167

¹⁶ L'article 51 de la loi Sapin abrogé par la loi déferée du 9 février 1994 visait les collectivités locales, leurs groupements, leurs établissements publics, leurs concessionnaires et leurs sociétés d'économie mixte locales.

¹⁷ Il s'agit du 27^e considérant de la décision.

semble-t-il accepté de voir dans la transparence un « objectif » dont on peut penser qu'il s'agit en réalité d'un « objectif de valeur constitutionnelle »¹⁸. On remarquera l'importance que prend la décision 93-335 DC pour la commande publique dans la mesure où elle porte sur des mesures de publicité, même s'il est vrai qu'elle concerne une publicité lors d'une vente et non d'un achat par la personne publique.

b) La reconnaissance d'un principe de « transparence des procédures »

947. La clarification est venue de la décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003¹⁹ : n'est pas consacré le principe constitutionnel de « transparence », mais bien celui, plus limité et issu du texte de l'article 1^{er} du Code de « *transparence des procédures* ». La nuance est d'importance puisqu'elle contient une double limite par rapport au principe de transparence.

948. D'une part, elle laisse entendre que ce n'est que dans le cadre des procédures qu'il doit y avoir respect du principe constitutionnel de transparence. Ainsi, le Conseil reconnaît-t-il effectivement la transparence comme un principe qui ne fonde pas les procédures, qui n'impose pas leur existence, mais qui les complète. Le texte de l'article 1^{er} du Code est donc trompeur en présentant les trois principes dans la même phrase, il y a bien une distinction à faire entre les deux premiers – liberté d'accès à la commande publique et égalité des candidats – qui fondent l'existence des procédures et le troisième – la transparence – qui vient les renforcer. On remarquera d'ailleurs que les principes fondant les procédures de passation avaient été reconnus avant même cette décision 473 DC dans les décisions 460 DC et 461 DC²⁰, ce qui n'est pas le cas de la transparence.

949. D'autre part, le principe de transparence est aussi limité à la matière de la commande publique. Il n'y a donc pas de revirement de jurisprudence par rapport à la décision 335 DC, le principe « général »²¹ de transparence n'est toujours pas reconnu comme « fondamental », mais l'article 14 de la Déclaration de 1789 qui fonde, avec son

¹⁸ Il s'agit des décisions n° 84-181 des 10 et 11 octobre 1984 *Loi relative aux entreprises de presse*, 16^e considérant, rec. p. 78, *RJC* p. 199 ; *AJDA* 1984, p. 684, note J.-J. BIENVENU ; *RDP* 1986, p. 395, note L. FAVOREU, dans laquelle il traite de « l'objectif de transparence financière ». Ensuite dans la décision n° 86-210 du 29 juillet 1986 *Loi portant réforme du régime juridique de la presse*, considérant 18^e, rec. p. 110, *RJC* p. 270, *AJDA* 1986, pp. 537-540, note G. PEPY ; *RDP* 1989, p. 490, note L. FAVOREU, et surtout décision n° 92-316 DC du 20 janvier 1993 *Loi relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques* (loi Sapin), considérant 30, rec. pp. 14-26, spé. p. 20, *RJC*, p. 516 : « que des dispositions restrictives ont été prises par le législateur [...] en vue d'atteindre l'objectif de transparence économique que celui-ci poursuit ». Il est intéressant de noter que cet objectif de transparence est présenté comme s'opposant à la liberté d'entreprendre puisque le Conseil poursuit : « qu'en dépit des contraintes qu'elles comportent, elles ne restreignent pas la liberté d'entreprendre des agents économiques concernés qu'il s'agit de dénaturer la portée. ». Cf. D. POUYAUD, « Concurrence, transparence et libre administration », *RFDA* 1993, pp. 902-920

¹⁹ Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, 10^e considérant, précitée note 1

²⁰ Sur ce point, cf. *supra* 2^e partie, Titre 2^e, Chapitre 1^{er}

²¹ C'est le terme de la décision 335 DC

article 6, les principes de l'article 1^{er} du Code des marchés publics obligent à une « transparence des procédures »²².

À bien y regarder, le simple fait que le Conseil constitutionnel modifie la référence textuelle en passant du Code des marchés publics à la Déclaration de 1789 constitue en lui-même une extension. La conséquence de cette modification est en effet que le principe de transparence n'est plus seulement un principe du droit des marchés publics – au sens du code – mais un principe « de la commande publique », c'est-à-dire applicable bien plus largement et seulement « rappelé » par le Code. Les délégations de service public sont donc elles aussi officiellement soumises à ce principe constitutionnel de transparence comme le laissait entendre le titre de la loi Sapin qui crée cette catégorie contractuelle²³.

950. En ce sens, on peut s'étonner de la formulation d'un des principes de l'ordonnance du 17 juin 2004 sur les « contrats de partenariat » : le principe « d'objectivité des procédures »²⁴. Celui-ci n'apparaît pas comme bien différent de celui de « transparence », mais ce n'est pas ce dernier terme qui a été choisi bien qu'il ait valeur constitutionnelle. Si l'on analyse le terme *d'objectivité*, on trouve deux sens qui montrent la proximité entre ce terme et celui de transparence : dans un premier sens, l'objectivité signifie « représentation fidèle »²⁵, la transparence contenant aussi cette dimension d'une vision non biaisée de la réalité. Dans un second sens, l'objectivité est synonyme « d'impartialité »²⁶, la transparence, on le verra, a elle aussi pour but de montrer que le choix a été fait sans que des éléments autres que ceux justifiés par l'égalité aient été respectés, c'est-à-dire plus largement sans concussion. Si l'on veut justifier la différence, on notera toutefois que la Cour de justice estime dans son arrêt *SLAC Construction* du 18 octobre 2001²⁷ que « l'égalité de traitement [...] suppose que la transparence et l'objectivité de la procédure aient été respectées » ; ce qui peut laisser entendre que les juges communautaires font une différence entre *transparence* et *objectivité* de la procédure. Il reste qu'ils ne précisent à aucun moment ni l'objet ni la portée de cette éventuelle différence.

²² Le professeur D. POUYAUD avait déjà émis l'idée de fonder la transparence sur l'article 14 de la Déclaration de 1789 dans son commentaire de la décision du Conseil constitutionnel sur la loi Sapin, « Concurrence, transparence et libre administration », *RFDA* 1993, pp. 902-920, spé. p. 905.

²³ loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 *Relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques*, dite « loi Sapin ».

²⁴ Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 *sur les contrats de partenariat*, J.O. n° 141 du 19 juin 2004 page 10994, article 3, 1^{er} alinéa. : « La passation d'un contrat de partenariat est soumise aux principes de liberté d'accès, d'égalité de traitement des candidats et d'objectivité des procédures. »

²⁵ On trouve cette définition dans le 2^e sens du *Petit Robert*, 1^{er} Tome langue française, Paris, Dictionnaire Le Robert ed. ; mais aussi indirectement dans le 2^{er} sens du *Litttré*, en rapport avec la philosophie moderne et « ce qui existe en dehors de la pensée ».

²⁶ Ibidem, 3^e sens du *Robert* et 1^{er} et 3^e sens du *Litttré*

²⁷ CJCE 18 octobre 2001, *SLAC Construction Ltd c/ County Council of the County of Mayo*, aff. C-19/00, point 45, rec. 2001 p. I-7725 ; *Contrats et marchés publics* 2001, comm. 229, note F. LLORENS ; *Collectivités-intercommunalité* 2002, comm. 41, note T. CÉLÉRIER ; *BJCP* n° 20, janvier 2002 p. 71, obs. R. SCHWARTZ

L'analyse des décisions du Conseil constitutionnel montre donc qu'il n'y a pas de principe de transparence imposant des procédures de passation mais bien, dans le cadre des procédures de la commande publique, un *principe de transparence des procédures* qui s'applique.

c) Un juge administratif encore indécis

951. Le juge administratif s'était pour sa part déjà prononcé sur le principe de transparence avant la décision du Conseil constitutionnel. Il l'a fait une première fois dans un avis contentieux du 29 juillet 2002, *Société MAJ Blanchisserie de Pantin*, à propos de la qualification de « contrat administratif » des « marchés publics » au sens du Code des marchés publics depuis la loi MURCEF de 2001, même lorsqu'il s'agit de contrats qui ont été reconnus comme étant des marchés publics en application du Code de 1964²⁸. Il cite les principes issus de l'article 1^{er} du Code des marchés publics de 2001 en estimant qu'ils sont applicables en dessous des seuils, ce que l'on a pu interpréter comme donnant à ces principes une valeur de Principes généraux du droit²⁹. Un auteur³⁰ trouve aussi implicitement le principe de transparence dans l'avis rendu par le Conseil d'État le 16 mai 2002 à propos de contrats d'exploitation des aires d'autoroutes³¹. Cet avis a en effet précisé, en faisant référence à l'arrêt *Telaustria* et au droit communautaire³² que les pouvoirs adjudicateurs devaient mettre en œuvre un « degré de publicité adéquat ». Le Conseil d'État soumet donc pour l'heure sa jurisprudence à la double source interne – cela avec d'autant plus de facilité que les principes³³ du Code sont devenus entre-temps constitutionnels – et communautaire. Cette seconde source demande pourtant quelques précisions.

²⁸ CE, Avis, 29 juillet 2002, *Sté MAJ Blanchisseries de Pantin*, *BJCP* 2002, p. 427, concl. D. PIVETEAU, obs. CH. MAUGÜÉ ; *AJDA* 2002, p. 755, note J.-D. DREYFUS ; *ACCP* n° 15/2002, p. 42, note A. DOMANICO et M. ECHEGUT ; *Contrats et marchés publics*, 2002, comm. 207, note F. LLORENS

²⁹ F. LLORENS, « principe de transparence et contrats publics », *Contrats et marchés publics*, janvier 2004, chron. pp. 4-12, spé. p. 4, note 3.

³⁰ CH. MAUGÜÉ in « La portée de l'obligation de transparence dans les contrats publics », *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Paris, Dalloz ed., 2004, pp. 609-624, spé. p. 620

³¹ CE, Avis, 16 mai 2002, *sur les contrats d'exploitation et des installations commerciales sur les aires de services situées sur le réseau autoroutier*, req. 366.305, *EDCE* 2003, p. 201 ; *BJCP* n° 28, 2003, p. 235.

³² Cf. *infra*

³³ On remarquera toutefois que les arrêts du Conseil d'État utilisant le terme de « transparence » ne parlent jamais d'un « principe » de transparence ou de transparence des procédures. Cf. les deux arrêts du Conseil d'État du 28 avril 2003, *Fédération Française des entreprises gestionnaires de services aux équipements, à l'énergie et à l'environnement et autres*, req. 233402, 10^e considérant, *DA* 2003, comm. 147, note A. MÉNÉMÉNIS, *BJCP* 2003, p. 286, concl. D. PIVETEAU & *Fédération française du Bâtiment, Association Qualibat*, req. 241896, mentionné aux Tables du Lebon, antépénultième considérant, *Contrats et marchés publics* 2003, comm. 120, note PH. DELÉLIS

2) Un principe communautaire corollaire de l'égalité de traitement et de la non-discrimination

952. Le droit communautaire connaît lui aussi le principe de transparence et l'applique en droit de la commande publique³⁴. Le caractère autonome de ce principe est pourtant encore moins fort qu'en droit interne : les arrêts y font certes référence mais ils l'associent toujours à d'autres principes de la commande publique, faisant apparaître la transparence comme un principe corollaire ou secondaire des principes que nous avons considérés comme « fondateurs » de la commande publique³⁵. Dès le premier arrêt citant expressément la transparence, *Commission c/Royaume de Belgique* du 25 avril 1996, la Cour de justice associe celui-ci au « principe [...] d'égalité de traitement des soumissionnaires »³⁶. L'arrêt *Unitron Scandinavia* du 18 novembre 1999 pose un lien de dépendance plus net encore puisqu'il estime que le « principe de non-discrimination en raison de la nationalité [...] implique, notamment, une obligation de transparence »³⁷, formule que la Cour a répétée à l'identique dans ses arrêts *Telaustria* du 7 décembre 2000³⁸, *HI* du 18 juin 2002³⁹ et *Universale Bau* du 12 décembre 2002⁴⁰. Cette position a été par ailleurs renouvelée en d'autres termes par

³⁴ La transparence a malgré tout dans ce droit un statut général bien plus important en dehors des marchés publics comme le prouve l'ouvrage écrit sous la direction de J. RIDEAU à la suite d'un colloque du CEDECE : J. RIDEAU *et alii*, *La transparence dans l'Union européenne, Mythe ou principe juridique ?*, Paris, LGDJ, 1999, Colloque du CEDECE à Nice en avril 1998, 276 pp.

³⁵ CH. MAUGÜÉ *in* « La portée de l'obligation de transparence dans les contrats publics », *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Paris, Dalloz *ed.*, 2004, pp. 609-624, spé. p. 619 estime que : « La Cour de justice fait donc directement découler l'obligation de transparence du principe de non-discrimination ». On verra que si cette position est parfaitement exacte, elle reste à nuancer du fait des textes communautaires.

³⁶ CJCE 25 avril 1996, *Commission des Communautés européennes contre Royaume de Belgique*, dit « affaire des Bus Wallons », Aff. C-87/94, point 54, rec. 1996 p. I-2043, spé. p. 2045, concl. O. LENZ ; RDI 1996, p. 368, obs. F. LLORENS et PH. TERNEYRE : « La procédures de comparaison des offres devait donc respecter, à tous ses stades, tant le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires que celui de la transparence [afin de garantir l'égalité des chances] »

³⁷ CJCE 18 novembre 1999, *Unitron Scandinavia A/S et 3-S A/S, Danske Svineproducenters Serviceselskab c/ Ministeriet for Fødevarer, Landbrug og Fiskeri*, Aff. C-275/98, point 31, rec. 1999 p. I-8291 ; BJCP 1999, p. 63 : « [...] le principe de non-discrimination en raison de la nationalité ne saurait être interprété restrictivement. Il implique, notamment, une obligation de transparence afin de permettre au pouvoir adjudicateur de s'assurer de son respect. » On notera que ce n'est pas d'un « principe » de transparence mais d'une « obligation » qu'il est alors question.

³⁸ CJCE 7 décembre 2000, *Telaustria Verlag GmbH et Telephonadress GmbH c/ Telekom Austria AG, en présence de Herold Business Data AG*, aff. C-324/98, rec. 2000 p. I-10745 ; BJCP 2001, p. 132, concl. N. FENNELLY ; AJDA 2001, p. 106, note L. RICHER ; DA 2001, comm. n° 85, note M.-Y. BENJAMIN ; Europe 2001, comm. n° 61, note F. KAUFF-GAZIN ; LPA, 30 avril 2001, n° 85, p. 13, note B. CANTIER et A. TROIZIER ; *Contrats et marchés publics*, 2001, comm. n° 50 note. F. LLORENS. Après une référence à l'arrêt *Unitron Scandinavia*, le point 61 de l'arrêt *Telaustria* en reprend les termes

³⁹ CJCE 18 juin 2002, *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) c/ Stadt Wien*, aff. C-92/00, point 45, rec. 2002 I-5553 ; ACCP n° 15/2002 p. 40, comm. L. RICHER ; BJCP 2002, p. 495 ; *Contrats et marchés publics*, 2002, comm. 196, note F. LLORENS ; Europe 2002, comm. 287, note M. PIETRI ; *Collectivités-intercommunalités* 2002, comm. 209, note T. CÉLÉRIER

⁴⁰ CJCE 12 décembre 2002, *Universale Bau AG, Bietergemeinschaft : 1) Hinteregger & Söhne Bauges.m.b.H Salzburg, 2) Öststettin Hoch- und -Tiefbau GmbH c/ Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH* ; aff. C-470/99 ; points 91 et 92, rec 2002, p. I-11617 ; BJCP 2002, p. 196, concl. S. ALBER et obs. PH. TERNEYRE ; DA 2003, comm. 34, note A. MÉNÉMÉNIS ; ACCP n° 20/2003, p. 63, comm. E. FATÔME et L. RICHER ;

deux arrêts : d'abord par l'arrêt *SLAC Construction Ltd* du 18 octobre 2001⁴¹ et enfin par l'arrêt *Traunfellner* du 16 octobre 2003, dans lequel le juge communautaire a estimé qu'« *Il s'agit en fait d'une obligation de transparence visant à garantir le respect du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires auquel doit obéir toute procédure de passation de marché régie par la directive.* »⁴². On retrouve le lien avec l'égalité de traitement, mais aussi l'idée que le principe de transparence est essentiellement applicable aux *procédures de passation*, comme en droit français⁴³.

953. C'est à l'aune de ces précisions jurisprudentielles qu'il faut, comme en droit interne, analyser le texte des directives⁴⁴. Ces dernières ne font aucune différence – pour ne pas dire hiérarchie – entre les trois principes qu'elles édictent⁴⁵. On est donc, en droit interne comme communautaire face à une tension dans la détermination des rapports entre le principe de transparence et les autres principes de la commande publique. D'un côté, on trouve un principe de *transparence des procédures* que les textes en droit communautaire – ou le Conseil constitutionnel, à la suite du Code des marchés publics en droit interne – présentent à égalité avec les autres principes de la commande publique. D'un autre côté, on est face à un certain nombre de jurisprudences qui montrent que ce principe n'est, comme son nom l'indique par ailleurs (la transparence des procédures

AJDA 2003, p. 623, note T. GLIOZZO ; *Contrats et marchés publics* 2003, comm. 49 et 51, note G. ECKERT ; *Europe* 2003, comm. 59 et 60, note D. RITLÉNG.

⁴¹ CJCE 18 octobre 2001, *SLAC Construction Ltd c/ County Council of the County of Mayo*, aff. C-19/00, point 45, précité qui précise : « à condition que l'égalité de traitement des soumissionnaires ait été respecté, ce qui suppose que la transparence et l'objectivité des procédures ait été respecté ».

⁴² CJCE 16 octobre 2003, *Traunfellner GmbH c/ Österreichische Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierung AG (Asfinag)*, aff. C-421/01, point 29

⁴³ Remarquons également le fait que seul le premier arrêt *Commission c/ Royaume de Belgique* utilise le terme de « *principe* » alors que les arrêts postérieurs emploient le terme « *d'obligation* » de transparence. Cela voudrait-il dire que la Cour de justice est revenu sur le caractère de « *principe juridique* » de la transparence ? Ou est-ce seulement l'effet d'une filiation plus nettement affirmée entre les dernières jurisprudences et la volonté de suivre les « *précédents* » en se rapprochant formellement de la tradition anglo-saxonne ?

⁴⁴ Directive 2004/18, art. 2 et directive 2004/17, art. 10 : « *Principes de passation des marchés : Les pouvoirs adjudicateurs traitent les opérateurs économiques sur un pied d'égalité, de manière non discriminatoire et agissent avec transparence.* ». On notera de plus que les chapitres 6 des directives 2004/18 et 2004/17 s'intitulent « *règle de publicité et de transparence* ».

⁴⁵ Le principe de transparence n'est pas inscrit dans le Traité. On peut pourtant penser qu'il y est implicitement (dans le principe de non-discrimination) à la suite de ce que précise l'avocat général N. FENNELLY dans le point 42 de ses conclusions sous l'arrêt *Telaustria* précité (au *BJCP* 2001 p. 132 et s.). Il écrit que « *la Commission affirme cependant que les entités octroyant les concessions de service public doivent également respecter une obligation plus générale, qu'elle déduit apparemment des objectifs qui sous-tendent les articles 30, 52 et 59 du Traité CE [devenus 43, 49 et 28 CE], laquelle consiste à assurer la transparence des procédures d'adjudication* » et il ajoute « *nous pensons comme la commission [faut-il comprendre sur le même fondement ?] qu'il convient d'éviter à tout prix que l'octroi des concessions soit entouré de secret et d'opacité* ». L'arrêt ne se réfère pas lui-même au traité mais estime à son point 60 que « *les entités adjudicatrices les concluant sont, néanmoins, tenues de respecter les règles fondamentales du traité en général et le principe de non discrimination en raison de la nationalité en particulier* ». On sait depuis l'ordonnance de la CJCE du 3 décembre 2001, *Bent Mousten Vestergaard c/ Spøttrup Boligselskab*, aff. C-59/00, rec. 2001 p. I-9505 ; *BJCP* n° 24/2002, pp. 345-348, obs. R. SCHWARTZ, que l'application des *règles fondamentales du Traité*, même non exprimées comme la transparence, doit s'étendre non seulement aux concessions mais aussi aux marchés d'un montant inférieur aux seuils communautaires de passation.

présuppose qu'il existe des procédures) applicable que dans les limites posées par les autres principes qui exigent ces procédures de mise en concurrence⁴⁶. Cette tension est d'ailleurs palpable dans plusieurs arrêts de la Cour de justice, de celui à propos des *Bus Wallons* appliquant le terme de « transparence » aux marchés publics, à des arrêts plus récents⁴⁷. On le retrouve enfin dans la *Communication interprétative de la commission sur les concessions en droit communautaires* du 12 avril 2000⁴⁸.

La transparence ne fonde pas l'existence des procédures, elle en précise l'application et impose des contraintes supplémentaires ; elle est marquée par de nombreuses limites qu'il convient d'analyser.

B) La portée du principe pour le droit de la commande publique

954. Le principe de *transparence des procédures*, tel qu'il a été reconnu par le Conseil constitutionnel a, comme c'est aussi le cas du principe de transparence communautaire, deux catégories de conséquences en droit de la commande publique. Il

⁴⁶ La différence que l'on trouve entre notre position faisant de la transparence un principe secondaire et celle des professeurs P. DELVOLVÉ et F. LLORENS (articles précités note 12) en faisant l'un des principes fondateurs porte en réalité sur ce qui fait qu'un principe est fondateur ou non. Là où ces auteurs insistent sur la manière dont le principe est présenté par l'autorité qui lui donne cette force juridique de principe (la transparence est effectivement présentée à égalité avec les deux autres principes par le Conseil constitutionnel et par les directives), nous insistons sur son absence objective d'autonomie par rapport aux autres, absence d'autonomie que l'on trouve selon nous avant tout dans le simple fait que c'est la transparence des procédures qui est exigée, ce qui suppose que les procédures elles-mêmes sont fondées sur d'autres principes. Le professeur F. LLORENS est d'ailleurs nuancé sur la place exacte du principe de transparence puisqu'il évoque une incertitude en ce demandant si la transparence « *ne constitue [pas] un prolongement d'autres principes et notamment de celui de non discrimination ou d'égalité de traitement, voire même [une] simple formule particulière destinée à désigner certaines de leurs implications* »

⁴⁷ CJCE du 25 avril 1996, *Commission des Communautés européennes c/ Royaume de Belgique*, aff. C-87/94, dit « *affaire des Bus Wallons* », point 54, rec. 1996, p. I-2043 ; repris à l'identique dans CJCE 4 décembre 2003, *EVN AG et Wienstrom GmbH c/ Republik Österreich*, aff. C-448/01, rec. 2003, point 56 : « *la procédure d'attribution d'un marché public doit respecter [...] tant le principe d'égalité de traitement des soumissionnaires potentiels que celui de transparence* ». La Cour semble bien distinguer les deux principes, mais elle ajoute ensuite : « *afin que tous disposent des mêmes chances dans la formulation des termes de leurs offres* » ce qui laisse entendre que les deux principes ont pour objectif l'égalité. Le droit interne ne s'est pas autant étendu sur ce point et laisse apparaître une plus grande autonomie de la notion si l'on veut bien accepter d'interpréter la décision 473 DC en distinguant entre « l'égalité de traitement des candidats » qui serait plutôt tirée de l'article 6 de la Déclaration de 1789 et la « transparence des procédures » qui serait plutôt issu de l'article 14 de cette même Déclaration.

⁴⁸ *Communication interprétative de la commission sur les concessions en droit communautaires* du 12 avril 2000, point 3.1.2. « *La transparence. La Commission rappelle que dans sa jurisprudence la Cour a souligné le lien entre le principe de transparence et le principe d'égalité de traitement, dont il vise à assurer l'effet utile en garantissant des conditions de concurrence non faussées* ». La Commission vise par ailleurs l'arrêt « *Bus Wallons* ». Notons que la directive 77/62 du 21 décembre 1976, c'est-à-dire la première directive sur les marchés publics de fournitures, avait une position proche de cette communication puisqu'elle estimait que la transparence (elle est par ailleurs le premier texte sur les marchés publics à y faire référence) avait pour objectif de permettre « *de mieux veiller au respect de cette interdiction : la restriction à la libre circulation des marchandises* ». Voir sur ce point A. MATTERA « *La communication interprétative de la Commission sur les concessions de services d'utilité publique : un instrument de transparence et de libéralisme* », *RDUE*, 2000, p. 253

complète en premier lieu les exigences posées par les principes « fondateurs » des procédures de passation que sont la liberté et l'égalité concurrence (1). Il impose en second lieu une exigence morale (2). Ses limites, à la fois restreintes par le nécessaire secret des activités économiques et étendues par l'application de la transparence au bénéfice des commanditaires impliquent, elles aussi, quelques précisions (3).

1) La transparence complétant les procédures de mise en concurrence

955. S'il ne les fonde pas, le principe de transparence complète les procédures de mise en concurrence. On peut distinguer deux cas dans lesquels le recours à ce principe a des implications différentes : le premier est celui où il ajoute des conditions à des procédures de mise en concurrence poussées comme celles qui peuvent exister dans le cadre des marchés publics soumis à adjudication ou dans celui des délégations de service public (a). Le second est celui où le principe de transparence va ajouter des procédures qui ne sont pas à proprement parler de la mise en concurrence, procédures qui vont s'appliquer aussi bien aux marchés soumis à forte procédure qu'aux marchés qui ne requièrent qu'une mise en concurrence minimale⁴⁹ (b). Cette distinction montre bien la dépendance du principe de transparence par rapport aux deux principes fondateurs : l'effet du « principe de transparence des procédures » dépend de la prégnance des procédures elles-mêmes ; c'est-à-dire des conséquences des principes qui fondent l'existence de procédures.

a) Les obligations supplémentaires de transparence dans les procédures

956. Lorsque des procédures de mise en concurrence lourdes existent, le principe de transparence implique des conséquences non négligeables mais dont il faut préciser la portée. L'arrêt *Telaustria* est parfois présenté comme la clef permettant la compréhension du rôle de la transparence en précisant que cette « obligation de transparence [...] consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat »⁵⁰. Ce serait donc « l'adéquation » de la publicité qui serait la conséquence du principe de transparence. Si cela va dans notre sens en considérant que la transparence est un principe qui précise les procédures mais qui ne les fonde pas, l'arrêt n'épuise pas les difficultés, ne serait-ce que parce que concrètement, la nuance est difficile à faire entre les effets des principes fondateurs et ceux de la transparence. Notamment, on ne peut que remarquer que le caractère « adéquat » de la publicité renvoie au caractère « pertinent » du marché créé par les mesures de mise en concurrence.

C'est vraisemblablement dans cette nuance qu'on touche la concrétisation de la difficulté théorique que l'on a constatée dans la reconnaissance d'un principe de

⁴⁹ Notamment ceux soumis à une simple publicité

⁵⁰ Il continue en précisant : « [...] permettant une ouverture du marché des services à la concurrence ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication »

transparence des procédures : ce principe a une double nature. Il est en effet à la fois « autonome » en ce qu'il impose par lui-même des obligations à ceux qui y sont soumis, mais il est en même temps un simple « corollaire » des principes d'égalité et de libre concurrence, c'est-à-dire plus simplement le nom que l'on donne pour caractériser certains effets de ces principes. L'« adéquation » des mesures, qui permet en réalité de créer un marché pertinent, est donc bien plus l'effet des principes d'égalité et de libre concurrence que celui de transparence – ou l'effet du principe de transparence en tant qu'il n'est qu'une composante des deux autres (α). Les effets du principe de transparence sans qu'ils soient dans le même temps les effets des autres principes de la commande publique sont plus délicats à trouver : ils ont la plupart du temps pour objectif de rendre les procédures plus transparentes sans faire que le « marché » soit lui-même plus transparent (β).

α) La transparence, effet des principes d'égalité et de libre concurrence

957. On rattache souvent à la transparence des conséquences qui sont propres aux principes d'égalité ou de libre concurrence⁵¹. L'utilisation du terme « adéquat » par l'arrêt *Telaustria* y pousse d'ailleurs, ainsi que les conclusions de son Avocat général N. FENNELLY⁵². L'analyse de cet arrêt peut d'ailleurs conduire à se poser la question de la portée du principe de transparence en droit communautaire, et notamment s'il est reconnu en tant que principe indépendant. On l'a vu, tant les directives que la jurisprudence reconnaissent la transparence. Il est pourtant difficile de déterminer les conséquences de ce principe pour le droit communautaire, notamment ses apports par rapport aux principes d'égalité et de libre concurrence. D'une part, en effet, la nécessité de l'adéquation des mesures de publicité avait été posée par l'arrêt *Beentjes*⁵³ et cela sur le seul fondement de l'effectivité de la concurrence, sans aucune référence à la transparence. D'autre part, le fait que la Cour de justice emploie toujours la transparence associée avec l'égalité concurrence et jamais de manière isolée montre que ce principe n'est envisagé *que* comme une forme particulière de l'égalité concurrence. On pourrait en conclure que le droit communautaire ne reconnaît aucun effet propre, aucune autonomie au principe de transparence. Cette approche reviendrait alors presque à une interprétation *contra legem* des directives qui posent ce principe *a priori* à égalité avec les deux autres⁵⁴.

⁵¹ Sur les liens entre la concurrence et l'idée d'une transparence du marché cf. N. RENAUDIN, « Transparence et concurrence (colloque sur la transparence) », *Revue de jurisprudence commerciale*, octobre 1993, n° Spécial, pp. 77-88

⁵² L'avocat général Nial FENNELLY semble rattacher la transparence au principe de « non-discrimination » dont nous avons vu les liens qu'il avait avec le principe d'égalité (point 43 de ses conclusions)

⁵³ CJCE 20 septembre 1988, affaire 31/87, *Gebroeders Beentjes BV contre État des Pays-Bas*, pt. 21 « En vue de satisfaire à l'objectif de la directive d'assurer le développement d'une concurrence effective dans le domaine des marchés publics, les critères et conditions qui régissent chaque marché doivent faire l'objet d'une publicité adéquate de la part des pouvoirs adjudicateurs ». rec. p. 4635

⁵⁴ En droit français on remarque une reconnaissance plus grande de l'autonomie du principe, notamment dans le fait qu'il soit fondé sur l'article 14 de la Déclaration de 1789. Pourtant, on peut

Il semble pourtant, en étant sur ce point plus en accord avec le droit français, qu'il faille distinguer, au sein des procédures de mise en concurrence, entre celles qui se rattachent directement aux principes d'égalité et de libre concurrence et celles qui ont pour objectif la transparence.

958. Un certain nombre des procédures que les auteurs rattachent à la transparence ne participe ainsi que très indirectement de ce principe. On pense par exemple au recours aux normes homologuées qui ont pour objectif l'égalité de concurrence bien avant de répondre à un souci de transparence⁵⁵. On pense aussi au caractère préalable de la fixation des critères de choix et à l'interdiction de leur modification qui sont des garanties de l'égalité dans la concurrence et non des mesures visant à un minimum de transparence⁵⁶. De la même manière, rattacher à la transparence le choix d'un marché par lot plutôt qu'unitaire procède d'une vision de la transparence qui ne paraît pas correspondre à ce que doit recouvrir ce principe⁵⁷. La Cour de justice précise parfois qu'elle ne prend alors le terme de « transparence » que comme l'un des effets du principe d'égalité. C'est le cas dans l'arrêt *Traunfellner*⁵⁸ dans lequel elle dit expressément que la transparence ne vise « qu'à garantir le respect du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires ». Le point 29 de cet arrêt porte sur la légalité d'un marché qui accepte les variantes sans le signaler dans l'appel d'offres et sans donner les « conditions minimales que doivent respecter leurs variantes ». La Cour estime, avec raison nous semble-t-il, qu'il s'agit là d'une atteinte à l'égalité de traitement d'où découlent des obligations de renseignements et

aussi voir dans le lien que la même décision 473 DC fait entre ce principe et l'article 6 de la Déclaration reconnaissant l'Égalité cette « double nature » – principe autonome mais aussi corollaire – du principe de transparence des procédures.

⁵⁵ L'utilisation de normes homologuées ou d'autres normes applicables en France en vertu d'accords internationaux dans les conditions prévues par le décret n° 84-74 du 26 janvier 1984 fixant le statut de la normalisation est prévu à l'article 6 du Code des marchés publics. On remarquera que l'article 17 de l'*Accord sur les marchés publics* pris dans le cadre de l'OMC (GPA *General procurement agreement*, ou AMP, accord sur les marchés publics) et qui s'intitule précisément « Transparence » impose dans son a) le respect des « spécifications techniques ».

⁵⁶ Outre les nombreux arrêts interne et communautaires précités dans le premier chapitre de ce Titre, on trouve ces obligations dans l'article 17 c) de l'*Accord sur les marchés publics* de l'OMC précité. L'AMP a par conséquent une approche comparable à celle du droit communautaire puisqu'il aurait pu rattacher cette définition des besoins à la non-discrimination dont il traite dans son article III et qu'il ne le fait pas. On retrouve dans le cadre de l'OMC cette ambiguïté entre la reconnaissance d'un principe autonome et la volonté de l'appliquer aux conséquences des autres principes.

⁵⁷ C'est pourtant sur le fondement du principe de transparence que le Conseil d'État justifie que le Code des marchés publics impose l'allotissement de certains marchés par son article 10. Cf. CE 28 avril 2003, *Fédération française des entreprises gestionnaires de services aux équipements à l'énergie et à l'environnement et autres*, req. 233402, inédite au Lebon. : « Considérant qu'en imposant pour les marchés mentionnés au dernier alinéa de l'article 10 le recours à l'allotissement, afin de mieux garantir la transparence et la mise en concurrence lors de la passation et de leur exécution [... le Code des marchés publics] n'est pas entaché d'erreur manifeste d'appréciation ».

⁵⁸ CJCE 16 octobre 2003, *Traunfellner GmbH c/ Österreichische Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierung AG (Asfinag)*, aff. C-421/01.

une publicité « adéquate », sans pour autant que l'on voie dans ces obligations l'effet d'un principe de transparence autonome⁵⁹.

Il ne faut pas confondre la transparence, effet du principe d'égalité et les effets du principe de transparence, or c'est ce que fait le juge communautaire et, à sa suite, le juge administratif.

959. En effet, à prendre trop largement le principe de transparence, on lui retire partiellement son caractère de principe autonome, il n'est plus, pour partie, que le nom que l'on donne à certains des effets de l'égalité ou de la libre concurrence. Si le professeur BRÉCHON-MOULÈNES voyait dans la transparence le moyen de « créer un milieu concurrentiel » il y a une dizaine d'années⁶⁰, il n'est pas certain qu'avec l'évolution qu'a subie ce principe et la reconnaissance des autres principes de la commande publique cet auteur dirait aujourd'hui la même chose du principe de « transparence des procédures ». Cela n'exclut pourtant pas que ce principe ait des effets sur les procédures elles-mêmes, mais ces effets ne se confondent pas avec ceux de l'égalité et de la libre concurrence, ils restent limités.

La transparence des procédures n'est pourtant pas seulement un principe découlant de l'égalité de concurrence, il a aussi une dimension autonome qui a, par elle-même des effets de renforcement des procédures de passation.

β) La transparence effet du principe de transparence des procédures

960. Le terme *adéquat* de l'arrêt *Telaustria* mérite des explications. L'adéquation d'une chose se fait normalement par rapport à une autre. En l'occurrence, en application du principe de transparence, c'est la publicité qui doit être adéquate, ce que l'on peut raisonnablement interpréter comme une obligation d'adéquation avec deux choses : soit le marché, soit les droits des tiers ou participants à être informés afin d'exercer un contrôle sur le contrat. On vient de voir que l'adéquation des mesures de transparence avec une « bonne » ouverture du marché se confondait la plupart du temps avec les effets recherchés par le principe d'égalité de concurrence. Il s'agit en d'autres termes de la recherche d'un marché pertinent. En revanche, le rôle du principe de transparence pour renforcer les procédures de passation existantes afin d'informer et de développer les contrôles sur le contrat justifie certaines contraintes.

L'adaptation dans ce cas consiste à préciser les conditions des mesures de publicité ou le contenu de celles-ci dans le seul but de développer la transparence. L'objectif de la transparence est alors double : il conduit soit au développement des

⁵⁹ Point 29 de l'arrêt : « Il s'agit en fait d'une obligation de transparence visant à garantir le respect du principe d'égalité de traitement des soumissionnaires auquel doit obéir toute procédure de passation de marché régie par la directive ».

⁶⁰ CH. BRÉCHON-MOULÈNES, « Transparence et marchés publics », *Revue de jurisprudence commerciale*, octobre 1993, n° Spécial colloque sur la transparence, pp. 45-62, spé. p. 53 : « c'est en arriver à la véritable fonction de la transparence : une fonction d'accessibilité au marché et non seulement au marché public mais au marché au sens économique. La transparence vise à créer un milieu concurrentiel. »

contrôles *a priori* ou *a posteriori* des contrats par les tiers ou les parties ; soit à des précisions sur le contenu ou la portée de la mise en concurrence.

961. Il est possible de donner plusieurs exemples non exhaustifs du développement des contrôles. Le premier porte sur l'obligation pesant sur les commanditaires lorsqu'ils entendent déclarer un appel d'offres infructueux. L'article 55 du code de 2004⁶¹ impose en effet des obligations qui ne sont guidées que par un souci de transparence : la décision déclarant l'appel d'offres infructueux doit être « *motivée après avoir demandé par écrit les précisions qu'elle juge opportunes et vérifié les justifications fournies* ». Des dispositions parfaitement comparables sont aussi imposées par les directives communautaires⁶². Le second exemple qui est aussi un renforcement des contrôles que l'on peut rattacher directement au principe de transparence réside dans l'obligation de publier un avis d'attribution lorsque le commanditaire a définitivement fait son choix. Cet avis, imposé aussi bien par le droit interne⁶³ que par le droit communautaire⁶⁴ est une mesure de pure transparence visant à ouvrir le recours des candidats évincés ou d'entreprises s'estimant lésées par une publicité inadaptée contre la procédure. Un troisième exemple peut plus simplement encore être trouvé dans la transmission au représentant de l'État des « *pièces nécessaires à l'exercice de son contrôle* » imposée par l'article 78 du Code des marchés publics, ainsi que dans la notification du résultat au titulaire du marché imposé par le même article du Code des marchés publics. On est alors en présence de procédures de transparence qui visent à ouvrir les contrôles, donc à rendre le marché plus transparent sans que l'égalité ou la libre concurrence en soient directement améliorées⁶⁵.

962. L'amélioration de la transparence des procédures a aussi pour objet de préciser le contenu et la portée des obligations de mise en concurrence. C'est peut-être ces conséquences qui correspondent le mieux à l'objectif « d'adéquation » des procédures, c'est-à-dire d'adaptation des procédures afin qu'elles remplissent un rôle de développement de la transparence⁶⁶. Si la notification du résultat au titulaire du marché est

⁶¹ Repris pour l'essentiel du Code des marchés publics de 2001 sauf un ajout pour « *les établissements publics de santé et les établissements publics sociaux ou médico-sociaux* »

⁶² Il s'agit de l'article 55 (le même numéro d'article que pour le Code) de la directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004, *relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services*, JOUE L134 du 30 avril 2004 ; et de l'article 57 de la directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 *portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux*, JOUE L. 134 du 30 avril 2004. Ces articles imposent la demande de renseignements obligatoires avant de déclarer l'offre infructueuse.

⁶³ Cette obligation se trouve à l'article 80 Code des marchés publics. L'ancien article 44 du Code de 1964 qui l'imposait était issu des décrets n° 76-88 du 21 janvier 1976, n°88-591 du 6 mai 1988 et n° 92-1310 du 15 décembre 1992.

⁶⁴ La directive 2004/18 impose la publication de cet avis à son article 35 point 4, les procédures de publication étant décrites à son article 36. On retrouve une exigence similaire pour les concours à l'article 69 de la même directive.

⁶⁵ Art. 78 du Code des marchés publics : « *Après transmission au représentant de l'État des pièces nécessaires à l'exercice de son contrôle, s'agissant des collectivités territoriales, ou réception de ces pièces par le représentant de l'État s'agissant des établissements publics de santé, le marché est notifié au titulaire par la personne responsable du marché.* »

⁶⁶ En référence au caractère « adéquat » de l'arrêt *Telaustria*, précité. Il ne s'agit plus de l'adéquation au « marché » tel qu'il avait été aussi reconnu dans l'arrêt *Beentjes* précité mais de l'adéquation des

en-soi un effet du principe de transparence, l'article 79 du Code des marchés publics de 2004 qui précise les moyens de la notification – tout moyen pourvu qu'il donne date certaine – et qui précise que la date « *de notification est la date de réception du marché par le titulaire* » en sont d'autres⁶⁷. On peut aussi voir l'effet du principe de transparence dans l'annexe VIII de la directive 2004/18 qui précise les « *caractéristiques concernant la publication* » en ce qu'elle va plus loin que ce que requerraient les principes d'égalité et de libre concurrence⁶⁸. Le droit interne va dans le même sens comme on le constate avec la référence à l'article 64 du Code aux modèles d'avis, modèles dont un certain nombre de clauses répondent avant tout à un souci de transparence⁶⁹. On peut d'ailleurs voir une précision sur cette conséquence de la transparence en droit communautaire au 46^e considérant de la directive 2004/18. Le Parlement européen et le Conseil estiment que la transparence – qu'ils continuent pourtant à ne voir que comme un principe permettant de « *garantir le respect du principe d'égalité* » – doit permettre au soumissionnaire d'être *raisonnablement informé* des critères et modalités, ce qui laisse entendre que ce principe doit effectivement préciser le contenu de la mise en concurrence⁷⁰. Il s'agit bien ici d'exemple « d'adéquation », c'est-à-dire d'adaptation des procédures afin qu'elles remplissent un rôle de développement de la transparence.

On pourrait multiplier les exemples mais les deux rôles du principe de transparence dans le cadre des procédures de mise en concurrence resteraient les mêmes : permettre le développement des contrôles sur la passation et préciser le contenu et la portée des obligations de mise en concurrence. Il reste que le principe de transparence ne trouve pas seulement à s'appliquer dans le cadre des procédures de mise en concurrence. Il s'applique aussi pour rendre transparentes ces procédures sans les modifier.

b) Les obligations supplémentaires rendant transparentes les procédures

963. On pourrait penser que le « principe de transparence des procédures » trouve spécialement à s'appliquer lorsque les procédures sont très poussées ; la logique voudrait en effet que, plus il y a de procédures, plus il y a de mesures pour les rendre

procédures à leur rôle de renforcement de la transparence tel qu'il devrait découler du principe autonome de transparence.

⁶⁷ Ces dispositions sont plus précisément au 2^e alinéa de l'article 79 du Code des marchés publics.

⁶⁸ L'annexe VIII contient d'ailleurs un 2^o qui s'intitule *Publication d'informations complémentaires ou additionnelles* et qui encourage les pouvoirs adjudicateurs à publier l'intégralité du cahier des charge et d'autres informations qui ne répondent pas directement à un souci d'égalité de concurrence. Il se rattache bien, nous semble-t-il, à un principe de transparence. On retrouve cette extension des procédures à l'annexe VII qui précise les « informations devant figurer dans les avis » pour les marchés publics et les concessions de travaux publics (cette annexe étant visée par l'article 36 de la directive 2004/18).

⁶⁹ Cette position est aussi celle de F. LLORENS, « Principe de transparence et contrats publics », *Contrats et marchés publics*, janvier 2004, pp. 4-12 spé. p. 6, note 30 pour des jurisprudences communautaires et internes.

⁷⁰ Le texte exact du considérant est : « *prévoir l'obligation [...] d'assurer la transparence nécessaire pour permettre à tout soumissionnaire d'être **raisonnablement informé** des critères et des modalités qui seront appliqués pour identifier l'offre économiquement la plus avantageuse.* »

transparentes. Or, il n'y a pas un paradoxe si grand à constater que ce n'est pas le cas. Les procédures de passation ont en effet pour objectif de créer un marché concurrentiel, c'est-à-dire de faire se rencontrer la demande du commanditaire avec les offres des « entreprises ». C'est pour cette raison qu'au cœur des procédures on retrouve la publicité. L'objectif principal des procédures est donc de faire connaître la commande, elles sont donc par essence des mesures qui créent une certaine transparence, même si ce n'est pas leur objet premier. Cela signifie que plus les procédures sont poussées, plus en réalité elles développent, de fait, la transparence. Lorsque les procédures sont de simples mesures de publicité, elles nécessitent tout autant de mesures complémentaires qui n'ont alors pour objectif que la transparence.

La plupart de ces mesures spéciales de transparence se trouvent dans des textes particuliers, d'autres sont insérées dans les textes qui mettent en place des procédures formalisées de mise en concurrence mais sans faire partie au sens strict de ces procédures. Quelle que soit la source, on trouve deux objectifs au développement de cette transparence : soit elle a pour objectif le contrôle du choix du cocontractant, soit elle permet le contrôle de l'exécution du contrat.

964. Pour ce qui est des premières, on pense par exemple à la mise en place du délit d'avantage injustifié de l'article 432-14 du Code pénal par la loi du 3 janvier 1991 *relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés*. Ce délit, applicable aussi aux délégations de service public⁷¹, est fondé sur la transparence comme le titre de la loi de 1991 l'indique. Il faut pourtant remarquer que les termes de l'article ne font pas directement de l'atteinte aux procédures garantissant la transparence un des faits générateurs du délit ; seules sont visées les procédures garantissant la liberté d'accès et l'égalité des candidats⁷². L'importance de cette différence est pourtant à nuancer : d'une part, l'article a été écrit avant le Code de 2001, c'est-à-dire à une époque où le Code des marchés publics ne reconnaissait que ces deux principes ; d'autre part, si l'on se place dans le cadre de l'interprétation de l'égalité – et dans une moindre mesure du libre accès – que fait le droit communautaire, la transparence est incluse dans les principes que cite le Code pénal en tant que corollaire des deux principaux principes⁷³.

965. Toujours afin de développer la transparence, la loi du 3 janvier 1991 a aussi créé la *Mission interministérielle d'enquête sur les marchés publics*, étendue ensuite aux délégations de service public. Cette Mission, dont les rôles sont précisés aux articles 119 à 124 du Code des marchés publics de 2004, est bien une mesure de transparence généralisée puisque son champ d'application s'étend bien plus loin que ce code, non seulement parce qu'entrent dans sa compétence les délégations de service public mais aussi parce que *rationae personae* son contrôle est spécialement étendu⁷⁴. Bien entendu, au-delà

⁷¹ Depuis une modification de l'article par la loi n° 95-127 du 8 février 1995.

⁷² Le fait générateur est plus précisément le fait de « *procurer ou tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et délégations de service public* »

⁷³ Ce deuxième argument peut justifier *aujourd'hui* la sanction des procédures de transparence ; il serait préférable toutefois que cet article évolue pour faire référence aux « principes de la commande publique » ou, au moins, à celui de « transparence des procédures ».

⁷⁴ Notamment aux SEM nationales chargées de missions de service public et aux SEM locales.

des sanctions que la MIEM conduit indirectement à donner, c'est le rapport annuel qu'elle rend qui a le plus d'effet sur le développement de la transparence. En ce sens – et même si son action n'est pas propre à la commande publique – on pourrait rattacher une partie des contrôles effectués par la Cour des comptes en notre matière au principe de « transparence des procédures » de la commande publique, ne serait-ce parce qu'une partie se retrouve dans son rapport.

966. Enfin, parmi les mesures spécifiques de transparence, certaines ont spécialement été prises afin de permettre le contrôle des marchés des collectivités locales, l'État estimant vraisemblablement nécessaire de mieux contrôler les collectivités territoriales secondaires⁷⁵. L'article 33 de la loi n° 92-125 du 6 février 1992 – devenu l'article L. 2121-22 du CGCT aujourd'hui – a ainsi imposé la participation aux commissions d'appel d'offres de membres des minorités politiques des conseils locaux en faisant référence à une représentation proportionnelle⁷⁶. Cette règle qui permet, au terme de la loi « *l'expression pluraliste des élus* » et, partant, de garantir une certaine forme d'impartialité, est aussi le moyen de rendre transparente la passation en permettant l'accès aux documents à des personnes ayant des idées politiques divergentes. La loi « Sapin » du 29 janvier 1993⁷⁷, aujourd'hui codifiée sur ce point à l'article L. 1411-18 du CGCT, va aussi dans le sens de la transparence en permettant au préfet de transmettre à la Chambre régionale des comptes les conventions de délégation de service public afin que celle-ci lui donne un avis dans le cadre de son contrôle de légalité. Cet avis est communiqué aux élus afin que la transparence soit totale. Encore une fois, le développement de la transparence en matière de commande publique a conduit à développer les contrôles, administratifs ou juridictionnels sur les modalités de la passation.

967. Pour ce qui concerne le contrôle de l'exécution du contrat, on pense en premier lieu à la loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance qui a imposé à l'entrepreneur principal de faire accepter chaque sous-traitant et agréer ses conditions de paiement par le maître de l'ouvrage. Cette disposition renforce doublement la transparence en limitant les sous-traitants occultes et en permettant un accès facilité des sous-traitants aux documents du marché. Une dizaine d'années avant sa reconnaissance officielle, on a bien là un effet du principe de la transparence des procédures sur l'exécution du marché. Mais des textes récents ont encore renforcé cela : l'article 14 de la loi précitée du 6 février 1992, codifié aujourd'hui à l'article L. 1411-13 du CGCT⁷⁸, prévoit que dans les communes

⁷⁵ Cf. CH. MAUGÜÉ in « La portée de l'obligation de transparence dans les contrats publics », *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Paris, Dalloz, ed., 2004, pp. 609-624, spé. p. 610 et 611 pour une liste de ces lois qui exercent selon cet auteur « *de nouveaux contrôles* ».

⁷⁶ L. 2121-22 CGCT, 3^e al. (auparavant article 33 de loi) : « *Dans les communes de plus de 3500 habitants, la composition des différentes commissions, y compris les commissions d'appel d'offre et les bureaux d'adjudications, doit respecter le principe de la représentation proportionnelle pour permettre l'expression pluraliste des élus au sein de l'assemblée communale* ».

⁷⁷ Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques,

⁷⁸ Loi n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République, aujourd'hui L. 1411-13 CGCT

de plus de 3 500 habitants, « les documents relatifs à l'exploitation des services publics délégués, qui doivent être remis à la commune en application de conventions de délégations de service public [...] sont mis à la disposition du public »⁷⁹. Dans le même sens, la loi du 2 février 1995 aujourd'hui codifiée sur ce point à l'article L. 2224-5 du CGCT⁸⁰, impose aux maires ou présidents des établissements de coopération intercommunale de présenter « un rapport annuel sur le prix et la qualité du service public d'eau potable destiné notamment à l'information des usagers ». La mise à disposition est d'ailleurs organisée en faisant référence aux modalités de l'article L. 1411-13 précité. Parallèlement enfin, le législateur a développé⁸¹, pour le délégataire de service public cette fois, une obligation de produire « les comptes retraçant la totalité des dépenses afférentes à l'exécution de la délégation de service public et une analyse de la qualité du service ». Cette obligation est par ailleurs assortie d'un examen imposé de l'assemblée délibérante, inscrit à l'ordre du jour afin de garantir un minimum d'effet à cette mesure de transparence⁸².

Les années 1992 à 1995 ont par voie de conséquence été une période durant laquelle les préoccupations de transparence ont été nombreuses en matière de commande publique et notamment pour les délégations de service public⁸³. À n'en pas douter, les réflexions menées à l'occasion de ces textes ont conduit à l'insertion de ce principe dans le Code des marchés publics de 2001.

968. Pour conclure sur l'effet du principe de transparence sur les procédures de passation, on peut dire que toutes les procédures transparentes ne sont pas l'effet d'un principe autonome de transparence, mais parfois seulement des conséquences des principes d'égalité et de libre concurrence. Le droit communautaire comprend la plupart du temps ces effets comme des conséquences d'une « obligation de transparence » qu'elle lie d'ailleurs aux principes d'égalité et de liberté d'accès. Mais on trouve aussi au sein des procédures certaines qui n'ont pas d'autre but que de développer la transparence : il s'agit la plupart du temps de mesures d'information ou de précisions sur le contenu et la portée de la publicité obligatoire. On peut alors y voir l'effet du principe de transparence « autonome » dans les procédures elles-mêmes. Pour autant, le principe de transparence trouve son expression la plus forte dans une série de règles extérieures aux procédures de passation. Il réalise ainsi non pas la transparence par les procédures mais la transparence

⁷⁹ L'article L. 1411-13 exclu toutefois de cette « publication » par voie d'affichage et mise à disposition à la mairie, les documents qui sont visés à l'article 6 de la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, c'est-à-dire les documents non communicables pour un certain nombre de raisons tels que le secret attaché aux missions souveraines de l'État ou les atteintes à la vie privée des personnes visées.

⁸⁰ Loi 95-101 du 2 février 1995 relative au renforcement de la protection de l'environnement

⁸¹ Par loi n° 95-127 du 8 février 1995 relative aux marchés publics et délégations de service public, qui a inséré d'une part un article 40-1 dans la loi Sapin n° 93-122 du 29 janvier 1993 pour les délégations de service public de l'État (modifié ensuite par la loi n° 96-142 du 21 février 1996, art. 12), et d'autre part, en des termes quasi identiques un article L. 1411-3 dans le CGCT pour les délégations de service public des collectivités territoriales.

⁸² Il s'agit d'un ajout de la loi n° 2002-1 du 2 janvier 2002, art. 10.

⁸³ On pense bien évidemment au rapport de R. BOUCHERY, *Rapport officiel sur la prévention de la corruption et la transparence*, Paris, Documentation Française, 1992 qui a conduit à l'adoption de la loi Sapin

des procédures. On comprend alors procédures au sens large, c'est-à-dire non seulement les procédures fortement formalisées comme on les trouve dans le Code des marchés publics ou dans les lois de transposition des directives ; mais aussi la simple publicité minimum qui doit, elle aussi, être transparente.

2) La transparence, l'impartialité et la lutte contre les malversations

969. La lutte contre les malversations est l'une des justifications actuelles les plus constantes de l'existence des procédures de passation. Après avoir été justifiées par la recherche du prix le plus bas qui avait conduit à l'adjudication, puis par le choix du meilleur achat qui avait conduit à l'appel d'offres, c'est le souci d'un choix sans corruption⁸⁴, favoritisme ou concussion qui se veut l'une des sources d'inspiration du droit de la commande publique⁸⁵. Au plan des principes, c'est à la transparence⁸⁶ qu'a été dévolu ce rôle de lutte contre les malversations que l'on peut aussi appeler « moralisation ».

On remarquera que le droit interne a beaucoup plus insisté sur ce point que le droit communautaire. Le développement du droit des délégations de service public qui est issu de la loi Sapin dont, faut-il le rappeler, le premier objectif est la transparence de l'action publique – financement des partis politiques, publicité, urbanisme commercial, tout autant que marchés publics et délégations de service public – n'y est certainement pas indifférent⁸⁷. Mais le caractère libéral du droit communautaire et la recherche d'un marché concurrentiel ont aussi occulté tous les autres objectifs que l'on a pu assigner au droit des marchés issu des directives. On trouve ici, nous semble-t-il, une des justifications à la plus grande autonomie du « *principe de transparence des procédures* » en droit interne par rapport au

⁸⁴ Notons toutefois que la corruption est un délit depuis l'Ancien Régime, notamment pour les fournisseurs des armées. Les justifications telles qu'elles sont présentées sont celles que l'on mettait en avant à l'époque où elles ont été développées, elles ont toutes pour objectif l'achat le meilleur au prix le plus bas et sans malversation... mais en insistant plus sur tel ou tel objectif.

⁸⁵ On regroupe dans ces développements sous le terme de « malversations » l'ensemble des activités immorales et illégales que nous pourrions appeler « concussion » au sens large du terme. (LITTRÉ définit la concussion dans son Dictionnaire comme : « *Exaction, malversation dans l'administration des deniers publics.* ». Si cela correspond bien à ce dont il sera traité, le sens particulier que prend le terme de concussion en droit pénal (il s'agit d'une incrimination que l'on retrouve aujourd'hui à l'article 432-10 du Code pénal) nous fait préférer le terme de « malversations » (auquel LITTRÉ donne comme deuxième sens : « *faute grave commise par cupidité dans l'exercice d'une charge, dans l'exécution d'un mandat* ».) Les termes de corruption et de favoritisme, moins adaptés parce que plus précis, sont aussi tous deux des incriminations pénales que l'on retrouve respectivement aux articles 432-11 et 432-14 du Code pénal.

⁸⁶ On devrait dire aujourd'hui pour respecter le droit positif la « transparence des procédures ».

⁸⁷ Cf. CH. BRÉCHON-MOULÈNES, « Transparence et marchés publics », *Revue de jurisprudence commerciale*, octobre 1993, n° Spécial colloque sur la transparence, pp. 45-62, spé. p. 58, l'auteur démontre que l'objectif du rapport Bouchery (p. 20 et s) était clairement la moralisation de l'action publique et que cela passait selon ce rapport par le fait « *qu'aucun contrat [...] ne soit signé sans que la décision soit expressément motivée et rendue publique de telle sorte que les contre-pouvoirs [...] puissent jouer leur rôle et éventuellement intenter des recours* ». L'article insiste ensuite sur les mesures de transparence et les sanctions prises pour arriver au résultat attendu de moralisation.

droit communautaire, ce dernier mettant toujours la « *transparence* » derrière la pureté du marché concurrentiel⁸⁸.

Les liens entre le principe de transparence, l'impartialité et la lutte contre les malversations méritent pourtant d'être expliqués, ne serait-ce que parce qu'ils justifient une partie des mesures objectives de transparence (a) ; mais il ne faut pas négliger le fait que la transparence joue un rôle beaucoup plus psychologique que juridique sur la lutte contre les malversations (b).

a) Comment la transparence peut favoriser l'impartialité et la lutte contre les malversations

970. La transparence est le principe sur lequel le législateur fonde sa politique de lutte contre les malversations dans la commande publique. Le raisonnement qui est fait peut être simplifié en ces termes : le « *principe de transparence des procédures* » interdit que le choix soit fait sans que l'on puisse en déterminer les étapes et les motivations. Il permet donc de vérifier que le choix ait respecté le principe d'égalité entre les candidats, ou, pour prendre un terme adapté à l'organisation d'un choix, l'impartialité de la procédure.

En rendant lisible la procédure, la transparence va permettre de vérifier les deux composantes de la notion d'impartialité⁸⁹ : l'impossibilité d'être à la fois juge et partie d'une part, et l'interdiction d'avoir un préjugé sur la solution à donner au choix. Si l'on s'en réfère à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme en matière d'impartialité, et notamment aux arrêts de la CEDH du 1^{er} octobre 1982, *Piersack c. Belgique*⁹⁰, puis du 26 octobre 1984⁹¹ *De Cubber c/ Belgique* et enfin du 24 mai 1989 *Hauschildt c/ Danemark*⁹², il faut distinguer entre l'impartialité subjective et l'impartialité objective. La première se définit comme « le cas *réel et vérifié* où un juge a été « subjectivement » animé par des sentiments de faveur ou de défaveur à l'égard d'une partie »⁹³ ; la seconde étant les cas dans lesquels « indépendamment de la conduite personnelle d'un juge, certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ce

⁸⁸ On remarquera que cet aspect de lutte contre les malversations n'est même pas cité dans les considérants des directives 2004/17 et 2004/18, sauf pour dire qu'il « convient d'éviter l'attribution des marchés publics à des opérateurs économiques qui se sont rendus coupables de corruption, de fraude [...] ou de blanchiment de capitaux ». Cf. considérants 43 de la directive 2004/18 et 54 de la directive 2004/17

⁸⁹ La référence à un choix impartial en lien avec la transparence est explicite dans l'arrêt CJCE 7 décembre 2000, *Telaustria Verlag GmbH et Telephonadress GmbH c/ Telekom Austria AG, en présence de Herold Business Data AG*, aff. C-324/98, précité note 38 : « cette obligation de transparence [...] consiste à garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture du marché [...] ainsi que le contrôle de l'impartialité des procédures d'adjudication. ».

⁹⁰ CEDH 1^{er} octobre 1982, *Piersack c/ Belgique*, Rec., série A, n°53, *JDI (Clunet)* 1985, p. 210, obs. P. TAVERNIER. Il s'agit spécialement du § 30 de cet arrêt.

⁹¹ CEDH 26 octobre 1984, *De Cubber c/ Belgique*, Rec., série A, n°86

⁹² CEDH 24 mai 1989, *Hauschildt c/ Royaume de Danemark*, Rec., série A, n° 154, *AFDI (Annuaire français de droit international)* 1991, p. 585, obs. V. COUSSIRAT-COUSTÈRE ; *JDI (Clunet)* 1990, p. 727, obs. P. TAVERNIER

⁹³ R. CHAPUS, *Droit du contentieux...*, précité, 11^e éd., n°1138, p. 965.

dernier »⁹⁴. Cette distinction a depuis été reprise par le Conseil d'État dans un arrêt du 2 octobre 1996, *Commune de Sartrouville*⁹⁵.

971. Dans le cadre des contrats de la commande publique, on n'a jusqu'à aujourd'hui jamais rencontré d'annulation de contrats pour des raisons d'impartialité subjective⁹⁶. On pourrait toutefois envisager le cas dans lequel il y aurait un aveu de délit de favoritisme : il y aurait alors rupture de l'impartialité dans le choix du cocontractant et le délit pourrait être le fondement à l'annulation du contrat. En revanche, les cas dans lesquels on peut trouver une atteinte à l'impartialité objective d'une procédure de passation peuvent être très nombreux. En effet, les textes mettant en place des procédures de passation ont justement cherché à limiter ou encadrer au mieux le choix des cocontractants de manière à ne laisser qu'un minimum de liberté de choix au commanditaire. C'est ce souci que l'on retrouvait dans le débat sur l'*intuitus personae* qui a vu jour après la loi Sapin : il apparaissait dangereux de permettre à une personne publique de choisir sans avoir à se référer seulement à des critères objectifs de choix. C'est ainsi que nombre des mesures procédurales du droit de la commande publique ont pour but « d'objectiviser » le choix et que les mesures de transparence viennent garantir que ce choix a été véritablement objectif en permettant les contrôles⁹⁷.

Pour autant, le rôle du principe de transparence des procédures dans la lutte contre les malversations est plus psychologique que véritablement procédural, et son analyse tient plus de la science administrative ou de la science politique que du syllogisme juridique.

b) Le rôle indirect de la transparence des procédures dans la lutte contre les malversations

972. La transparence des procédures s'est développée en même temps que la volonté de développer la lutte contre les malversations dans les marchés publics et les délégations de service public, volonté issue, au milieu des années 1990, d'un certain nombre de scandales médiatisés. En lui-même, le renforcement des procédures ne renforce pas la moralité des commandes publiques, elle ne fait que chercher à rendre objectives les atteintes à la morale, ce qui permet de sanctionner une atteinte à une règle, activité bien plus habituelle et facile au juge⁹⁸.

⁹⁴ CEDH 24 mai 1989, *Hauschildt c. Royaume de Danemark*, précité.

⁹⁵ CE 2 octobre 1996, *Commune de Sartrouville*, req. 158463, rec., p. 1101, *DA* 1996, n° 541, obs. L. T.

⁹⁶ Notons que la CEDH n'a elle-même rencontré qu'une fois une véritable impartialité subjective dans un conflit à l'occasion duquel le juge s'était déclaré raciste avant d'avoir à juger un arabe : cf. CEDH 23 avril 1996, *Remli c. France*, Rec. 1996, p. 559

⁹⁷ B. DU MARAIS, « Droit public de la régulation économique », Paris, Presse de Science Po et Dalloz, coll. Amphithéâtre, 2004, 602 pp., spé. p. 250 intitulé un B) *La moralisation par une démultiplication des contrôles*. Ceux-ci sont pour une bonne part selon nous rattachable au principe de transparence des procédures.

⁹⁸ Cf. M. GUIBAL « Transparence et droit public des contrats », Mélanges en l'honneur de Louis CONSTANS, 1998, pp. 287-293 et sa réflexion : « On n'arrive pas à cerner la transparence comme facteur de moral. Au mieux elle est envisagée comme technique de moralisation ».

Il ne faut pourtant pas négliger l'impact de ces évolutions sur la moralité des marchés. Outre le fait que la volonté politique qui ressort de ces textes tend à montrer l'anormalité des pratiques antérieures et, partant, débanalise les malversations, c'est dans les sanctions mises en place que l'on peut trouver un facteur de moralisation. Celles-ci touchent aussi bien les cocontractants que les tiers.

973. Pour ce qui concerne les cocontractants, les risques de sanction sont aujourd'hui assez importants pour que le respect de la moralité, objectivement traduit par le respect des procédures, soit devenu un souci constant. Le développement du droit pénal et son adaptation au droit de la commande publique par le délit de favoritisme vont clairement dans ce sens, même s'il ne faut pas en faire la panacée de la moralisation⁹⁹. Les incriminations pénales permettent cependant de montrer les différents cas de malversations qu'il est possible de rencontrer. Le premier est le favoritisme, que la *vulgate* appelle aussi « copinage » et qui consiste à choisir un cocontractant particulier sans que celui qui choisisse en retire un intérêt personnel quantifiable. Le second est la corruption – auquel on peut associer la concussion – qui consiste, pour celui qui fait le choix, à retirer un avantage pécuniaire du résultat. Bien entendu, l'un n'est pas exclusif de l'autre et l'on peut choisir de faire gagner la mise en concurrence à quelqu'un de sa connaissance en espérant, en retour, bénéficier d'une rétribution occulte.

La crainte des risques, renforcée par le développement de la transparence des procédures, qui conduit, il faut l'espérer, à une moralisation ne porte pas seulement sur les risques pénaux. On peut aussi penser aux risques d'annulation des marchés, voire, pour ce qui est des agents des administrations, aux risques importants de sanctions administratives, notamment statutaires. Pour les cocontractants, on peut toutefois ajouter que la crainte des sanctions est parfois atténuée par la crainte de ne pas avoir de marché à l'avenir. Cette seule considération justifie qu'une entreprise ayant répondu à un appel d'offres, mais n'ayant pas eu le marché pour des raisons occultes connues d'elle, ne fasse pas de recours. Elle craint alors en effet que la personne publique – ou plutôt ses agents – ne l'évince des marchés futurs en représailles des soucis judiciaires dont elle aurait été la source.

974. Pour ce qui est des tiers, c'est-à-dire notamment des administrés-contribuables¹⁰⁰, la transparence joue principalement un rôle de lutte contre le sentiment

⁹⁹ B. DU MARAIS, *Op. Cit.*, p. 257 pose la question de « la pénalisation du droit des marchés publics comme panacée de la moralisation ? ». Il semble y répondre lui aussi négativement. Il tente une double explication : la première est fondée sur une analyse des actes administratifs en terme de « marché ». Il considère, en application des théories classiques de RICARDO, que la corruption vient du fait que le « marché » des actes administratifs est monopolistique et que les agents publics ne font qu'abuser de ce monopole qu'ils détiennent, l'abus étant la tendance naturelle du monopole. Plus subtile, sa seconde explication n'analyse pas les actes administratifs mais les « passe-droit » comme un marché. Dans ce dernier, le passe-droit se monnaie alors, l'un faisant l'offre et l'autre la demande. La lutte contre cette corruption peut alors résulter soit de contrainte et de risque pris (mais la conséquence peut aussi être le renchérissement du prix du passe-droit, c'est-à-dire le renforcement de la corruption), soit la mise en place d'alternatives légales aux passe-droits occultes.

¹⁰⁰ On peut aussi appliquer ce qui suit aux candidats évincés, notamment dans les marchés de faibles montants.

de gaspillage de l'argent public et de corruption¹⁰¹. On peut ici aussi, *mutatis mutandis*, analyser la situation en considération des réflexions menées à propos de l'impartialité des juges¹⁰², et notamment la « théorie de l'apparence ». Issue du droit anglo-saxon, celle-ci a été utilisée par le droit européen pour la première fois dans un arrêt de la CEDH du 17 janvier 1970, *Delcourt*¹⁰³ et a connu ses effets les plus retentissant pour le droit public à la suite de l'arrêt *Kress* de la même juridiction en date du 7 juin 2001 et des réflexions autour du statut des commissaires du gouvernement devant les juges administratifs qui l'ont suivi¹⁰⁴. Le droit français a partiellement reconnu l'intérêt de cette théorie de l'apparence, en acceptant que la participation à la formation de jugement d'un juge qui est la fille d'un conseiller municipal de la commune partie au litige, soit de nature à faire « naître un doute » sur son impartialité¹⁰⁵. L'idée qui prévaut est que la réalité de l'impartialité ne doit pas faire oublier que la personne jugée – la personne répondant à un contrat de la commande publique mais aussi le contribuable pour ce qui nous concerne – doit avoir le sentiment que la solution est juste et impartiale. C'est ce qui ressort de l'adage repris par la Cour « *Justice must not only be done, it must also be seen to be done* ». On pourrait à notre tour le reprendre en droit de la commande publique sous la forme « *Good choice must not only be done,*

¹⁰¹ Le Conseil d'État présentait déjà cela comme l'un des aspects de la transparence dans son Rapport de 1995 (EDCE 1995 n° 47 p. 33). Il estimait que ce qui n'était pas encore un principe « *recouvre en réalité des préoccupations extrêmement diverses : informer les usagers et les partenaires de l'Administration, non seulement sur les mesures leur faisant directement grief, leur portée et leurs justifications, mais encore sur le cours général de son activité ; éviter que l'opacité des circuits de décision ne nourrisse différentes catégories de soupçon : soupçon de favoritisme, de corruption, d'arbitraire.* ».

¹⁰² Cf. notamment la thèse à venir de J.-G. SORBARA, « L'impartialité du juge administratif », Thèse Paris II sous la direction de M. VERPEAUX, 2005, dans laquelle il montre que, sans que ce principe d'impartialité soit reconnu en droit interne avant les jurisprudences de la Cour européenne des droits de l'homme, les nombreuses garanties objectives ne laissent pas de doutes quant à l'impartialité effective du juge administratif depuis que la justice a été déléguée. Il insiste aussi sur les influences réciproques des jurisprudences européennes et internes, cette dernière ayant fait évoluer plus qu'on ne le remarque habituellement les positions de la Cour de Strasbourg.

¹⁰³ CEDH 17 janvier 1970, *Delcourt c/ Belgique*, Rec., série A, n°11

¹⁰⁴ CEDH 7 juin 2001, *Kress c/ France*, AJDA 2001, p. 675, note F. ROLIN et p. 1075, chron. J.-F. FLAUSS ; *Dalloz* 2001, p. 2611, chron. J. ANDRIANTSIMBAZOVINA & pp. 2619-2627, note R. DRAGO ; JCP 2001, I, n°368, obs. C. BOITEAU ; JCP 2001, II, n°10578, note F. SUDRE ; JDI (*Clunet*) 2002, pp. 255-258, note M. EUDES ; RFD 2001, pp. 991-999, note B. GENEVOIS & pp. 1000-1018, note J.-L. AUTIN et F. SUDRE intitulée « juridiquement fragile, stratégiquement correct » ; RTDH 2002, p. 223, note L. SERMET ; CH. MAUBERNARD, « L'arrêt Kress C/ France de la CEDH : le rôle du commissaire du Gouvernement près du Conseil d'État à la lumière de la théorie des "apparences" », RDP n° 3-2001 pp. 896-911 & X. PRÉTOT, « Le commissaire du gouvernement et le droit au procès : dernier sursis avant exécution ? », RDP 2001, pp. 983-1002 ; G. COHEN-JONATHAN, « L'arrêt Kress contre France du 7 juin 2001 et la Cour Européenne des Droits de l'Homme et la Cour de cassation française : quelques observations » *Gaz. Pal.* 4 octobre 2002, pp. 8-13 ; D. BLANCHARD, « Le commissaire du gouvernement des juridictions de l'expropriation et l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme », *Droit et Ville*, 2002, n° 54 pp. 137-171 ; D. CHABANOL, « Théorie de l'apparence ou apparence de théorie ? Humeurs autour de l'arrêt Kress », AJDA 2002 pp. 9-12 ; J.-F. FLAUSS « La double lecture de l'arrêt Kress », LPA 3 octobre 2001, pp. 13-21 ; S. GUINCHARD, « Dialogue imaginaire entre un justiciable moyen et un juriste désespéré par l'arrêt Kress », *Dalloz* 2003 pp. 152-154

¹⁰⁵ CE 2 octobre 1996, *Commune de Sartrouville*, req. 158463, rec. Tables p. 1101 ; DA 1996, n° 541, obs. L. T. « *considérant que l'un des magistrats composant la formation du tribunal administratif qui a rendu le jugement attaqué est la fille d'un conseiller municipal de Sartrouville ; que cette circonstance est de nature à faire naître un doute sur l'impartialité des premiers juges* ».

it must also be seen to be done»¹⁰⁶. Le droit de la commande publique doit en effet, non seulement garantir une impartialité entre les candidats, mais il doit aussi montrer aux contribuables qu'il met en place une méthode pour s'assurer que l'argent public est dépensé de manière honnête. Sur ce point, on peut clairement dire que les lois renforçant la transparence des années 1990 ont rempli leur rôle ; et l'on peut voir dans cette évolution un plus grand respect de l'article 14 de la Déclaration de 1789 et des droits qu'il accorde aux citoyens de « *suivre l'emploi* » de la contribution publique.

3) Les limites de la transparence et le secret

975. Les limites du principe de transparence sont essentiellement fondées sur le respect du secret qui est souvent attaché aux activités des cocontractants, secret que les opérateurs – toujours – ou les deux parties – parfois – ont intérêt à préserver, même si cela conduit à perdre certains des avantages de la transparence (a). À cela il faut ajouter une transparence souvent négligée et que l'on aborde habituellement sous d'autres angles : celle de l'opérateur vis-à-vis du commanditaire (b).

a) *Transparence et secrets des cocontractants envers les tiers*

976. Les marchés publics restent, du point de vue des entreprises, des activités commerciales similaires à celles qu'elles peuvent avoir dans le cadre de marchés privés. Les délégations de service public peuvent, de la même manière, s'apparenter à des activités privées ; il suffit de prendre l'exemple du traitement des ordures ménagères et de le comparer au traitement des ordures industrielles pour s'en convaincre. Or, dans le cadre de ces activités, les entreprises développent des capacités techniques qui font leur valeur ajoutée pas rapport aux autres entreprises, c'est d'ailleurs souvent sur le critère de ces compétences spécifiques qu'elles sont sélectionnées pour gagner les marchés publics.

Ce sont ces capacités techniques et ces solutions innovantes qui forment ce que l'on appelle en général le « secret professionnel », d'aucuns lui ajoutant les données sur l'état de l'entreprise et ses projets mais ces derniers n'étant pas de « l'actif » de l'entreprise, ils ne font pas l'objet d'une protection aussi poussée. Ce secret professionnel est assez important pour que le droit pénal s'en soit emparé depuis le code de 1910, notamment dans deux incriminations : celle de *violation du secret professionnel* de l'article 226-13 du nouveau Code Pénal et celle de violation du secret de fabrication de l'article L. 152-7 du Code du travail. Si aucune de ces deux incriminations ne semble applicable aux commanditaires, elles montrent l'importance que ce secret prend dans la vie des affaires¹⁰⁷. Cette importance conduit les cocontractants à introduire dans les contrats de la commande

¹⁰⁶ « La justice ne doit pas seulement être bien rendue, on doit aussi voir qu'on la rend bien » et « Le bon choix ne doit pas seulement être fait, on doit aussi voir qu'il est bien fait ».

¹⁰⁷ W. JEANDIDIER, *Droit pénal des affaires*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 5^e ed. 2003, 641 pp. spé. n° 36 et s. et 385

publique des clauses de confidentialité auxquelles il faut apporter une attention particulière dans deux circonstances : dans le cadre de la publication des résultats de la procédure et dans le cadre des contrôles par les différentes autorités de contrôle soumises au secret professionnel, ces dernières pouvant pour leur part être soumises au droit pénal. En droit français, une circulaire du 31 mars 1992¹⁰⁸ va dans ce sens en renvoyant à la loi du 17 juillet 1978¹⁰⁹, et notamment à son article 6 fixant les causes de non-communication des documents administratifs. Le droit communautaire n'oublie pas non plus cette donnée en prévoyant dans chacune des directives de 2004 un article sur la « confidentialité » avant la conclusion du contrat¹¹⁰ – au moment de l'information des soumissionnaires ou candidats – ; mais aussi après cette conclusion, par exemple à l'article 35 de la directive 2004/18 qui prévoit la non-publication de l'avis d'attribution dans un certain nombre de cas, dont celui la publication « *porterait préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'opérateurs économiques publics ou privés* »¹¹¹.

977. Le secret à protéger n'est parfois pas celui du cocontractant mais bien celui du commanditaire¹¹². Il en est notamment ainsi dans le cadre des marchés militaires¹¹³. Le décret du 17 juillet 1998¹¹⁴ est récemment venu réorganiser la protection des secrets de la défense nationale et a été l'un des fondements du décret du 7 janvier 2004

¹⁰⁸ Circulaire du 31 mars 1992, prise en application de la loi du 6 février 1992 *relative à l'administration territoriale de la République* art 14, 15, 16 ; cf. sur ce point CH. BRÉCHON-MOULÈNES, « Transparence et marchés publics », *Revue de jurisprudence commerciale*, octobre 1993, n° Spécial colloque sur la transparence, pp. 45-62, spé. p. 48

¹⁰⁹ Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 *portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal*. Cf. J. CHEVALLIER, « La transformation de la relations administrative : mythe ou réalité ? » *Dalloz* 2000 p. 575 pour une analyse à partir de la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 dont est aujourd'hui issu l'article 6 de la loi de 1978.

¹¹⁰ Les articles 13 de la directive 2004/17 et 6 de la directive 2004/18 traitent en des termes identiques de la « confidentialité » en estimant que le respect des « *secrets techniques ou commerciaux et les aspects confidentiels des offres* » doit se faire sans préjudice du respect des articles de la directive sur la publicité des offres. Les articles 41 dernier alinéa de la directive 2004/18 et 49 2° de la directive 2004/17 prévoit pourtant expressément la non divulgation de « *certaines renseignements concernant l'adjudication des marchés, la conclusion d'accords-cadres ou l'admission dans un système d'acquisition dynamique* » aux autres candidats ou soumissionnaires si cela peut « *porter préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'opérateurs économiques publics ou privés, ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre ceux-ci* ».

¹¹¹ L'article 35 de la directive 2004/18 sur la publication des avis prévoit pour leur part qu'ils ne doivent pas « *porter préjudice aux intérêts commerciaux légitimes d'opérateurs économiques publics ou privés, ou pourrait nuire à une concurrence loyale entre ceux-ci* » (la formule est donc identique à celle de l'article 41). Enfin, une autre référence aux « *intérêts commerciaux légitimes* » des entreprises peut être trouvée à l'article 69, point 2, 2e alinéa de la directive 2004/18 pour les avis de résultats des concours.

¹¹² Cf. l'article de G. MORANGE « Le secret en droit public français », *Dalloz* 1978, chron. p. 1, dont l'auteur consacre la deuxième partie au « secret au plan administratif » qui permet de voir les avancées qui ont été faites, grâce à l'idée de transparence, dans la diminution du secret administratif. Il permet aussi de constater que le secret existe encore aujourd'hui.

¹¹³ La loi du 17 juillet 1978 précitée

¹¹⁴ Décret n° 98-608 du 17 juillet 1998 *relatif à la protection des secrets de la défense nationale*. Cette loi crée la *Commission consultative du secret de la défense nationale* qui rend incompétente la CADA pour les refus d'accès à des documents classifiés. Cf. CADA, 8 mars 2001, *Ministre de la défense*, avis 2001-0012, 10^e rapport 41 et 116.

concernant certains marchés publics passés pour le compte de la défense¹¹⁵. Ces textes vont plus loin encore que la protection des secrets commerciaux des entreprises puisqu'ils vont jusqu'à permettre de ne pas respecter les mesures de transparence, et notamment celles issues de la mise en concurrence. C'est ainsi que la procédure peut être adaptée en permettant, soit l'absence de mise en concurrence dans certains cas, soit le recours aux marchés négociés sans publicité dans d'autres¹¹⁶. Le secret ne modifie pas seulement la façon dont le contrat est passé, il modifie toute la vie de la commande : le décret du 7 janvier 2004 prévoit que le Premier ministre peut fixer les éléments du marché qui seront considérés comme secret et ne devront donc pas être dévoilés par les cocontractants¹¹⁷.

Les secrets que peuvent avoir les cocontractants envers les tiers limitent donc les implications du principe de transparence des procédures, voire la transparence du marché en général¹¹⁸. La transparence entre les cocontractants peut aussi être limitée.

b) Transparence et secret entre les cocontractants

978. La transparence des procédures est parfois limitée par le secret dans les relations entre les cocontractants, mais la situation est totalement différente selon qu'il s'agit des secrets du commanditaire pour son cocontractant (α) ou de ceux du cocontractant pour le commanditaire (β).

a) Transparence du commanditaire envers son cocontractant

979. Le commanditaire peut-il avoir des secrets pour les personnes avec lesquelles il a ou il entend contracter ? La question trouve dans deux cas au moins une solution claire. Il s'agit premièrement de celui dans lequel le secret du commanditaire pour l'un des cocontractants potentiels est de nature à porter atteinte à l'égalité entre les candidats. Il s'agit deuxièmement des cas dans lesquels le secret pourrait être la source d'un vice du consentement affectant le contrat, notamment s'il est assimilé à une erreur ou à un dol. Les cas dans lesquels le secret ne croise aucune de ces deux hypothèses ne sont pas bien nombreux, mais une hypothèse au moins va dans le sens d'un nécessaire respect du secret du commanditaire : celle des procédures négociées.

¹¹⁵ Décret n° 2004-16 du 7 janvier 2004 pris en application de l'article 4 du code des marchés publics et concernant certains marchés publics passés pour les besoins de la défense J.O n° 6 du 8 janvier 2004 page 37028

¹¹⁶ « Art 2 IV. - Les marchés entrant dans les prévisions du II de l'article 1er qui exigent en outre le secret ou dont l'exécution doit s'accompagner de mesures particulières de sécurité conformément aux dispositions législatives ou réglementaires en vigueur ou pour lesquels la protection des intérêts essentiels de l'État requiert l'absence de publicité sont passés selon la procédure négociée sans publicité. Ils sont passés sans mise en concurrence lorsqu'ils relèvent de l'un des cas prévus au III de l'article 2 du présent décret. »

¹¹⁷ « Article 17 : Un arrêté du Premier ministre fixe les conditions dans lesquelles est assurée la protection du secret et des informations concernant la défense nationale et la sûreté de l'État dans les marchés et autres contrats. »

¹¹⁸ Dans le cas des marchés négociés sans publicité préalable, ce n'est pas seulement le principe de transparence des procédures qui est touchée mais aussi les principes fondateurs du droit de la commande publique qui imposent la publicité... cette dernière étant une mesure de transparence indirecte.

980. Comme on a pu le souligner, ces procédures sont très nettement en augmentation. D'une part, de manière un peu rhétorique on en conviendra, l'inclusion dans la notion de « contrats de la commande publique » de nombreux contrats qui n'étaient soumis à aucune obligation a augmenté le nombre de contrats qui sont conclus après des négociations « commerciale ». D'autre part, les délégations de service public comprennent, elles aussi, une part de négociation dès leur origine ; même si là encore, on n'a pas augmenté leur liberté contractuelle puisque leur passation était auparavant complètement *intuitus personae*. Enfin et surtout, les marchés publics se sont ouverts à la négociation de manière *symboliquement importante* avec la procédure de *dialogue compétitif* des articles 36 et 67 du Code des marchés publics de 2004, qui renforce encore la possibilité de négociation que l'on trouvait déjà dans l'appel d'offres sur performance.

981. Dans tous ces cas, la négociation requiert que la personne publique ne présente pas *ab initio* à son éventuel cocontractant tous les avantages qu'elle entend lui procurer contre ses prestations, la « technique » de négociation – quoique l'on puisse douter que toutes les administrations disposent de la maîtrise – consistant justement à demander des contreparties au fur et à mesure des avantages proposés. Cela conduit par conséquent non seulement à un secret temporairement gardé par la personne publique, mais aussi, de l'aveu même de certaines conclusions de commissaire du gouvernement au Conseil d'État, à des secrets créant des inégalités entre les soumissionnaires selon l'avancée de la négociation avec chacun d'eux¹¹⁹. On verra vraisemblablement dans l'avenir des précisions sur ce « secret » du commanditaire qui peut se concilier avec le « *principe de transparence des procédures* ». On verra aussi que la liberté laissée au cocontractant sera vraisemblablement moins importante que celle du commanditaire.

β) Transparence du cocontractant envers son commanditaire.

982. Le choix du meilleur cocontractant est aussi le choix du cocontractant le plus fiable, celui dont on peut raisonnablement espérer qu'il exécutera le marché jusqu'à son terme. Pour ce qui est des délégations de service public, la continuité du service rend cette préoccupation encore plus importante. C'est pour cela qu'en amont du contrat, le droit de la commande publique oblige les soumissionnaires ou candidats¹²⁰ à présenter des garanties de capacité techniques et financières¹²¹ – notamment par le dépôt de garanties et

¹¹⁹ Cf. les conclusions de D. PIVETEAU sur l'arrêt CE 15 juin 2001, *Syndicat intercommunal d'assainissement de Saint-Martin-en-Ré et La Flotte-en-Ré*, BJC, n° 18 p. 417, à propos d'une délégation de service public, reproduites sur ce point in CH. BRÉCHON-MOULÈNES, « De la loyauté de l'autorité publique cocontractante », *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Paris, Dalloz ed., 2004, pp. 440-468, spé. p. 467. Il va dans ce sens lorsqu'il dit : « *L'habileté du négociateur doit pouvoir prendre appui sur quelques opacités soigneusement calculées [...]* ».

¹²⁰ Article 1^{er}, point 8 de la directive 2004/18 : « *L'opérateur économique qui a présenté une offre est désigné par le mot "soumissionnaire". Celui qui a sollicité une invitation à participer à une procédure restreinte ou négociée ou à un dialogue compétitif est désigné par le terme "candidat"* ». L'article 1^{er}, point 7, 3^e al. de la directive 2004/17 reprend cette distinction en des termes à peine différents (sans référence au dialogue compétitif notamment).

¹²¹ Article 45 du Code des marchés publics

par la fourniture de certificats démontrant que l'entreprise est en règle avec ses cotisations sociales ou ses obligations fiscales¹²², ou alors par la preuve qu'elle n'est pas en situation de redressement judiciaire¹²³ – permettant au cocontractant public de s'assurer que le contrat n'est pas *a priori* incertain d'être exécuté. Le principe de transparence des procédures s'applique clairement ici aussi en contraignant le cocontractant à présenter tous les éléments qui pourraient intéresser la personne publique et pas seulement les renseignements visés aux articles précités¹²⁴.

Cette transparence de la part du cocontractant envers le commanditaire s'étend aussi durant la vie du contrat avec une série de renseignements qui doivent être transmis, même lorsque cela n'est pas organisé comme pour la présentation des sous-traitants¹²⁵. Ainsi, la transparence renforce en matière de commande publique l'obligation pour le cocontractant de faire part de ses craintes : par exemple, s'il estime qu'un ouvrage nécessitera des travaux supplémentaires, il doit en faire part au commanditaire le plus tôt possible de manière à lui faciliter le respect des obligations en matière d'avenants. La transparence rejoint en ce sens un thème qui est quasi oublié de la doctrine publiciste¹²⁶ tout en étant un thème courant de la doctrine privatiste : la loyauté dans le contrat. Il serait délicat de faire découler un principe constitutionnel – la transparence des procédures – d'un principe au mieux « général » – la loyauté contractuelle – mais au fond, peut être y a-t-il philosophiquement dans le second une source du premier, en plus de l'article 14 et de l'article 6 de la Déclaration de 1789. Le professeur Ch. BRÉCHON-MOULÈNES lie d'ailleurs la loyauté à la transparence¹²⁷. Ce lien est spécialement remarquable en droit public puisque la loyauté ne peut alors se traduire que par la transparence dans la mesure où, fondamentalement inégalitaire, le contrat administratif a vu son régime adapté à ses « déloyautés » par des mécanismes comme le fait du prince et les pouvoirs de résiliation ou de modification unilatérale.

Le secret des opérateurs économiques envers les commanditaires ne saurait dès lors être la source de limites à la transparence ; la transparence imposant même dans ce

¹²² Article 46 du Code des marchés publics

¹²³ Article 43 et 44 du Code des marchés publics

¹²⁴ Le nouvel article 47 du Code depuis 2004 : « *Le marché prévoit les conditions dans lesquelles il est résilié, aux torts du cocontractant de la personne publique, en cas d'inexactitude des renseignements prévus au 2°, aux b et c du 3° de l'article 45 et au I de l'article 46.* » n'exclut pas selon nous que la sanction de la résiliation aux torts du cocontractant soit étendue à d'autres cas – ou qu'une autre sanction soit prévue – et notamment en cas de dissimulation de renseignements utiles à la personnes publiques en application du principe de transparence.

¹²⁵ Cf. Arrêté du 26 février 2004 pris en application de l'article 45, alinéa premier, du code des marchés publics et fixant la liste des renseignements et/ou documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics pour l'organisation de cette transparence

¹²⁶ On notera toutefois l'article de CH. BRÉCHON-MOULÈNES, « De la loyauté de l'autorité publique cocontractante », *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Paris, Dalloz ed., 2004, pp. 440-468. Cet article est toutefois tourné vers la loyauté de la personne publique mais nombre de ses remarques s'appliquent aussi à la loyauté du cocontractant. Cet auteur remarque à raison que la notion de bonne foi qui est intimement liée à celle de loyauté a été – un peu – plus traitée en droit public, notamment, pour le droit administratif, dans la thèse de M. LOMBARD, *Recherches sur le rôle de la bonne foi et de la mauvaise foi en droit administratif français*, Thèse, Strasbourg III, dactyl. 1978 (Cujas réserve Y-1169-1 et -2).

¹²⁷ *Ibid.*, p. 466

sens un refus du secret plus fort que dans le sens inverse. L'équilibre entre les cocontractants, habituellement lié aux « contrats administratifs », s'étend sur ce point aux contrats de la commande publique, même lorsqu'ils sont de droit privé.

983. *Conclusion sur la transparence.* Le professeur Ch. BRÉCHON-MOULÈNES montre que la transparence s'est développée dans les marchés publics lorsque la passation s'est libéralisée, c'est-à-dire lorsqu'on a arrêté d'avoir recours à la seule adjudication pour utiliser la procédure de l'appel d'offres. Cette dernière procédure apparaissant comme plus opaque parce que fondée sur des critères moins objectifs, on a estimé nécessaire de compenser par d'autres moyens ce manque, ce qui a conduit à « inventer » ce principe¹²⁸. On peut avancer une explication similaire pour la deuxième extension de la transparence et sa reconnaissance en tant que véritable principe dans le cadre des procédures de la commande publique : elle correspond à une seconde libéralisation des procédures et notamment à un développement des procédures négociées et la recherche d'une certaine « efficacité » au sens de l'économie du droit¹²⁹. Cette seconde évolution fait de nouveau diminuer la transparence naturelle des procédures de passation en diminuant le formalisme et pousse, ce faisant, à vouloir développer de nouvelles formes de transparence, soit dans les procédures soit autour.

984. Il faudrait toutefois que ce principe soit clarifié. Sa reconnaissance actuelle est fondée sur une confusion entre *l'existence de transparence* et le *principe de transparence des procédures*. Ainsi, le droit communautaire surtout, le droit interne dans une moindre mesure, reconnaissent-ils le *principe de transparence* des procédures comme un « corollaire » des principes fondateurs de la commande publique, c'est-à-dire un « sous-principe » – le « sous » ne signifiant pas d'une valeur moindre mais une spécialité de ce principe par rapport aux principes plus larges. Dans ce sens on confond le *principe de transparence* avec les *effets des autres principes qui conduisent à ce qu'il y ait de la transparence* dans les procédures. On considère que tout ce qui est transparence est dû au principe de transparence, ce qui ne nous semble pas exact : bien des expressions de la transparence restent avant tout l'effet des autres principes. Le principe de transparence doit, selon nous, avoir une autre source, celle que le droit français lui reconnaît partiellement et qui en ferait un principe « autonome » : l'article 14 de la Déclaration de 1789. C'est dans cette dimension autonome que le principe peut apporter à la commande publique parce qu'il dépasse alors les principes fondateurs en n'étant pas seulement un principe de transparence *par* les procédures mais un principe de transparence *des* procédures. Ne nous méprenons pas : cette approche lui donne sa véritable valeur, mais ne lui donne pas le statut de « principe fondateur de la commande publique » – ces derniers se limitant aux deux que nous avons étudiés – en ce que le principe de « transparence des procédures » ne fonde pas *l'existence*

¹²⁸ CH. BRÉCHON-MOULÈNES « Transparence et marché public », *Revue de jurisprudence commerciale*, octobre 1993, n° Spécial colloque sur la transparence, pp. 45-62, spé. p. 52

¹²⁹ M. GUIBAL « Transparence et droit public des contrats », Perpignan, *PUP col. Études, Mélanges en l'honneur de Louis CONSTANS*, 1998, 398 pp., spé. pp. 287-293 dit à juste titre que : « Les procédures de mise en concurrence formalisées telle que l'appel d'offres sont considérées comme plus transparentes que les procédures de gré à gré ou négociées librement. Mais les procédures transparentes apparaissent comme moins performantes que les procédures négociées ».

des procédures de mise en concurrence et notamment ce minimum de publicité. Il continue, comme son nom l'indique, à s'appliquer quand les procédures existent déjà.¹³⁰

§ 2^e : Le contrôle de l'emploi de la contribution publique : vers un principe d'efficience de la commande publique ?

985. Si la décision 2003-473 DC du 26 juin 2003¹³¹ reconnaît expressément la transparence des procédures comme un principe de valeur constitutionnelle, il ne reconnaît pas comme tel l'efficacité ou l'efficience dans la commande publique. Il nous semble pourtant que l'on peut voir ici, soit un principe non encore exprimé, mais qui ressortirait des « *exigences constitutionnelles inhérentes [...] au bon usage des deniers publics* »¹³² dans le cadre de la commande publique, soit un principe général du droit de la commande publique.

Le Conseil constitutionnel ne précise pas directement les conséquences de l'article 14 de la Déclaration de 1789 mais il considère que de cet article – et de l'article 6 – découlent des principes *qui sont rappelés par l'article 1^{er} du nouveau code des marchés publics*. Le « nouveau » code visé est celui de 2001, et l'on ne laisse pas de s'étonner de la modification qu'a subi l'article 1^{er} en 2004 alors que la décision précitée avait « constitutionnalisé » le texte de 2001¹³³. On peut, il est vrai, remarquer que le fond n'a pas été modifié et que, de surcroît, la rédaction actuelle va dans le sens que nous développons.

986. C'est donc du Code lui-même que l'on peut tirer ce que nous pensons être un principe des marchés publics, étendu à la commande publique, à un choix répondant à des nécessités d'efficience économique. La formule est moderne, mais elle correspond à une nouvelle évolution de l'idée du « mieux-disant » qui avait déjà remplacé celle du « moins-disant ». Si l'efficience correspond plus à une analyse économique du droit, le principe est donc assez ancien pour avoir fondé le recours à l'appel d'offres plutôt qu'à l'adjudication au milieu des années 1950. Il est même possible de voir dans ce

¹³⁰ Il semble que cette approche distinguant les deux principes « fondateurs » qui exigent publicité et mise en concurrence et les autres principes qui ne viennent apporter que des contraintes supplémentaires puisse trouver un écho en droit positif. En effet, le texte de la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 *habilitant le gouvernement à simplifier le droit* prévoit à son article 6 les contraintes pesant sur le pouvoir réglementaire pour prendre l'ordonnance sur les contrats de partenariats : « *Ces dispositions déterminent les règles de publicité et de mise en concurrence relatives au choix du ou des cocontractants, ainsi que les règles de transparence et de contrôle relative au mode de rémunération du ou des cocontractants, à la qualité des prestations et au respect des exigences du service public* ».

¹³¹ Décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit*, notamment ses 10^e et 18^e considérants.

¹³² *Ibid*, 18^e considérant

¹³³ Le Code de 2001 disposait à son 3^e alinéa : « *L'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics sont assurées par la définition préalable des besoins, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence ainsi que par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse.* » tandis que le code de 2004 regroupe les 2^e et 3^e alinéa et dispose donc *in fine* : « *Ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics. Ils exigent une définition préalable des besoins de l'acheteur public, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence et le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse. [...]* ».

principe la source, plus ancienne encore, d'améliorations de l'efficacité des marchés publics lorsqu'ils étaient soumis à adjudication. On pense par exemple au recours aux marchés allotis afin de minimiser les risques de faillites ou aux garanties exigées des entrepreneurs ; deux types de mesures qui participaient de ce mouvement de compensation des défauts de l'adjudication¹³⁴.

L'efficacité serait alors la troisième étape d'une amélioration de la gestion de leurs commandes par les personnes publiques. Il ne suffirait plus de bénéficier des biens les moins chers possibles, ni du mieux pour le moins cher, mais bien du meilleur équilibre entre le mieux et le moins cher. On trouve les éléments de cette reconnaissance à la fois en droit interne (A) et, sous l'appellation de principe de proportionnalité, en droit communautaire (B).

A) L'efficacité dans la commande publique en droit interne

987. La recherche d'une efficacité économique se retrouve dans l'article 1^{er} du Code des marchés publics et elle est reprise par la décision du Conseil constitutionnel, dans un considérant qu'il est possible de qualifier d'*obiter dictum* tant il aide peu à l'analyse de la constitutionnalité de la loi déferée. Le raisonnement, issu du texte, est en deux temps : il fait d'abord référence aux objectifs découlant des principes de la commande publique (1), puis il définit les étapes du choix telles qu'elles découlent des trois grands principes¹³⁵ (2).

1) L'efficacité et les objectifs découlant des principes de la commande publique

988. La première marque d'un « principe » d'efficacité économique dans la commande publique est la définition des objectifs tels qu'ils sont issus des trois grands principes, fixés par le Code et repris par le Conseil constitutionnel : « *efficacité de la commande publique et bonne utilisation des deniers publics* »¹³⁶. Comment ne pas faire le lien entre l'efficacité

¹³⁴ Il faut se rappeler la lettre de VAUBAN à M. de LOUVOIS, précitée, note 176.

¹³⁵ Nous n'utilisons pas le terme de principe fondateur dans la mesure où nous avons démontré que la transparence des procédures n'est pas un principe « fondateur », c'est-à-dire qu'il n'est pas, en lui-même, la source de procédures de passation.

¹³⁶ Article 1^{er}, 2^e alinéa : « *Ces principes [de liberté d'accès, d'égalité de traitement et de transparence] permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics* ». Le Conseil constitutionnel reprend cette notion d'efficacité dans sa décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003, *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit* (précitée) en citant expressément le Code de marchés publics, mais aussi – et c'est alors plus intéressant – dans le 6^e considérant de la décision n° 2001-452 du 6 décembre 2001, *Loi MURCEF* dans laquelle elle considère qu'il est possible de « *concilier l'efficacité de la commande publique et l'égalité de traitement entre les candidats* », ce qui donne aux deux principes une valeur proche sans quoi il serait inutile de les concilier. On notera avec plaisir que cette opinion sur la place grandissante d'un « objectif » d'efficacité est aussi celle de B. DU MARAIS, « Droit public de la régulation économique », Paris, *Presse de Science Po et Dalloz*, coll. *Amphithéâtre*, 2004, 602 pp., spé. p. 247. Cet auteur ne le qualifie pas de principe mais d'objectif et le lie à la moralisation.

et l'efficacité, la seconde n'étant en effet que le pendant économique de la première¹³⁷. Le lien qui est fait avec la bonne utilisation des deniers publics ne laisse pas douter de l'objectif poursuivi. Il faut en effet y voir la trace de l'évolution historique que nous avons décrite qui a fait passer le souci des acheteurs publics du moins au mieux-disant pour arriver aujourd'hui à l'efficacité. L'objectif avoué de l'article 1^{er} *n'abandonne pas* les objectifs passés, il les *dépasse*. La bonne utilisation pourrait ainsi être interprétée comme on le ferait classiquement en référence au bon père de famille¹³⁸, mais le recours à l'idée d'efficacité montre qu'il ne s'agit pas seulement de « bonne » utilisation mais bien de « meilleure » utilisation possible.

989. Le Code comme le Conseil constitutionnel donnent ici une interprétation de l'article 14 de la Déclaration de 1789 qui n'est pas complètement inattendue : si les citoyens ont la possibilité de « *suivre l'emploi* » de la contribution publique, c'est que cet argent doit par principe être géré au mieux¹³⁹. C'est d'ailleurs ce qui ressort aussi de l'article 15 de cette même déclaration : « *la société a le droit de demander compte à tout agent public de son administration* ». Cette « meilleure » gestion procède, semble-t-il, du cœur de l'article 15 et de la garantie que les agents publics agissent pour l'intérêt général, ce qui est justifié, de même que leur responsabilité, par le principe de la souveraineté nationale. Le professeur Laurent RICHER va dans le même sens lorsqu'il estime que « *l'article 15 est plus large et en cela il ne procède pas uniquement de l'idée de souveraineté nationale, mais aussi, plus largement, de celle de bon gouvernement, de "bien commun" [...]* »¹⁴⁰. Le principe de la bonne gestion est donc considéré comme fondamental depuis la Révolution¹⁴¹, c'est le contenu de la bonne gestion qui est ici précisé : il ne suffit pas de ne pas gaspiller l'argent public, il faut le gérer au mieux.

¹³⁷ On notera que le terme d'efficacité est, à l'origine, un anglicisme issu du terme *efficiency* (lui-même tiré d'un mot latin probablement passé par le français pour atteindre l'autre côté de la Manche). Si nous préférons l'utiliser à celui d'efficacité, c'est qu'il renvoie à une « capacité de rendement » (*in Le grand Robert de la Langue française*), c'est-à-dire à une approche économique de l'efficacité et à l'école économique du droit si présente aujourd'hui dans le droit public de l'économie par la notion de « régulation ». On ne suivra pas *Le Robert* lorsqu'il limite le mot à la philosophie et qu'il considère que son usage en économie est abusif.

¹³⁸ S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard (essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité)*, Paris, LGDJ *Bibl. de droit public*, Tome 135, 1980, 564 pp. préface de P. WEIL, envisage le « bon père de famille » aussi bien comme un standard applicable aux administrés (pp. 31, 58, 287, 292 et s.) ou cocontractants (p. 72) que, même si c'est plus rarement) comme un standard applicable à l'administration, notamment p. 310 où il écrit : « *le type unique du bonus paterfamilias suffit à sanctionner, dans nombre de cas, le mauvais comportement de l'administration, même si celui-ci a trait à une matière spécifiquement administrative.* »

¹³⁹ Remarquons que cet aspect de l'article 14 est bien souvent absent des analyses doctrinales sur cet article, cf. S. RIALS, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette coll. *Pluriel*, 771 pp., spé. pp. 344 et s. sur « propriété et fiscalité » qui ne traite pas de cette question au milieu de développements pourtant passionnants.

¹⁴⁰ L. RICHER, « Article 15 » *in La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, *Economica*, 1993, sous la direction de G. CONAC, M. DEBÈNE et G. TEBOUL, pp. 317-330, spé. p. 319

¹⁴¹ Le consentement à l'impôt tel qu'il résulte de l'article 14 est un principe ancien du droit français puisqu'il apparaît déjà dans les États généraux de 1314, même s'il n'a pas eu en France les effets qu'il a eu en Angleterre sur la naissance de la démocratie représentative. En revanche, le contrôle *a posteriori* de l'emploi de la contribution publique n'avait été revendiqué – sans succès – qu'aux États généraux de 1355 et est une nouveauté de la Révolution. On peut même dire qu'il est un apport des députés de la Constituante puisque cette revendication n'était que rarement présente dans les cahiers de doléances.

La référence à l'article 14 prend d'ailleurs une importance particulière dans le cadre de la commande publique par opposition aux seuls marchés publics. La perte d'importance du critère organique de « personne publique » dans le cadre de la commande par rapport aux « marchés publics » du Code¹⁴² a en effet conduit à un développement de l'importance de l'idée « d'argent public » comme élément d'unité de la catégorie de contrats de la commande publique. Or, l'article 14 et sa référence à la « contribution publique » va dans ce sens : il ne s'agit pas seulement des dépenses par les personnes publiques, mais plus largement par tous ceux qui dépensent « l'argent public », c'est-à-dire aussi les organismes bénéficiaires de subventions¹⁴³ ou qui ont la possibilité de percevoir des redevances.

2) L'efficacité et les méthodes découlant des principes de la commande publique

990. L'efficacité qui transparait dans ces objectifs de la commande publique se retrouve ensuite dans les méthodes « exigées » par les principes précités¹⁴⁴. Le Code et le Conseil constitutionnel précisent en effet les différentes étapes obligatoires dans la passation d'un marché public – pour le premier – et d'un contrat de la commande publique – pour le second. Ces étapes, au nombre de trois, vont elles aussi dans le sens d'une efficacité de la procédure, c'est-à-dire dans le sens du meilleur choix possible.

991. La première étape est la « définition préalable des besoins ». Cette exigence insiste sur le rôle du commanditaire, ou du maître de l'ouvrage dans le cas des marchés de travaux, dans son rôle d'initiative de la procédure de passation¹⁴⁵. La définition correcte de ses besoins est en effet la garantie que les offres proposées correspondront à ses objectifs et, *in fine* que le résultat sera adapté aux besoins. Pour la personne publique, un besoin bien défini limite les risques de procédure infructueuse ou de projets sur- ou sous-dimensionnés, chacune de ces hypothèses conduisant à court ou moyen terme à des dépenses supplémentaires¹⁴⁶. Du point de vue des entreprises, la limitation des offres

Cf. sur ce point G. JÈZE, *Cours de sciences des finances et de législation financière française. Théorie générale du budget*, Paris, Giard. ed. 6^e ed. 1922, p. 14 et s. ; et S. CAUDAL, « Article 14 » in *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Economica, 1993, sous la direction de G. CONAC, M. DEBÈNE et G. TEBOUL, pp. 299-316, spé. p. 300

¹⁴² Cf. sur ce point 1^e partie, titre 2^e.

¹⁴³ En ce sens, cf. S. CAUDAL, *Op. Cit.* spé. p. 309 et s.

¹⁴⁴ L'utilisation du terme « exiger » qui démontre le lien entre les objectifs découlant des principes et ce que l'on peut appeler les « méthodes » est issu de l'article 1^{er} du code de 2004. Le considérant 10 de la décision 2003-473 DC se limite à dire que « l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics **sont assurés par** la définition préalable des besoins, le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence ainsi que par le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse ».

¹⁴⁵ Notons, pour les marchés publics soumis au Code des marchés publics que l'article 5 de ce texte rappelle cette obligation, aussi bien pour les marchés soumis à une mise en concurrence que pour ceux qui n'ont pas à en faire.

¹⁴⁶ Le projet sur-dimensionné impliquera le plus souvent des dépenses de fonctionnement supérieures ; le projet sous-dimensionné impliquera pour sa part à moyen terme un supplément de prestation

infructueuses permet aussi de limiter globalement les coûts d'études qui n'ont pas abouti, coûts qui se reportent fatalement sur les contrats postérieurs. On est bien ici dans la recherche d'une efficacité économique globale des contrats de la commande publique qui dépasse les exigences du « mieux-disant » : il s'agit d'optimiser les relations entre les commanditaires et les soumissionnaires et pas seulement de choisir le meilleur choix sur un ensemble de projets mal adaptés. Les conséquences que l'on peut attendre de la reconnaissance de l'efficacité en lieu et place du mieux-disant seraient le renforcement du contrôle du juge. Celui-ci pourrait non seulement annuler le contrat lorsque l'objet du marché est trop imprécis dans l'avis d'appel à la concurrence¹⁴⁷, mais aussi, dans l'avenir, annuler le marché pour ce motif même lorsqu'il n'y a pas d'avis d'appel à la concurrence formel – par exemple dans toutes les formes de publicité – ou après une analyse *in concreto* des mesures d'évaluation prises en amont de la commande.

992. La deuxième étape est la « *publicité et la mise en concurrence* ». Ces procédures qui découlent directement des principes d'égalité et de libre concurrence – ou de « mise en égale concurrence »¹⁴⁸ – peuvent s'appliquer, au-delà des marchés publics, à toute la commande publique. Mais il faut pour cela qu'ils soient compris comme pouvant être adaptés selon l'objectif recherché. L'adaptation des mesures de publicité à l'importance et au secteur de la commande et celle des mesures de mise en concurrence aux acteurs du marché fait partie de cette recherche d'efficacité. Nul n'est besoin d'ouvrir une procédure longue, complexe et, de ce fait, chère, pour répondre à un besoin simple ou spécialisé. Il n'est pas nécessaire de montrer à quel point on voit aussi la manifeste recherche d'efficacité dans les procédures « d'appel d'offres sur performance » des codes de 1964 et 2001, remplacée par celle de « dialogue compétitif » du Code de 2004¹⁴⁹. Pour ce qui concerne la simple publicité tout autant que la mise en concurrence, on peut aussi faire référence aux réformes tendant à la dématérialisation des marchés. Ces mesures visent en effet clairement à plus d'efficacité en ce qu'elles permettent une meilleure publicité – plus complète, plus facile d'accès, voire plus européenne –, à des réponses aux marchés plus nombreuses du fait de cette bonne publicité et à la facilité de répondre, cela pour un coût bien moindre, voire insignifiant¹⁵⁰.

(agrandissement des travaux, supplément de fournitures) qui obligera à une nouvelle passation coûteuse.

¹⁴⁷ Cf. pour une annulation sur ce fondement CE 29 décembre 1997, *Département de Paris*, rec. p. 503, req. n° 159693 : « *considérant que, eu égard à l'imprécision de la description de l'objet du marché dans l'avis d'appel à candidature, le département de Paris ne peut être regardé comme ayant satisfait aux obligations de publicité prévues à l'article 108 ter du Code des marchés publics [...]* ». On remarquera qu'en l'absence de principes posés comme dans l'article 1^{er}, c'est l'inadaptations de « mesures de publicité » qui est utilisé comme moyen pour ne pas annuler le jugement d'annulation du marché.

¹⁴⁸ Cf. *supra* 2^e partie, Titre 1^{er}, chapitre 1^{er}

¹⁴⁹ Articles art 24, 36 et 37 des deux Codes notamment. On peut y ajouter la procédures de conception-réalisation de l'article 37 qui a elle aussi un objectif d'optimisation de la procédure dans une situation particulière.

¹⁵⁰ Le souci de dématérialisation de toutes les phases de la commande publique est spécialement prégnant dans les codes de 2001 et 2004 (l'article 56 lui est consacré) comme dans les directives communautaires 2004/17 et 2004/18 (où elles prennent le nom de « procédures électroniques, cf. considérants 12 à 15, 37 et articles 54 et annexe X de la directive 2004/18 notamment). Comme le remarquait déjà F. LINDITCH « Le secret des offres à l'épreuve des nouvelles techniques de

993. La troisième étape, celle d'un « choix de l'offre économiquement la plus avantageuse »¹⁵¹, parachève cette recherche d'efficacité. Le substantif utilisé laisse ouverte les interprétations : soit il faut entendre une nécessité de rechercher un *optimum* économique, c'est-à-dire la meilleure utilisation possible de l'argent public, soit il faut comprendre plus simplement « le moins-disant » ou « le mieux-disant ». La première interprétation de cette exigence de « l'offre économiquement la plus avantageuse » comme la recherche de l'*optimum* semble la plus juste au regard des dernières évolutions. En effet, même s'il ne s'applique qu'aux marchés publics au sens strict, l'article 53 du code de 2004 qui précise les critères de choix et le classement des offres montre la multiplication des éléments à prendre en compte pour ce meilleur choix et le dépassement du simple « mieux-disant » qui est d'ores et déjà opéré¹⁵². De même, l'inversion du principe pour ce qui concerne les variantes va dans ce sens : là où le Code de 1964 interdisait les variantes sauf dispositions contraires, elles sont aujourd'hui la règle sauf « disposition expresse contraire figurant dans l'avis d'appel public à la concurrence »¹⁵³. On est bien, même dans cette dernière phase du choix, dans la recherche d'une efficacité économique.

La méthode en trois phases proposée par le Code et le Conseil constitutionnel correspond donc bien à la recherche d'une efficacité économique qui ressortait des objectifs : une meilleure définition pour adapter le résultat final et éviter les appels infructueux ou inadaptés, une meilleure adaptation des procédures aux caractéristiques et à l'importance de la commande et un choix raisonné dépassant le « mieux-disant » en allant plus loin que le meilleur choix au meilleur prix. L'*optimum* consiste donc à bien fixer ses objectifs afin d'avoir l'offre adéquate la meilleure et la moins chère après une procédure adaptée.

3) Les difficultés d'un principe d'efficacité économique

994. Concrètement, cette approche des procédures sous l'angle d'une certaine efficacité économique n'est pas sans poser une série de problèmes en ce qu'elle nécessite des compétences et une adaptabilité qui ne font pas partie des traditions de la commande publique.

communication », *Marchés publics*, avril 1989, pp. 51-52, il ne fait pas négliger les coûts que représente la mise en place de l'administration électronique notamment en terme de confidentialité des offres.

¹⁵¹ On ne saurait limiter cette expression au Code des marchés publics ou au droit interne, elle se retrouve aussi à l'article 53 de la directive 2004/18 « secteurs classiques » qui distingue deux critères d'attribution des marchés : soit « uniquement le prix le plus bas », soit « l'offre économiquement la plus avantageuse ».

¹⁵² « II.- Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, la personne publique se fonde sur divers critères variables selon l'objet du marché, notamment le coût d'utilisation, la valeur technique de l'offre, son caractère innovant, ses performances en matière de protection de l'environnement, le délai d'exécution, les qualités esthétiques et fonctionnelles, le service après-vente et l'assistance technique, la date et le délai de livraison, le prix des prestations. D'autres critères peuvent être pris en compte, s'ils sont justifiés par l'objet du marché. »

¹⁵³ Article 50 du Code des marchés publics de 2004. (La solution inverse prévoyant la nécessité d'une autorisation expresse découlait des articles 95 bis qui ajoutait la possibilité de variante lorsque le projet prévoyait en même temps une solution conforme à l'appel d'offre, 97 ter, 297 bis, 300, 375, 380, 389 et 397 de la dernière version du Code de 1964)

995. La première difficulté porte sur la compétence des agents des commanditaires pour estimer leurs besoins. Dans les petites structures administratives (petites communes, universités...), il est difficile de bénéficier d'une compétence à la fois technique et juridique parce que trop chère. Dans les grandes structures administratives, l'estimation des besoins est forcément faite par une personne qui est plus éloignée de l'utilisateur. Ces deux situations posent en réalité le même problème de *l'assistance à maîtrise d'ouvrage* ou autres *marchés de définition* : ils ont un coût qui pèse sur l'efficacité du marché. Ainsi, si la recherche d'une prestation moins chère, rapide et adaptée nécessite des prestations pour évaluer les besoins, mener la procédure et estimer le bon choix, ces coûts en temps et argent public doivent être ajoutés au calcul de l'efficacité du marché. Ce sont d'ailleurs ces considérations qui conduisent à développer la coordination, les groupements de commande et les centrales d'achat¹⁵⁴ qui permettent de développer les synergies et, de ce fait, réduire les coûts et augmenter l'efficacité¹⁵⁵.

Il ne faut pourtant pas négliger les atteintes que la recherche de l'efficacité pourrait faire aux autres principes de la commande publique. Ainsi, on peut craindre des atteintes au principe d'égalité dans le cadre de procédures négociées – donc théoriquement plus efficaces – dans la mesure où la recherche d'une solution adaptée peut mener à des différences de traitement injustifiées et difficiles à prouver. C'est cette crainte d'une atteinte à l'égalité par la référence à « l'efficacité » que l'on rencontre d'ailleurs au 6^e considérant de la décision du Conseil constitutionnel à propos de la Loi MURCEF lorsqu'il s'agissait de savoir si la recherche de l'efficacité pouvait avantager certaines catégories d'opérateurs économiques, en l'espèce les entreprises coopératives et associatives notamment¹⁵⁶. De même, on peut craindre dans le même cadre à des atteintes à la liberté d'accès par un recours systématique à des entreprises qui, à la suite de plusieurs négociations, deviendraient de véritables partenaires commerciaux des commanditaires. Enfin, les marchés de définition, l'assistance à maîtrise d'ouvrage ou le développement de procédures négociées sont toutes complexes et difficilement lisibles par les tiers et notamment – ce qui n'est pas le moindre des paradoxes au regard de l'article 14 de la Déclaration – par les contribuables. Cela peut par conséquent apparaître comme des atteintes à la transparence et engendrer des soupçons de malversations.

996. C'est vraisemblablement pour l'ensemble de ces raisons que le principe d'efficacité n'est pas reconnu expressément aujourd'hui en tant que principe de la

¹⁵⁴ Il n'est qu'à constater les évolutions sur ce point entre les Code des marchés publics de 2001 et de 2004 (art. 7 à 9 notamment), *cf. infra*.

¹⁵⁵ On peut seulement avoir un doute quant à l'intérêt de ces procédures pour améliorer l'estimation des besoins par les commanditaires, elles doivent au contraire bien souvent adapter leurs besoins aux « catalogues » (comme c'est le cas pour l'UGAP). En soi, cette contrainte fait fortement diminuer l'efficacité de cette forme de passation.

¹⁵⁶ Décision n° 2001-452 du 6 décembre 2001, *Loi MURCEF* : « 6. Considérant que le législateur peut, dans le but de concilier l'efficacité de la commande publique et l'égalité de traitement entre les candidats avec d'autres objectifs d'intérêt général inspirés notamment par des préoccupations sociales, prévoir un droit de préférence, à égalité de prix ou à équivalence d'offres, en faveur de certaines catégories de candidats ; que, s'il lui est également loisible, dans le même but, de réserver l'attribution d'une partie de certains marchés à des catégories d'organismes précisément déterminées, il ne saurait le faire que pour une part réduite, pour des prestations définies et dans la mesure strictement nécessaire à la satisfaction des objectifs d'intérêt général ainsi poursuivis ; »

commande publique, bien qu'il parcoure ces contrats depuis longtemps. C'est pourtant le rapprochement, dans la notion de commande publique, des anciennes personnes publiques et de personnes privées ayant des méthodes plus commerciales qui met l'efficacité plus en avant aujourd'hui que jamais auparavant... mais c'est peut-être aussi ce qui apparaît à certain comme une « privatisation » qui conduit à ne pas le reconnaître. L'absence de formulation de ce principe en droit communautaire va aussi dans ce sens.

B) L'efficacité dans la commande publique en droit communautaire : le principe de proportionnalité

997. Le principe de proportionnalité¹⁵⁷ est un « principe général du droit communautaire » reconnu comme tel par la Cour de justice depuis 1980¹⁵⁸ mais utilisé pas celle-ci depuis 1956¹⁵⁹. Il n'était formulé dans aucun des trois traités originaires¹⁶⁰, mais il a été consacré par le Traité de Maastricht et repris aujourd'hui dans le texte de l'article I-9 du projet de Constitution pour l'Europe et dans un protocole de son Titre IV qui lui est expressément consacré¹⁶¹. Ce principe qui impose que « le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs de la Constitution » n'est pas limité au niveau constitutionnel, il s'applique au contraire à tous les niveaux, dans tous les domaines¹⁶² et à toutes les autorités du droit communautaire¹⁶³. Il a pour objet de

¹⁵⁷ Cf. Sur ce point L. CARTOU, J.-L. CLERGERIE, A. GRUBER, P. RAMBAUD, *L'union européenne*, Paris, Dalloz coll. Précis, 4^e ed. 2002, 741 pp. spé. n° 276-277 ; L. DUBOIS et C. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien coll. Domat droit public, 2^e ed. 2002, 600 pp. spé. n° 396 ; J. BOULOIS, R.-M. CHEVALLIER, D. FASQUELLE et M. BLANQUET, *Les grands arrêts de la jurisprudence communautaire*, Paris, Dalloz ed. coll. Grands Arrêts, Tome 2, 5^e ed. 2002, 748 pp. spé. n° 48-14 et 48-15.

¹⁵⁸ Depuis CJCE 18 mars 1980, *Spa Ferriera Valsabbia et autres c/ Commission des communautés européennes. Ronds à Béton*. Aff. Jointes. 154, 205, 206, 226 à 228, 263 et 264/78, 39, 31, 83 et 85/79, rec. 1980 p. 907 ; et notamment points 91 à 120.

¹⁵⁹ CJCE 26 novembre 1956, *Fédération charbonnière de Belgique c/ Haute autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier*, aff. 8/55, rec. 1955 p. 201 et 291. Ce principe avait alors une appréciation particulière dans le cadre de la CECA.

¹⁶⁰ On a pu toutefois trouver l'origine du principe de proportionnalité dans le cadre de la PAC. L'article 34 (ex-40) du Traité prévoit en effet (et notamment 34-2, al. 2) que l'action des autorités communautaires doit se limiter à la poursuite des objectifs de l'article 33.

¹⁶¹ Article I-9 1) : « Le principe d'attribution régit la délimitation des compétences de l'Union. Les principes de subsidiarité et de proportionnalité régissent l'exercice de ces compétences » et I-9 4) : « En vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs de la Constitution. » À cela il faut ajouter le « protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité » en Partie IV de la Constitution.

¹⁶² Comme l'a souligné le Conseil européen d'Édimbourg des 11 et 12 décembre 1992 (*Bull. CE 12/92*, points 1 à 3) ce principe s'applique aussi bien aux compétences concurrentes qu'aux compétences exclusives de la communauté. On en retrouve par exemple des applications en matière d'interdiction de mesures d'effet équivalent (ex. *in* L. DUBOIS et C. BLUMANN, *Op. Cit.* n° 396) ; en matière de cautionnement, de mesures de sauvegarde ou de force majeure (ex. *in* J. BOULOIS, R.-M. CHEVALLIER, D. FASQUELLE et M. BLANQUET, *Les grands arrêts... Op. Cit.* n° 48-15).

circonscrire les compétences de l'Union en limitant son action à ce qui est nécessaire pour répondre aux objectifs qu'elle s'est ou qu'on lui a assigné. Entendu largement par la Cour de justice, il s'assimile donc non seulement à une forme de principe « d'adéquation des mesures aux effets recherchés », mais même à une obligation de rechercher les mesures les moins contraignantes¹⁶⁴.

C'est cette dernière interprétation qui a, en droit de la commande publique, les implications les plus intéressantes et les plus proches d'une recherche d'efficacité économique. En effet, la recherche de mesures appropriées, c'est-à-dire de contrats répondant le mieux aux besoins, doit, en application de ce principe, se faire selon la mesure la moins contraignante, c'est-à-dire selon la procédure de passation la moins lourde possible. On retrouve sur ce point la recherche d'efficacité du droit interne dans le choix de la publicité ou de la mise en concurrence adaptée.

998. Ce principe a d'ailleurs été reconnu récemment en droit communautaire des marchés et des concessions. Absent des directives de 1992 et 1993, il se retrouve dans les considérants et le corps du texte de celles de 2004. Son affirmation dans les considérants des deux directives au sein des principes du Traité applicables au marché confirme son importance en la matière¹⁶⁵, mais il est vrai que les implications qui lui sont reconnues sur les procédures sont très réduites. Elles se limitent à la nécessité d'adapter l'étendue des informations et les niveaux minimaux de capacité exigés des soumissionnaires¹⁶⁶. Pour ce qui concerne les concessions, la *communication interprétative* les concernant du 12 avril 2000 contient un point spécialement sur ce principe¹⁶⁷ mais qui ne constitue en réalité qu'une explication *a priori* de l'intégration de ce principe dans les directives de 2004, sauf sur le point important de la durée des concessions. Elle insiste en effet sur le lien qui existe entre ce principe et la nécessité de garder un lien entre la durée de la concession et celle de l'amortissement de l'investissement auquel s'ajoute la

¹⁶³ L'importance que prend ce principe se fait montre par exemple dans le fait que toutes les propositions législatives de la Commission doivent contenir une justification au regard de ce principe (protocole précité, point 4).

¹⁶⁴ La définition donnée par le point 21 de l'arrêt CJCE du 11 juillet 1989, *Hermann Schröder HS Kraftfutter GmbH & Co. KG c/ Hauptzollamt Gronau*, dit *Schröder*, aff. 265/87, rec. 1989 p. 2237 montre cette interprétation : « [en application du principe de proportionnalité] lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante, et que les charges imposées ne doivent pas être démesurées par rapport aux buts visés. ». Point repris ensuite dans TPI, 19 juin 1997, *Air Inter SA c/Commission des Communautés européennes*, aff. T-260/94, rec. 1997 p. II-997, point 144.

¹⁶⁵ Directive 2004/18 « secteurs classiques », considérant 2^e : « La passation de marchés conclus dans les États membres [...] doit respecter les principes du traité, notamment les principes de la libre circulation des marchandises, de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services, ainsi que les principes qui en découlent, comme l'égalité de traitement, la non-discrimination, la reconnaissance mutuelle, **la proportionnalité** et la transparence. » & directive 2004/17 « secteurs spéciaux » considérant 9^e : « [...] à savoir le principe d'égalité de traitement, dont le principe de non-discrimination n'est qu'une expression particulière, le principe de reconnaissance mutuelle, le principe de proportionnalité, ainsi que le principe de transparence. »

¹⁶⁶ Cf. notamment l'article 44 à propos de la vérification de l'aptitude des, point 2, 2^e alinéa : « L'étendue des informations visées aux articles 47 et 48 ainsi que les niveaux minimaux de capacités exigés pour un marché déterminé doivent être liés et proportionnés à l'objet du marché. »

¹⁶⁷ Il s'agit du point 3.1.3 de la *Communication interprétative de la commission sur les concessions en droit communautaire* du 12 avril 2000

rémunération des capitaux investis ; faute de quoi le monopole légal issu de la concession porterait une atteinte disproportionnée à la concurrence¹⁶⁸.

999. Tel qu'il est aujourd'hui interprété, le principe de proportionnalité induit certains des effets du principe d'efficacité de la commande publique tel qu'il ressort du Code des marchés publics et de la Décision 473 DC du Conseil constitutionnel, mais il ne peut pas y être assimilé. En effet, si l'on peut considérer qu'il conduit à une optimisation des procédures en fonction du marché, c'est-à-dire par exemple au recours à des procédures négociées pour des marchés complexes techniquement ou à des publicités adaptées au marché pertinent, ce principe ne contient pas les autres aspects de l'efficacité en droit français¹⁶⁹. Ainsi, il semble qu'il faudrait faire une interprétation spécialement large du principe de proportionnalité pour en tirer une nécessité de définition préalable des besoins, voire celui d'un choix économiquement le plus avantageux. Il n'est cependant pas exclu que le droit communautaire impose ces exigences sur d'autres fondements et que la double tendance interne et communautaire conduise à reconnaître officiellement un « principe d'efficacité dans la commande publique ».

¹⁶⁸ La communication se fonde sur l'arrêt du TPI du 8 juillet 1999, affaire T-266/97, *Vlaamse Televisie Maatschappij NV c/ Commission*, point 108. Si le fond paraît spécialement adapté, remarquons toutefois que l'arrêt en question se fonde sur les articles 90 et 52 du Traité et ne cite pas le principe de proportionnalité.

¹⁶⁹ Notons toutefois que « le principe de proportionnalité s'impose aux autorités nationales lorsqu'elles ont à appliquer le droit communautaire » comme le précise de point 27 de l'arrêt CJCE 27 octobre 1993 *Dr Pamela Mary Enderby c/ Frenchay Health Authority et Secretary of State for Health*, aff. C-127/92, rec. 1993 p. I-5535. Il s'en suit que cette obligation de proportionnalité des procédures s'applique, sur le fondement du principe communautaire, directement aux procédures internes.

SECTION 2^E :

LES PRINCIPES ENVIRONNEMENTAUX

1000. Des deux principes fondateurs de *libre* et *égale* concurrence, comme de ceux de *transparence* et *d'efficience*, on peut aisément tirer une vision de la commande publique comme étant un droit d'encadrement contraignant, visant à la création d'un marché concurrentiel. Tous ces principes sont des principes libéraux que l'on rencontre dès lors que l'on est en présence d'un marché économique que l'on entend réguler. Tel n'est pas le cas des principes environnementaux. Les contraintes écologiques semblent même s'opposer aux contraintes économiques ; elles ne participent pas du marché libre, elles en sont un élément perturbateur. Pourtant, la contradiction est plus apparente qu'absolue. Les principes libéraux qui régulent le marché comme les principes environnementaux se concrétisent en effet par des contraintes sur le marché. La différence porte essentiellement sur le fait que les principes libéraux doivent être limités pour ne pas détruire le marché alors que les principes environnementaux doivent être conciliés avec les principes libéraux. Les premiers ont une contradiction interne, les seconds une opposition externe, mais tous deux se traduisent de façon comparable¹⁷⁰.

1001. Cette opposition des principes libéraux et environnementaux est la raison pour laquelle les premières directives communautaires sur les marchés publics n'ont pas intégré les considérations environnementales ; pas plus que ne le faisait à l'époque le Code des marchés publics français dont est tirée une partie importante des directives communautaires. C'est le développement récent du droit de l'environnement et la mise en place de ses principes (§ 1^{er}) qui est la raison de l'importance prise par les principes du droit de l'environnement comme élément constitutif de la commande publique (§ 2^e).

§ 1^{er} : Le développement des principes de protection de l'environnement

1002. Le droit de l'environnement a une nature particulière : il est un droit qui a une unité en lui-même et des principes qui le guide mais aussi une dimension transversale forte qui le conduit à s'incorporer, à s'adapter pour se fondre dans différentes autres branches du droit. Son développement propre s'est par conséquent retrouvé dans

¹⁷⁰ La Commission européenne écrit dans sa « *Communication interprétative de la Commission sur le droit communautaire applicables aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés* » du 28 novembre 2001, 2001/ C 333/07, COM(2001) 274 final que « *Il n'existe pas de contradiction fondamentale entre la croissance économique et le maintien d'un niveau de qualité environnementales acceptable* ». Les nuances de cette phrase nous montrent, *a contrario*, qu'il existe des contradiction entre l'environnement et la croissance économique ; d'autant que le niveau environnemental visé n'est même pas un optimum mais un niveau « acceptable ».

l'ensemble des droits qu'il irrigue et notamment dans le droit de la commande publique. Son influence en cette matière est double puisque ce sont les principes du droit de l'environnement qui se trouvent pris en compte, ce qui induit secondairement des modifications des procédures de passation. La difficulté en la matière est que le développement du droit de l'environnement s'est fait en parallèle en droit international, européen et interne (A), ce qui n'est pas sans poser le problème de la valeur de ces principes, même si dans l'ensemble ils ont au moins la même consistance pour ceux qui concernent le droit de la commande publique (B).

A) Les sources des principes du droit de l'environnement

1003. Le droit de l'environnement est soumis, en parallèle, à l'évolution de nombreuses sources qui avancent chacune un certain nombre de principes visant à donner un sens ou une assise juridique particulière aux règles précises qu'elles édictent. Il en est ainsi aussi bien du droit international (1) que du droit communautaire (2) ou bien entendu du droit français (3)

1) Les principes internationaux du droit de l'environnement

1004. Le droit international de l'environnement est une matière récente¹⁷¹ qui est en expansion constante depuis le début des années 1970¹⁷². Beaucoup des règles du droit international de l'environnement sont des mesures sectorielles de protection ; elles ont pour objectif de protéger les espaces maritimes¹⁷³, les eaux douces¹⁷⁴, la faune ou la

¹⁷¹ Cf. sur ce point L. LUCCHINI et D. GABRIEL, « Sources du droit international », fascicule 110 du Jurisclasseur Environnement (1993 & MAJ 2003). Si l'on peut noter de premières conventions à la fin du XIX^e siècle (notamment des Traités contre le phylloxera de Berne du 19 juillet 1878 ou du 3 novembre 1881 ; des Traités de Berne du 9 décembre 1868 et de Lucerne du 18 mai 1887 sur la pêche dans les affluents du Rhin ou un Traité du 5 novembre 1892 relatif à la pêche dans les eaux frontières), la multiplication des traités, mais aussi des jurisprudences, commence au début des années 1970 continue encore aujourd'hui.

¹⁷² La consultation de tables chronologiques de traités est particulièrement édifiante à cet égard. On trouvera de telles tables (chacune manifestement incomplètes puisque les trois nous apparaissent en grande partie comme complémentaires) in Ph. SANDS, *Principles of international environmental Law, vol. I, Frameworks, standards and implementation*, Manchester and New-York, Manchester University Press, 1994, 774 pp., spé. pp. xix à xl jusqu'en 1993 ; C. DOMMEN et Ph. CULLET, *Droit international de l'environnement. Textes de bases et références*, London-The Hague-Boston, Kluwer law International, 1998, 814 pp. spé. pp. 771-790 jusqu'en 1997 & P. W. BIRNIE et A. E. BOYLE, *International Law & The environment*, Oxford New-York, Oxford university Press, 2d ed. 2002, 798 pp, spé. pp. xxii à xxx jusqu'en 1998.

¹⁷³ La création de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime (OMCI) en 1940, devenu l'organisation maritime internationale (OMI) en 1982 a pour objectif le développement de normes internationales contre la pollution par les navires. La protection des espaces maritimes a ainsi porté sur la protection contre les marées noires (convention de Londres du 12 mai 1954 puis, après le Torrey Canyon en 1967) ou des conventions sur la pêche (Genève du 29 octobre 1958, ou accord des nations unies du 4 août 1995). Aujourd'hui, les conventions internationales en cette matière démontrent la volonté d'une approche globale de ce milieu comme tend à la prouver la

flore, notamment sous l'angle de la diversité biologique¹⁷⁵, l'atmosphère et l'espace¹⁷⁶. D'autres ont des assiettes géographiques comme la protection zones polaires ou d'autres régions du globe¹⁷⁷. Très peu parmi ces conventions font référence à des principes communs, mais un certain nombre d'autres conventions ont tenté de reconnaître en la matière des « principes » du droit international¹⁷⁸.

1005. Il en est notamment ainsi de deux Traités issus de conférence internationales relatives à la protection de l'environnement organisées par les Nations Unies¹⁷⁹ : la première est la Conférence de Stockholm qui a abouti à la *Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement* du 16 juin 1972¹⁸⁰, la seconde est la *Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement* du 14 juin 1992¹⁸¹. Toutes deux se présentent en respectivement 26 et 27 « principes » dans lesquels on retrouve pour l'essentiel ceux que l'on trouve aussi en droit interne ou communautaire. Le droit à un environnement de qualité y est même reconnu comme un droit de l'homme¹⁸². Leur nature de *droit mou* (ou

champ d'application de la convention sur le droit de la mer de Montego Bay du 10 décembre 1982 en vigueur depuis 1994.

¹⁷⁴ Il s'agit aussi bien de la protection des cours d'eau, des lacs que des eaux souterraines. On se référera par exemple à la *Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontière et des lacs internationaux* de Helsinki adoptée le 17 mars 1992 (en vigueur le 6 octobre 1996) ou à la *Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation* de New-York du 21 mai 1997 adopté par la Commission du droit international et incitant à des accord régionaux.

¹⁷⁵ Cette protection se réalise par des centaines de traités ponctuels visant à la protection de telle ou telle espèce dans telle ou telle zone géographique (Îles Galapagos, Serengeti) mais aussi grâce à quelques traités mondiaux comme la *Convention pour la protection du patrimoine mondial, culturel et naturel* de 1972, la *Convention de Ramsar relatives aux zones humides d'importance internationale particulièrement comme habitant des oiseaux d'eau* du 2 février 1971 ou la *Convention sur le commerce international des espèces de faune et de flore sauvages menacées d'extinction* signée à Washington le 3 mars 1973.

¹⁷⁶ On pense notamment à la *Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone* du 22 mars 1985 et à la *Convention de Genève sur la pollution atmosphérique transfrontalière à longue distance* du 13 novembre 1979 et à ses nombreux Protocoles.

¹⁷⁷ Notamment le Traité de Washington du 1^{er} décembre 1959 sur l'Antarctique et son protocole de Madrid de 1991.

¹⁷⁸ Nous nous garderons de rentrer dans les controverses doctrinales à propos de l'existence ou de la nature des « principes généraux de droit » que l'on trouve à l'article 38 du statut de la Cour internationale de justice, ou de celles des principes généraux du droit international ; les principes dont il est question ici n'ont pour champ d'application que celui déterminé par les conventions qui les reconnaît. On peut pourtant estimer que les principes environnementaux sont au moins en voie de devenir des principes « reconnus par les nations civilisées ». Sur cette notion, Cf. J. COMBACAU et S. SUR, *droit international public*, Paris, *Montchrestien* coll. Domat droit public, 5^e ed. 2001, 812 pp. spé. pp. 105-108 ; P.-M. DUPUY, *Droit international public*, Paris, *Dalloz* ed. 6^e ed. 2002, 788 pp. spé. n° 328-339.

¹⁷⁹ On notera parmi les sources du droit international de l'environnement la place des organisations internationales, et notamment de celles liée à l'ONU : UNESCO, PNUD, CNUEH, FAO, mais aussi l'OMS, AIEA. Cf. D. GABRIEL et L. LUCCHINI, « Organisations internationales », *Jurisclasser environnement*, fasc. 111

¹⁸⁰ Aussi appelée Déclaration de Stockholm du 16 juin 1972, ONU doc. A/CONF.48/Rev. 1, 1972 ; RGDIP, vol. 77, 1973 p. 350 ; *Rev. Marc. Commun et de l'Union Eur.* n° 365, 1993, p. 134 (extraits)

¹⁸¹ Déclaration de Rio du 14 juin 1992, ONU Doc. A/CONF.151/26/Rev.1, (vol. I), annexe 2 ; RGDIP, vol. 96, 1992, p. 975, *Rev. Marc. Commun et de l'Union Eur.* n° 365, 1993, p. 132 (extraits)

¹⁸² Le Principe 1 de la Déclaration de Stockholm précise en effet : « L'homme a un droit fondamental à la liberté, à l'égalité et à des conditions de vie satisfaisante, dans un environnement dont la qualité lui permette de vivre dans la dignité et le bien être. [...] ».

Soft Law) lié à leur caractère non contraignant a depuis 1972 été fortement nuancé par la reconnaissance de certains de ces principes comme étant des *coutumes internationales*, ce qui en fait des normes internationalement sanctionnables¹⁸³.

1006. À ces sources écrites et ces principes, il faut aussi ajouter la jurisprudence internationale¹⁸⁴. L'un des premiers arrêts du droit international de l'environnement concerne un contentieux entre les États-Unis et le Royaume-Uni à propos dans l'affaire de la Fonderie de Trail. À partir de 1896 une fonderie au Canada a émis des substances sulfureuses jusqu'aux États-Unis, cet État a alors demandé réparation au Royaume-Uni puis au Canada. Dans la décision de l'*International Joint Commission* du 7 août 1928 comme dans la sentence arbitrale de 1941, le Canada est condamné à payer une indemnité sur le fondement d'une *due diligence* que l'on a du mal à ne pas comparer aujourd'hui à un principe du pollueur payeur.

Le droit international se développe donc nettement dans le sens d'une reconnaissance rapide non seulement d'un corpus de règles de droit de l'environnement de plus en plus nombreuses, mais en plus vers le développement de principes internationaux du droit de l'environnement. Sur point, on peut penser que le droit communautaire saura apporter sa propre expansion dans les traités à venir dans la mesure où ses instances participent de plus en plus aux traités internationaux sur l'environnement¹⁸⁵.

2) Les principes européens du droit de l'environnement

¹⁸³ Cf. C. DOMMEN et Ph. CULLET, *Droit international de l'environnement. Textes de bases et références*, London-The Hague-Boston, *Kluwer law International*, 1998, 814 pp. spé. p. 2. Ces auteurs montrent par ailleurs que certains de ces principes – qui nous intéressent moins directement – ont été confirmés par d'autres textes (principes 7 et 21). Pour le développement des sanctions cf. A. KISS *et alii*, Centre d'étude et de Recherches Internationales et communautaires – Université Aix-Marseille III, *L'effectivité du droit international de l'environnement*, Paris, *Claude imperiali ed. & economica*, 1998, 291 pp. La conclusion de ces recherches est toutefois une faible effectivité du droit international de l'environnement et la nécessité de développer une effectivité par l'incitation et les aides techniques ou financières en plus, voire en lieu et place, des sanctions proprement dites. Preuve en est les constatations faites sur le retard pris dans les engagements du sommet de Rio à la conférence de Johannesburg sur le développement durable en 2002.

¹⁸⁴ Qualifié par le statut de la Cour internationale de justice de « *moyen auxiliaire de détermination des règles de droit* » (art. 38).

¹⁸⁵ M.-P. LANFRANCHI, « Les effets de l'adhésion de la Communauté européenne aux conventions internationales », in A. KISS *et alii*, Centre d'étude et de Recherches Internationales et communautaires – Université Aix-Marseille III, *L'effectivité du droit international de l'environnement*, Paris, *Claude imperiali ed. & economica*, 1998, 291 pp., spé. pp. 255-269

1007. Le droit communautaire¹⁸⁶ a lui aussi connu une extension particulièrement forte de son droit de l'environnement¹⁸⁷. Les Traités originels ne contenaient pas de dispositions spécifiques au droit de l'environnement, ce dernier apparaissant comme inapproprié à l'objectif d'un marché commun essentiellement libéral. La véritable prise en compte de cette préoccupation date du Traité de Maastricht qui crée les articles 130 R à T constituant le Titre XVI du Traité CE intitulé « environnement ». Ces articles fixent les objectifs poursuivis par la Communauté dans la politique de l'environnement, les principes applicables et les procédures à suivre. Devenus les articles 174 à 176 du Traité CE après le Traité d'Amsterdam – et III-129 à III-131 du Traité de Constitution pour l'Europe –, ils sont intéressants à un double égard.

Le premier est la reconnaissance d'une série de principes qui guident la politique de l'environnement, désormais officiellement fondée sur « *les principes de précaution et d'action préventive, sur le principe de la correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement et sur le principe du pollueur-payeur* ». ¹⁸⁸ On retrouve, comme en droit international et, on le verra, comme en droit interne, la volonté de principes fondateurs. Cette liste prend pourtant toute son importance par un deuxième aspect : la recherche d'effectivité du droit de l'environnement en droit communautaire.

1008. Cette recherche d'effectivité a été symboliquement marquée avec le Traité d'Amsterdam qui a déplacé d'un des paragraphes de l'article 130 R¹⁸⁹ pour le recodifier non pas à l'article 174 mais à l'article 6 du Traité CE¹⁹⁰ ; puis par le Traité de Nice, cet article ayant depuis été repris à l'article 37 – intitulé « protection de l'environnement » – de la *Charte des droits fondamentaux de l'Union* dont on sait qu'elle constitue la deuxième partie du *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*¹⁹¹. Ces articles

¹⁸⁶ Ce qui n'est pas le cas de la Convention européenne des droits de l'homme qui ne contient pas expressément de dispositions reconnaissant un droit de l'environnement. Son existence a pourtant été clairement reconnu par la Cour européenne des droits de l'homme mais les fondements retenus ne semblent pas adaptés à tous les aspects que peuvent prendre les considérations environnementales dans le cadre de la commande publique : la Cour l'a en effet rattaché au « respect de son domicile ainsi que de sa vie privée et familiale » (CEDH 9 décembre 1994, *López-Ostra c/ Espagne*, n° 41/1993/436/515, spé. §§. 51 et 55 ; CEDH 19 février 1998, *Guerra et autres c/ Italie*, n° 116/1996/735/932, spé. §§. 53 et 60 ; et CEDH, 2 octobre 2001, *Case of Hatton and Others c/ The United Kingdom*, n° 36022/97, spé. §. 97) et au droit à la vie (CEDH 18 juin 2002, *Önerildiz c/ Turquie*, n° 48939/99, spé. §. 64) Cf. aussi M. DÉJEANT-PONS, « Le droit de l'homme à l'environnement, droit fondamental au niveau européen dans le cadre du Conseil de l'Europe et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *RJE*, 1994, n° 4, p. 373

¹⁸⁷ Pour une approche globale sur ce sujet, jusqu'en 1997 au moins, cf. P. THIEFFRY, *Droit européen de l'environnement*, Paris, Dalloz ed. 1998, 275 pp. et, du même auteur, *Jurisclasseur environnement*, fasc. 120, 122 et 123.

¹⁸⁸ Art 130 R point 2 ; devenu 174 point 2 du Traité CE, à l'identique dans l'article III-129 point 2 du Traité établissant une Constitution pour l'Europe.

¹⁸⁹ La fin du premier alinéa du 2. de l'article 130 R devenu 174.

¹⁹⁰ Cet article stipule : « *Les exigences de la protection de l'environnement doivent être intégrées dans la définition et la mise en œuvre des politiques et actions de la Communauté visées à l'article 3, en particulier afin de promouvoir le développement durable* ». Notons que l'article 3 comporte un « *l) une politique dans le domaine de l'environnement* » qui montre la compétence de la Communauté en la matière

¹⁹¹ « Article II-37: Protection de l'environnement. Un niveau élevé de protection de l'environnement et l'amélioration de sa qualité doivent être intégrés dans les politiques de l'Union et assurés conformément au principe du développement durable. » On notera les différences de rédactions, dues

constituent une officialisation de l'ensemble de l'esprit du droit de l'environnement tel que cela a été vu au début de ce paragraphe : il est à la fois une matière qui cherche une autonomie et une unité, notamment par la référence à des principes propres, mais aussi une matière qui n'a de sens que prise en compte dans l'ensemble des autres politiques. Cette approche permet de considérer que les principes « du droit de l'environnement » sont non seulement des principes généraux mais qu'en plus ils s'appliquent spécialement dans telle ou telle matière. Ils sont en quelque sorte « incorporés » dans ces matières comme des principes qui doivent y prendre une forme en tout état de cause particulière parce que résultant de conciliations avec les autres principes de la matière. C'est ainsi que l'on peut considérer que les principes du droit de l'environnement sont partiellement des principes de la commande publique en ce qu'ils y prennent une forme particulière, fonction des autres principes de la commande publique.

1009. La Commission a pris conscience de la nécessité d'incorporer dans les directives régissant le droit des marchés publics les considérations environnementales, mais elle a aussi rapidement pris en compte les difficultés que cela représentait du fait de la différence d'esprit qui existait entre les principes déjà reconnus et les préoccupations de préservation de la nature. La *Communication interprétative de la Commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés* du 5 juillet 2001 montre bien le souci d'équilibre et d'appropriation des principes du droit de l'environnement par la commande publique¹⁹². Si elle pose les bases, on retrouve aujourd'hui dans les directives 2004/17 et 2004/18 non seulement l'esprit, mais également des dispositions qui vont encore plus loin¹⁹³.

À cette extension telle qu'on la remarque dans les textes s'est ajouté un renforcement de ces principes par la Cour de justice qui contrôle le respect de ces principes par les mesures adoptées au titre de la politique de l'environnement ; même si ce contrôle est limité à celui de l'erreur manifeste d'appréciation, contrôle on ne peut plus logique au regard de la conciliation inhérente, comme on vient de le voir, à ces principes environnementaux¹⁹⁴.

La reconnaissance de principes du droit de l'environnement en droit communautaire ainsi que le développement d'une politique de l'environnement par des directives spécialisées dans d'autres domaines a bien entendu eu une influence sur le droit interne, d'autant que sa tendance va aussi dans le même sens.

à la nature des textes dont elles font partie. La recherche d'un « niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement » est toujours l'un des objectifs de l'article 3 de la Constitution comme il l'était de l'article 3 du Traité CE.

¹⁹² *Communication interprétative de la Commission sur le droit communautaire applicables aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés* du 5 juillet 2001, COM (2001) 274 final, JOCE 28 novembre 2001, C 333, p. 12 et s. Cette communication a été précédée d'une autre du 11 mars 1998 COM (1998) 143 final *Les marchés dans l'Union européenne*.

¹⁹³ Cf. *supra* § 2.

¹⁹⁴ Voir notamment les arrêts CJCE du 14 juillet 1998, *Safety Hi-Tech Srl c/ S. & T. Srl*, aff. C 284/95, rec. p. I-4301 et, du même jour, *Gianni Bettati c/ Safety Hi-Tech Srl*, aff. C-341/95, rec. p. I-4355. « Cette interdiction [de gaz à effet de Serre] n'est pas invalide au regard de l'article 130 R du traité, dès lors que le législateur communautaire n'a commis aucune erreur d'appréciation manifeste quant aux conditions d'application de cette disposition ni méconnu le principe de proportionnalité » (point commun aux deux arrêts).

3) Les principes internes du droit de l'environnement

1010. La France sera passée en une dizaine d'années d'une absence de principes du droit de l'environnement dans son droit positif à une reconnaissance constitutionnelle et écrite de ceux-ci. La rapidité de cette évolution ne laisse pas d'étonner mais elle correspond, on le voit, à une tendance de toutes les sources du droit. Elle rejoint notamment sur ce point la cinquantaine de Constitutions dans le monde ayant cette référence, parmi lesquelles neuf des Constitutions européennes.

1011. Après une reconnaissance légale de l'environnement comme une « *finalité d'intérêt général* » en 1976¹⁹⁵, c'est la loi du 2 février 1995 qui pose pour le droit interne les premiers « principes du droit de l'environnement », principes issus pour l'essentiel de ceux reconnus internationalement, mais en les qualifiant encore « *d'intérêt général* »¹⁹⁶. On retrouve aujourd'hui ces dispositions codifiées à l'article L. 110-1 du Code de l'environnement, code à droit constant issu d'une ordonnance du 18 septembre 2000¹⁹⁷, dans lequel ils sont regroupés sous un Titre 1^{er} intitulé « *principes généraux* ». Ce sont ces principes que l'on veut aujourd'hui élever au rang constitutionnel par la création d'une *Charte de l'environnement* adossée¹⁹⁸ à la Constitution. L'ambition est par conséquent principalement de modifier la valeur juridique de ces principes et non de les refondre pour reconnaître, comme certains l'appellent de leurs vœux, un ensemble plus cohérent et complet¹⁹⁹. L'ambition est pourtant symboliquement et juridiquement importante, une

¹⁹⁵ Loi du 10 juillet 1976, *relative à la protection de la nature*, art 1^{er} : « *La protection des espaces naturels et des paysages, la préservation des espèces animales et végétales, le maintien des équilibres biologiques auxquels ils participent et la protection des ressources naturelles contre toutes les causes de dégradation qui les menacent sont d'intérêt général* »

¹⁹⁶ Loi n° 95-101 du 2 février 1995, *relative au renforcement de la protection de l'environnement*, dite « Loi Barnier ». Ces principes seront d'abord codifiés aux articles L. 200-1 et L. 200-2 du Code rural. Cf. J. MORAND-DEVILLER, *AJDA* 1995 p. 439 ; M.-C. REISSZADEH, *CJEG*, 1995 p. 179 ; R. HAUSTOU, *Etudes foncières*, n° 66, mai 1995 ; Y. JÉGOUZO, *RDI*, 1995 p. 201 ; R. ROMI, *Dr. Environnement*, mars 1995, n° 29 p. 1 pour les premières études générales

¹⁹⁷ Ordonnance n° 2000-914 du 18 septembre 2000, *J.O.* du 21 septembre 2000 ; ratifiée par la loi 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le gouvernement à simplifier le droit, art. 31 (cette loi y insère des corrections et trois lois prises entre temps, ainsi que, dans son article 30 la validation d'une ordonnance 2001-321 du 11 avril 2001 relative aux transpositions des directives communautaires dans le domaine de l'environnement).

¹⁹⁸ Ce terme est employé au troisième paragraphe de l'exposé des motifs de la loi constitutionnelle. Nous rejoignons la position de R. ROMI (*Droit et administration de l'environnement*, Paris, Montchrestien, coll. *Domat droit public*, 5^e ed. 2004, 595 pp., spé. p. 60) sur l'incongruité de ce terme officiel qui, étymologiquement comme dans le sens reconnu par le dictionnaires actuels – Robert – et anciens – Littré notamment – veut dire « dos à dos », c'est-à-dire « opposé à ». On a noté les conciliations nécessaires entre certains principes libéraux (auxquels on peut ajouter la propriété) et le droit de l'environnement, mais il nous semble que ce terme est plus le fruit d'une maladresse qu'une réflexion à ce sujet. En outre, si l'on prend le second sens du terme « adossé » qui signifie « s'appuyer sur », cela voudrait dire que si la Constitution tombe, le Charte tombe aussi ; les droits « fondamentaux » qui ne durent que le temps d'une Constitution le sont ils vraiment ?

¹⁹⁹ M. PRIEUR, « L'environnement entre dans la Constitution », *Droit de l'environnement*, n° 106, mars 2003, p. 38 et s.

partie de la doctrine n'hésitant pas à qualifier les principes du droit de l'environnement de « troisième génération » de droits de l'homme²⁰⁰.

La question qui se pose alors est la nature des principes du droit de l'environnement dont on peut estimer qu'ils ont une influence sur le droit de la commande publique en s'y intégrant d'une manière particulière.

B) Les principes environnementaux applicables en droit de la commande publique

1012. La multiplicité des sources du droit de l'environnement n'a pas conduit à une dispersion des principes applicables, et l'on peut voir deux raisons à cela : d'une part ces différents principes ont été reconnus de manière plus ou moins concomitante par des autorités dont les liens sont institutionnels : la France est à la fois partie à l'Union européenne et aux différents traités internationaux, l'Union participant elle aussi aux négociations internationales. D'autre part, comme le dit le Traité de Stockholm de 1972, « la terre, foyer de l'humanité, constitue un tout marqué par l'interdépendance » ; ce qui signifie effectivement que la défense de l'environnement nécessite un partenariat mondial sans lequel elle ne saurait être efficace.²⁰¹

Il semble que l'on puisse distinguer quatre grands principes qui fondent le droit de l'environnement et dont l'influence sur le droit de la commande publique puisse modifier les comportements et réglementations. Il s'agit du principe développement durable (1), du principe de la contribution à la réparation des dommages à l'environnement – appelé aussi principe du pollueur-payeur – (2), du droit à l'information et de participation (3), du principe de précaution (4).

1) Le principe de développement durable

1013. La doctrine ne semble pas en faire cas, mais ce principe de développement durable²⁰² a une position à part au sein des principes du droit de l'environnement. On peut en effet raisonnablement considérer qu'il constitue la ligne directrice de ceux-ci ; même si par ailleurs sa valeur juridique n'a jamais été considérée comme supérieure. Sa reconnaissance peut être tirée du Principe 1 – la place qu'il y occupe n'est pas anodine – de la Déclaration de Stockholm de 1972, bien qu'il ne soit pas alors

²⁰⁰ Cf. par exemple A. VAN LANG, *Droit de l'environnement*, Paris, PUF ed. coll. *Thémis droit public*, 1^{er} ed. 2002, 475 pp., spé. p. 24.

²⁰¹ Ce second argument est celui avancé par M. PRIEUR, *Droit de l'environnement*, Paris, Dalloz ed. coll. *Précis*, 5^e ed. 2004, 1001 pp., spé. p. 50.

²⁰² On notera que R. ROMI, *Droit de l'environnement*, *Op. Cit.* fait référence au « développement soutenable » (pp. 12 et 423-425) en faisant une traduction politiquement engagée de l'expression anglaise « *sustainable development* ».

formulé de cette manière²⁰³. La Déclaration de Rio de 1992 utilise en revanche clairement ce terme ne laissant aucun doute sur sa place en droit international de l'environnement²⁰⁴.

1014. Les droits communautaire et interne lui accordent aussi une place particulière. Le premier le place en effet comme guide de toute son action en matière d'environnement, notamment pour la commande publique comme en témoigne la *Communication interprétative de la commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés*²⁰⁵. Le second a une position tout à fait comparable à l'article L.110-1, point II, du Code de l'environnement qui précise que toutes les actions préservant et mettant en valeur l'environnement « [...] concourent à l'objectif de développement durable » et les lois visant cet objectif « s'inspirent des principes suivants » à savoir les autres principes du droit de l'environnement. Bien que seulement présent à l'article 6 de la Charte de l'environnement, le développement durable montre dans ce texte aussi sa place essentielle de « condensé » des autres principes en insistant sur le fait que c'est lui que l'on recherche par la conciliation des autres principes et des principes économiques²⁰⁶. Ce texte implique donc que le principe de développement durable devient officiellement un principe de la commande publique, cette dernière devant être comprise dans les « politiques publiques » visées à l'article 6²⁰⁷. Pour montrer la place de ce principe, notons par ailleurs la modification apportée en 2002 au Ministère chargé de l'environnement dont le nom est devenu « ministère de l'écologie et du développement durable ».

1015. Le texte de la Charte ne donne pas de définition du développement durable, mais l'article L. 110-1 du Code de l'environnement y pourvoit : le développement durable « [...] vise à satisfaire les besoins de développement et la santé des générations présentes sans

²⁰³ Principe 1 : « l'homme a [...] le devoir solennel de protéger et d'améliorer l'environnement pour les générations présentes et futures ». On retrouve clairement l'influence du développement durable – que l'on appelait alors *écodéveloppement* selon le terme utilisé par ses premiers théoriciens M. STRONG et I. SACHS – dans les articles 5 et 6 de la même Convention.

²⁰⁴ Principe 1 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement du 14 juin 1992 : « Les êtres humains sont au centre des préoccupations relatives au développement durable. Ils ont le droit à une vie saine et productive en harmonie avec la nature ». Le terme est repris dans 8 des 27 articles de la déclaration.

²⁰⁵ Le développement durable est le premier des principes cités, la Commission le présentant même comme l'objectif des autres principes lorsqu'elle énonce : « le traité d'Amsterdam a renforcé le principe de l'intégration d'exigences environnementales dans d'autres politiques, reconnaissant ainsi son rôle clé dans le développement durable ». Il faut ajouter que les dispositions de cette Communication sont partiellement issues de réflexions conduites à la suite d'une communication de la Commission du 15 mai 2001 pour le sommet de Göteborg intitulée *Développement durable en Europe pour un monde meilleur : stratégie de l'Union européenne en faveur du développement durable*. COM(2001) 264 final

²⁰⁶ Article 6 : « les politiques publiques doivent promouvoir un développement durable. À cet effet, elles prennent en compte la protection et la mise en valeur de l'environnement et les concilient avec le développement économique et social ».

²⁰⁷ L'article de C. CANS, « Le développement durable en droit interne : apparence du droit et droit des apparences », *AJDA*, 2003, n° 5, pp. 210-218 qui estime que le développement durable n'est pas un principe mais seulement un objectif se fonde sur le texte de la loi du 2 février 1995. La référence au développement durable dans la Charte modifie à notre sens la position sur ce point. La portée juridique et la teneur de ce principe ne nous semblent en effet pas bien plus complexe à déterminer que celle des autres principes (pensons aux principes de liberté et d'égalité qui sont bien plus larges encore et que la jurisprudence a lentement précisés). On peut penser que si ce principe n'a jamais été accepté comme moyen par le juge administratif pour fonder une de ses décisions, sa mutation en norme constitutionnelle aura pour effet de lui donner ce rôle.

compromettre la capacité des générations futures à répondre aux leurs ». Cette définition est l'une des seules existant officiellement et certains en tirent argument contre le caractère strict et juridique de cette notion. À cela s'ajoute l'effet de mode qui entoure ce principe qui conduit à une forme de dilution de la notion, ce qui rend plus difficile encore la détermination d'un sens reconnu à ce terme²⁰⁸. La Charte aura pourtant assurément un effet favorable sur tous ces défauts. Loin de constitutionnaliser un principe flou et par conséquent inutile, on peut espérer que la prise de valeur s'accompagnera d'une prise de sens juridique, ne serait-ce que parce que l'invocation de ce principe par les requérants conduira nécessairement le juge à en préciser le sens et les limites afin de répondre aux parties. Au fond, nombre de principes de la Déclaration de 1789 auraient les mêmes problèmes de définition que ceux de la Charte sans le rôle créateur des juridictions administratives ou judiciaires ou du Conseil constitutionnel.

1016. Lorsque les implications du principe de développement durable seront précisées, on peut raisonnablement penser qu'il aura un rôle premier parmi les principes de la commande publique, notamment en modifiant l'appréciation de ce qu'est le « mieux disant ». La combinaison d'une recherche d'efficacité et du développement durable conduit en effet à envisager non seulement les délégations de service public ou autres contrats de longue durée, mais aussi les marchés publics dans une perspective à long terme. Les commandes publiques vont devoir en quelque sorte s'apprécier non seulement sur la durée du contrat mais aussi après ce contrat quand cela est possible. Ainsi, si le prix d'entretien d'un réseau d'adduction d'eau est nécessairement pris en compte par un concessionnaire parce qu'il fait partie de son montage financier, le principe de développement durable va conduire à sélectionner le concessionnaire aussi sur la pérennité de ce réseau après le premier contrat de concession. Plus encore, un marché de travaux publics qui entend prendre en compte le développement durable conduira les commanditaires à envisager l'entretien futur du bâtiment et ses coûts de fonctionnement. Le candidat à un tel marché ne pourra plus se contenter d'un ouvrage qui tienne le temps de sa garantie décennale, il emportera aussi la commande s'il donne des garanties sur la pérennité de l'ouvrage.

Le Code de l'environnement fait du développement durable un objectif que doivent atteindre les autres principes de l'environnement, parmi lesquels celui du pollueur payeur.

²⁰⁸ Cf. l'article de C. CANS, précité ; ainsi que M. PRIEUR, *droit de l'environnement*, *Op. Cit.* n° 76 à propos de la référence au développement durable dans certaines lois récentes. Peut-être faut-il voir dans les nombreuses références indues à ce principe une fonction incantatoire visant à essayer de lutter contre l'inflation législative et réglementaire actuelle en mettant en avant la vision dans la durée des auteurs des réglementations ou des lois.

2) Le principe de la contribution à la réparation des dommages à l'environnement ou du pollueur-payeur

1017. La référence au pollueur-payeur²⁰⁹ n'est pas directement inscrite dans la Charte de l'environnement, on lui a préféré le terme de « contribution à la réparation des dommages à l'environnement »²¹⁰. La justification à cette modification sémantique étant la volonté de ne pas laisser croire qu'il existe un droit à polluer à celui qui paye, vision dévoyée du principe mais qui n'est pas sans se rattacher à certaines réalités²¹¹.

Ce principe que l'on rencontre dans toutes les sources du droit de l'environnement ne trouve pas de traduction particulière en droit de la commande publique et l'on pourrait même douter de son utilité en la matière. Sa place grandissante pourrait conduire à trois évolutions.

1018. La première serait le renforcement des normes antipollution qui est le meilleur moyen de faire payer le futur pollueur en l'obligeant à faire *ab initio* des investissements afin de limiter les atteintes à l'environnement. Si ces normes s'attachent aussi à la prévention, elles sont indirectement le meilleur moyen de faire payer le pollueur pour lutter contre les atteintes à l'environnement, c'est en quelque sorte un mécanisme de réparation en amont. En aval de l'activité, les normes peuvent permettre aussi de fixer l'étendue des réparations que les opérateurs économiques doivent effectuer lorsqu'ils ont causé un dommage à l'environnement. Dans les deux cas, les contrats de la commande publique sont visés : en amont parce que les normes environnementales imposent des coûts dans la construction de certains bâtiments (on peut penser à une usine de retraitement des déchets) ; en aval parce que la fin d'un contrat ou son activité même peut engendrer des coûts répercutés sur le commanditaire ou les usagers afin de remettre en l'état en répondant à des normes écologiques. On peut penser, durant le contrat aux normes imposant une certaine qualité de l'eau pour les rejets dans la nature et, à la fin du contrat, aux normes de remise en l'état de sites après une activité polluante comme l'enfouissement de déchets.

1019. La deuxième est la modification de l'équilibre du contrat et des responsabilités qu'il engendre. On peut en effet y voir un des éléments du « risque » dans le contrat si la constitutionnalisation de ce principe conduit le juge à exiger, sur la demande de requérants intéressés, une réparation. Par exemple, les atteintes portées à la nappe phréatique par la construction d'une autoroute qui ne sont aujourd'hui pas nécessairement

²⁰⁹ L'influence internationale sur le nom de ce principe n'est pas non plus absente. Il s'intitule notamment en anglais « *The polluter pays principle* » mais il est effectivement relié à l'idée d'une responsabilité à ne pas causer de dommage à l'environnement. Cf. sur ce point Ph. SANDS, *Principles of international environmental Law, vol. I, Frameworks, standards and implementation*, Manchester and New-York, Manchester University Press, 1994, 774 pp., spé. pp. 190 et 213 et s.

²¹⁰ Le terme est issu de l'article 4 de la Charte. L'article 174-2) du Traité CE (ancien article 130 R) cite à la fois le « *principe de correction, par priorité à la source, des atteintes à l'environnement* » et « *le principe du pollueur-payeur* » semble-t-il en les séparant. La future Charte les regroupent si l'on s'en réfère au projet de loi constitutionnelle et les explications qu'il donne.

²¹¹ La « bourse » aux émissions polluante récemment mise en place par l'ordonnance n° 2004-330 du 15 avril 2004 portant création d'un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre en est la meilleure preuve.

indemnisées pourraient l'être dans l'avenir en faisant courir des risques tels que l'équilibre du contrat en serait fondamentalement modifié. Ce risque qui appartenait auparavant au régime des contrats administratifs ou à celui des contrats de droit privé à l'occasion de contentieux de l'exécution doit aujourd'hui être pensé, en amont, par le droit de la commande publique.

1020. La troisième conséquence du principe du pollueur-payeur sur le droit de la commande publique est le renforcement de l'utilisation de critères visant à réduire les pollutions par les acheteurs publics par crainte de se voir contraint à une « contribution » à la réparation, soit par des dispositions légales postérieures, soit par le juge administratif selon l'interprétation qu'il fera de ce principe. On peut d'ailleurs penser qu'un autre principe du droit de l'environnement, le « *droit de vivre dans un environnement équilibré et favorable à la santé* »²¹² aura les mêmes conséquences s'il acquiert un véritable contenu et une véritable valeur juridique²¹³.

Le principe de contribution à la réparation des dommages à l'environnement ou pollueur-payeur, a donc une influence relative sur le droit de la commande publique ; tel n'est pas le cas du principe de participation et du droit à l'information qui s'y intègrent particulièrement facilement.

3) Le principe de participation et le droit à l'information

1021. Le droit de l'environnement a développé un principe de participation et un droit à l'information que l'on retrouve eux aussi dans les sources internationales et communautaires. Le droit à l'information apparaît indirectement dès la Déclaration de Stockholm²¹⁴, l'article 10 de la Convention de Rio le consacre expressément. Le droit communautaire ne le cite pas à l'article 174 du Traité CE²¹⁵ mais l'a reconnu et en a fixé les modalités dans une directive du 7 juin 1990 *relative à la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement*²¹⁶. Le principe de participation a pour sa part été consacré un peu plus difficilement²¹⁷ du fait des obligations plus fortes qu'il semble impliquer (informer les citoyens remet moins de pratiques en cause que de les faire participer aux décisions). La

²¹² Ce principe que l'on retrouve dans tous les textes internationaux (Déclaration de Rio, principe 1) et nationaux (les termes « d'environnement équilibré et favorable à la santé » sont tirés de l'article 1^{er} de la Charte de l'environnement) fait figure de grande déclaration aux conséquences juridiques floues. Il est absent du Code de l'environnement et lie à la fois le principe de développement durable (maintien des équilibres et de la biodiversité) et celui de réparation du dommage (favorable à la santé).

²¹³ Il est difficile en effet de ne pas se rapprocher de la doctrine qui constate la vacuité des principes du droit de l'environnement à propos de celui-là.

²¹⁴ Principe 19 de la Déclaration de Stockholm de 1972 qui traite de la nécessité de « *dispenser un enseignement sur les questions d'environnement* » et de mettre des « *moyens d'information de masse* » et de « *diffuser des informations de caractère éducatif* ».

²¹⁵ Dans sa numérotation après le traité d'Amsterdam

²¹⁶ Directive 90/313/CEE du 7 juin 1990 *relative à la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement*, JOCE, n° L. 58, du 23 juin 1990, p. 56. Cf. F. JAMAY, « droit à l'information », *Juris-classeur environnement*, fascicule 130, spé. n° 112.

²¹⁷ Mais la rapidité du développement du droit de l'environnement donne au juriste le sentiment d'une consécration presque concomitante de ces deux principes par rapport à ce à quoi il est habitué.

Déclaration de Rio de 1992 est la première à le reconnaître dans son dixième principe, reconnaissance qui sera formalisée ensuite par la Convention d'Aarhus du 25 juin 1998²¹⁸. Ses traductions en droit communautaires seront plus ponctuelles, y compris à l'occasion des directives mettant en œuvre la Convention d'Aarhus²¹⁹.

1022. Le droit français ne distingue pas clairement les deux principes en considérant que le principe de participation requiert nécessairement de l'information, même si l'inverse n'est pas vrai. Il les reconnaît d'abord dans le Code de l'environnement au 4° de l'article 110-1, II, en définissant le « principe de participation » – qui comprend donc le droit à l'information – comme celui « *selon lequel chacun a accès aux informations relatives à l'environnement, y compris celles relatives aux substances et activités dangereuses, et le public est associé au processus d'élaboration des projets ayant une incidence importante sur l'environnement ou l'aménagement du territoire.* » L'article 7 de la Charte ne reprend pas exactement cette position, il distingue plus nettement le principe de participation et le droit à l'information²²⁰.

1023. Le droit de la commande publique va devoir prendre en compte et faire siens ces principes du droit de l'environnement. Le droit à l'information d'abord doit s'analyser comme l'information *du public* plus que celle des personnes directement intéressées par la passation du contrat, c'est-à-dire les opérateurs économiques. En ce sens, on ne saurait assimiler les mesures de publicité propres à la commande publique – essence du régime de la commande publique – à ce droit à l'information : la publicité telle qu'elle existe a avant tout pour destinataires les potentiels requérants et leur mise en égale concurrence. Sauf dans quelques rares hypothèses, on ne peut pas dire qu'il a pour objectif l'information du public. L'application de ce « droit » à l'information peut donc conduire à développer fortement et pour d'autres destinataires les mesures de publicité, mesures qui dans ce cadre perdront leur caractère de « mise en concurrence » mais donneront une nouvelle dimension au principe de transparence. On peut en effet dire qu'en matière d'environnement, le principe de transparence trouve, dans le « *droit à l'information* », une nouvelle dynamique qui pourrait encore renforcer ou adapter les mesures de publicité, d'autant qu'elles répondent alors à une double nécessité constitutionnelle. Ainsi, non seulement on peut envisager une ouverture plus large des mesures de publicité des commandes au public, ne serait-ce que par le développement dans des journaux non-spécialisés ; mais on peut envisager d'autres mesures de transparence plus dirigées vers la défense de l'environnement, comme la transmission à une association de défense des projets touchant à l'environnement.

²¹⁸ Précitée. Son nom exact est *Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement*. Entrée en vigueur le 6 octobre 2002, approuvée par la loi 2002-285 du 28 février 2002 (J.O. 1^{er} mars 2002)

²¹⁹ Cf. F. JAMAY, « Principe de participation », *Juris-classeur environnement*, fasc. 135, spé. p. 28 et s.

²²⁰ Comme c'est le cas de la Déclaration des droits de l'homme et du Citoyen sur le modèle formel de laquelle elle a été rédigée, la Charte ne reconnaît pas expressément les principes, sauf pour celui qu'elle appelle expressément le « principe de précaution » (cf. *infra*). Article 7 de la Charte de l'environnement : « *toute personne a le droit [...] d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement* ».

1024. Pour ce qui concerne le « principe de participation », il pourra avoir une influence à la fois *moins directe* mais aussi *plus importante* sur le droit de la commande publique. Moins directe parce qu'il ne suffit pas de renforcer des mesures qui existent déjà partiellement. Plus importante parce que les *modalités* de la participation aux commandes touchant à l'environnement restent partiellement à inventer. En effet, on ne peut que partiellement se satisfaire d'un développement des études d'impact ou des enquêtes publiques. La recherche de ces solutions pour le droit de la commande publique suivra vraisemblablement en la matière celle plus générale en droit administratif. Il est ainsi possible que le référendum communal, la charte de la concertation²²¹ ou la fameuse Commission nationale du débat public puissent voir leur rôle augmenter en matière de commande publique, notamment dans le cadre de travaux.

La vraie difficulté sera alors *l'équilibre* des procédures de passation. On voit les tentatives actuelles de simplification et les recherches d'efficacité des procédures. Elles vont jusqu'à développer les procédures négociées²²² là où l'on avait par trop renforcé ou créé des procédures contraignantes. La recherche d'une *participation* va à l'encontre de cette tendance d'assouplissement. Elle conduit en effet au développement des procédures pour organiser ce rôle du public, d'autant plus d'ailleurs qu'il s'agit de procédures de « démocratie directe », forcément plus lourdes, contraignantes et chères. À moins que, comme les théories constitutionnelles nous l'enseignent, on ne passe par une participation indirecte à travers des représentants ; mais c'est toujours une commission de plus. C'est à se demander si le principe de participation ne pose pas des problèmes trop insolubles et s'il ne se traduira pas simplement par une obligation ou une possibilité, pour les élus locaux – lors du vote autorisant une commande ou lors des commissions d'appel d'offres – d'analyser la situation au regard des contraintes environnementales. Cela restera de la « participation » par les représentants, même si elle est alors réduite au minimum.

Si le droit à l'information est facile à intégrer au droit de la commande publique, le principe de participation nécessitera plus de temps. Il reste que tous deux sont relativement faciles à appréhender, ce qui n'est pas le cas du principe de précaution qui pose encore de nombreuses questions.

4) Le principe de précaution

1025. Comme les autres principes, le principe de précaution trouve ses premières manifestations juridiques²²³ dans le droit international de l'environnement²²⁴,

²²¹ J.-C. HÉLIN, « Entre régulation sociale et régulation juridique : la « charte de la concertation », *Mélanges Dupuis*, 1997 p. 163

²²² On pense par exemple au *dialogue compétitif* mis en place dans les Code des marchés publics de 2004 ou à la procédure de passation des contrats de partenariat.

²²³ On lira avec intérêt l'article de G. DELANNOI, « Sagesse, prudence, précaution », *Revue juridique de l'environnement*, 2000, n° spécial p. 11, notamment à propos des rapports qui y sont faits entre le principe de précaution et la « prudence » (*phronésis*) aristotélicienne, point de jonction entre l'éthique et le politique.

très indirectement dans la Conférence de Stockholm et plus concrètement dans celle de Rio de juin 1992²²⁵. Il est depuis repris dans tous les traités à portée générale en cette matière²²⁶, mais il ne prend une valeur juridique contraignante – et sort de la *soft law* – que s'il est inscrit et précisé dans le dispositif des conventions en question²²⁷, son caractère de droit coutumier étant difficile à déterminer tant la consistance même de ce principe est incertaine²²⁸.

1026. En droit communautaire, il est expressément inscrit à l'article 174 2° (ex. 130 R 2°) du Traité CE. On peut aussi le rapprocher du 3° du même article qui impose pour l'élaboration de sa politique en matière d'environnement que la Communauté tienne compte des « *données scientifiques et techniques* » ; rapprochement d'autant plus nécessaire que le Traité ne définit pas le principe de précaution ce qui ne permet pas, sinon, d'en connaître les limites²²⁹. Le contenu actuel du principe de précaution a, de plus, été plusieurs fois précisé²³⁰, bien que certains auteurs trouvent qu'il pose encore des questions²³¹.

²²⁴ Cf. P. MARTIN-BIDOU, « Le principe de précaution en droit international de l'Environnement », *RGDIP*, 3/1999, pp. 631-666 qui fait un historique des sources de ce principe en droit international.

²²⁵ Principes 5 et 6 notamment.

²²⁶ A. KISS, « Trois années de droit international de l'environnement », *Revue juridique de l'environnement*, n° 2/1996 p. 83. On notera aussi le développement de ce principe dans le cadre de l'OMC cf. H. RUIZ-FABRI, « La prise en compte du principe de précaution par l'OMC », *Revue juridique de l'environnement*, 2000, n° spécial, p. 55. Ce principe n'est pas dans le texte du GATT de 1994 mais il a été invoqué devant l'organe de règlement des litiges à plusieurs reprises, notamment à l'occasion de l'affaire de la Viande aux hormones.

²²⁷ Cf. P. MARTIN-BIDOU, *Op. Cit.*

²²⁸ L. LUCCHINI, « Le principe de précaution en droit international de l'environnement », *AFDI*, 1999 p. 710

²²⁹ La thèse de A. GOSSEMENT, *Le principe de précaution : essai sur l'incidence de l'incertitude scientifique sur la décision et la responsabilité publique*, Paris, L'Harmattan, coll. *Logique juridique*, 2002, 527 pp. sous la direction de J.-C. MASCRET (ou Thèse, Paris I, 2001) montre bien le lien entre la situation scientifique et le principe de précaution.

²³⁰ On ne peut pourtant pas dire qu'il est aujourd'hui d'une clarté incontestable. Il suffit pour s'en convaincre d'analyser les arrêts récents de la Cour de justice. Le point 56 de l'arrêt CJCE du 5 février 2004, *Commission des Communautés européennes c/ République française*, aff. C-24/00 est spécialement intéressant : « un État membre peut, en vertu du principe de précaution, prendre des mesures de protection sans avoir à attendre que la réalité et la gravité de ces risques soient pleinement démontrées (référence à CJCE 5 mai 1998 *National's farmer's Union ea*, aff. C-157/96, rec. p. I-2211, point 63). Toutefois, l'évaluation du risque ne peut pas se fonder sur des considérations purement hypothétique (CJCE 9 septembre 2003, *Montesanto Agrocoltura Italia e.A.*, aff. C 236/01, point 106) [...] ». Par ailleurs la Cour de l'AELE a été tout aussi générale en estimant qu'il fallait une conciliation entre la libre circulation et le principe de précaution dans un arrêt du 4 avril 2001, *EFTA Surveillance Authority/Norway*, E-3/00, EFTA Court Report 2000-2001, p. 73 point 25. L'arrêt CJCE du 1^{er} avril 2004 *Bellio F.lli Srl c/ Prefettura di Treviso*, aff. C-286/02, point 58 prévoit aussi que la détermination du niveau de risque se fait sous le contrôle du juge, ce qui, on en conviendra, évite soigneusement une définition plus générale.

²³¹ A. ALEMANNI, « Le principe de précaution en droit communautaire. Stratégie de gestion des risques ou risque d'atteinte au Marché intérieur ? », *Revue du droit de l'union européenne*, n° 4/2001, p. 917. L'auteur estime que ce principe est bénéfique entre les mains de l'ordre juridique communautaire mais que le fait de l'imposer aux États membres sera surtout l'occasion de justifier des mesures de protectionnisme.

1027. Le principe de précaution a été l'occasion, en France, de controverses doctrinales nombreuses²³² qui survivront vraisemblablement quelque temps à la Charte. Reconnu depuis 1995 dans la *loi Barnier* et aujourd'hui à l'article L. 110-1 II 1^o du Code de l'environnement²³³, il est défini comme le principe « *selon lequel l'absence de certitudes, compte tenu des connaissances scientifiques et techniques du moment, ne doit pas retarder l'adoption de mesures effectives et proportionnées visant à prévenir un risque de dommage grave et irréversible à l'environnement à un coût économiquement acceptable ;* ». La Charte reprend pour l'essentiel cette définition et reconnaît expressément le *principe* de précaution. Notons qu'elle n'emploie d'ailleurs le terme de « *principe* » que pour celui-là²³⁴.

Les risques qu'il y aurait à faire une interprétation trop large de ce principe sont nombreux, notamment parce qu'il pourrait être un frein à l'action et une cause de retard scientifique. C'est pour cette raison que le droit français met de nombreuses limites à son application : nécessité d'un dommage grave et irréversible attendu, les mesures provisoires et proportionnées, la procédure d'évaluation et, implicitement, la modification des mesures de « précaution » en cas d'avancée scientifique²³⁵. C'est pour cette dernière raison que l'on peut aussi voir dans l'article 9 de la Charte qui dispose « *La recherche et l'innovation doivent apporter leur concours à la préservation et à la mise en valeur de l'environnement* » une limite au principe de précaution²³⁶.

²³² La Revue de Droit public (RDP) a même présenté un commentaire de ce principe sous la forme d'une controverse doctrinale fort intéressante entre M. GROS pour le réquisitoire et D. DEHARBE pour le plaider ; RDP 2002, n° 3 pp. 821-845. On ne saurait faire référence à l'ensemble des articles écrits ces dernières années sur ce sujet, de A. ROUYÈRE « L'exigence de précaution saisie par le juge. Réflexions inspirées par quelques arrêts récents du Conseil d'État », RFD A, 2000, n° 2, pp. 266-287 et C. CANS, « Le principe de précaution, nouvel élément du contrôle de légalité », RFD A, 1999, n° 4, pp. 750-763 pour l'approche contentieuse de ce principe, à des considérations plus générales cf. J.-M. FAVRET, « Le principe de précaution ou la prise en compte par le droit de l'incertitude scientifique et du risque virtuel », Dalloz, 2001, n° 43 p. 43 et bien sur G. VINEY et KOURILSKY, *Le principe de précaution, rapport au premier ministre*, Paris, Odile Jacob ed. et *La Documentation Française*, 2000.

²³³ Ce n'est pas la seule fois que l'on peut rencontrer la précaution dans notre droit mais c'est l'article le plus clair quant à la qualification de principe et le plus général en matière d'environnement. Pour les autres textes, on peut penser à l'article L. 2212-2 du CGCT qui prévoit qu'au titre de ses pouvoirs de police, le maire prévient « par des précautions convenables » une série de risque, dont les « pollutions de toutes natures », les « maladies épidémiques ou contagieuses, les épizooties » et les risques naturels. Par ailleurs, on notera que S. RIALS fait de la « précaution utile » un des « standards » utilisés par le juge administratif dans le contrôle de l'utilité publique, cf. S. RIALS, *La juge administratif français et la technique du standard*, Paris, LGDJ coll. bibliothèque de droit public, Tome 135, 1980, 564 pp. spé. p. 94.

²³⁴ Article 5 : « *Lorsque la réalisation du dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement, les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution, à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin d'éviter la réalisation du dommage ainsi qu'à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques encourus.* »

²³⁵ Les différents éléments restrictif de cette notion étaient déjà présents dans la *Déclaration des ministres des États membres de la Commission des Nations Unies pour l'Europe et de la Commission pour l'environnement de l'Union européenne*, de mai 1990, art 7, (1990) 20/3, *Environmental Policy and Law*, 100, reproduite en note 18 de l'article de P. MARTIN-BIDOU, « Le principe de précaution en droit international de l'Environnement » *Op. Cit.* note 224

²³⁶ C'est du moins ce à quoi nous invite le début de l'article 5 lorsqu'il précise « *en l'état des connaissances scientifiques* ».

1028. Le droit de la commande publique pourrait être influencé par ce principe qui deviendrait un « principe de l'achat précautionneux » en la matière. Les principales applications de ce principe concernent en effet les OGM, les risques de pollution ou les risques sanitaires. Or, une partie de ces activités passe par la passation de commandes publiques. Les marchés hospitaliers qui concernent l'entretien des mécanismes de chauffages ou d'eau chaude ne peuvent aujourd'hui pas être passés sans prendre en considération ce principe ; les risques de légionelloses faisant partie de ce risque de dommages irréversibles, la passation d'un marché doit prévoir les « mesures provisoires » de désinfection régulières. On remarquera que la référence au « *coût économiquement acceptable* » du Code de l'environnement n'est pas reprise dans la Charte. L'exemple en question montre une autre incertitude de la notion : les légionelloses constituent un risque récurrent et certains n'hésiteront pas à dire qu'il ne s'agit pas là de mesures de *précaution* mais de *prévention*, c'est-à-dire simplement de lutte contre un risque probable²³⁷. Le principe de précaution dépend donc doublement de la science : pour déterminer s'il s'agit de prévention ou de précaution et, en cas de précaution, pour déterminer quels types de mesures sont à prendre.

1029. Il est par conséquent bien légitime d'être plus réservé sur ce principe de précaution que sur les autres. La principale raison en est que le principe de précaution ne met pas en place une *dépendance à la science*, il met en place une *dépendance à l'incertitude* de la science. Une incertitude étant par définition imprécise, il semble difficile de fonder une décision administrative et son contrôle *a posteriori* sur un tel critère.

La constitutionnalisation de ce principe est par conséquent difficile à évaluer. Peut-être la précaution voudrait-elle qu'on ne le constitutionnalise pas ? Dans un sens, une reconnaissance pourrait conduire effectivement à des difficultés d'application nombreuses : on ne saurait pas si la prévention habituelle suffirait à respecter le principe ou s'il ne faudrait pas toujours prendre des mesures trop restrictives de « précaution ». Dans un autre sens, la constitutionnalisation conduira nécessairement, après une période d'incertitude juridique, à préciser la portée de ce principe et à en clarifier les conséquences. Le juge administratif²³⁸ tout autant que le Conseil constitutionnel auront en la matière un rôle important qui, il faut l'espérer, viendra rapidement.

²³⁷ La question du principe de précaution dans sa dimension d'encadrement des politiques publiques (cf. C. CANS, « Le principe de précaution, nouvel élément du contrôle de légalité », *Op. Cit.* spé. p. 753) ne nous intéressera pas ici, seul le principe autonome dont on recherche une véritable portée juridique peut avoir un effet sur les procédures de passation de la commande publique. On verra que la précaution ou la prévention posent pour partie les mêmes problèmes au regard du droit de la commande publique.

²³⁸ Le juge administratif a déjà précisé partiellement ce principe en estimant par exemple que l'absence de preuve d'une absence de risque doit conduire à une application du principe de précaution. Il s'agit alors d'une interprétation très large du principe. Sur le plan contentieux, on notera que le Conseil d'État a eu recours à une longue analyse des avis des experts et qu'il exerce sur l'application du principe de précaution, un contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation. Cf. CE 24 février 1999, *Sté Pro-Nat*, req. 192465, non publiée au Lebon. A. ROUYÈRE in *L'exigence de précaution saisie par le juge...*, *RFDA*, 2000, *Op. Cit.* note 232, spé. p. 275 note pour sa part une « *sanction juridictionnelle tissée de paradoxes* », notamment du fait que cette norme est « *rétive au mécanisme de responsabilité.* »

Les principes de développement durable, de contribution à la réparation des dommages ou pollueur-payeur, de participation ou le droit à l'information ainsi que le principe de précaution lorsque ses tenants et aboutissants seront mieux connus semblent non seulement applicables au droit de la commande publique, mais en plus avec une forme d'intégration particulière qui donne à ces principes un rôle que l'on ne saurait désormais négliger. Il reste que l'intégration de ces principes dans les procédures n'est pas sans poser de nombreux problèmes que l'on doit évoquer.

§ 2^e : Les principes de protection de l'environnement et les procédures de la commande publique

1030. L'effectivité des principes issus du droit de l'environnement en droit de la commande publique dépend principalement de la manière dont ils seront – ou sont déjà – mis en œuvre dans ce droit. Le caractère récent des principes environnementaux et la rapidité avec laquelle ils se développent ont conduit le droit de la commande publique à des adaptations ; pour une fois heureusement aidé en cela par ses propres mutations. La prise en compte des considérations environnementales dans les marchés publics passe principalement par leur intégration comme critères de passation, mais ne se limite pas à cela (B). Si l'on prend aussi ces principes comme une obligation d'action de l'administration – quand bien même la responsabilité qu'elle encourt alors est difficile à déterminer – les marchés et autres contrats de la commande publique sont aussi un moyen de répondre aux exigences de ces principes (A).

A) La protection de l'environnement par les contrats de la commande publique

1031. Les principes issus du droit de l'environnement peuvent être considérés pour certains d'entre eux comme des principes d'action à destination de l'administration. Ces principes impliquent même dans de nombreuses hypothèses la passation de contrats de la commande publique afin d'être appliqués.

Le principe de précaution par exemple nécessite de connaître l'état de l'avancée scientifique sur un point avant, éventuellement, de prendre des mesures administratives. La collectivité publique voulant prendre une mesure dans ce sens ne pourrait par conséquent la motiver que si elle passe un marché de prestation intellectuelle lui permettant de connaître l'avis d'experts en la matière. Plus encore, on peut presque dire que la passation du marché dans ce cas est une quasi-condition de la légalité de l'acte – le plus souvent unilatéral, de police – de prévention. En effet, cette étude est la condition de la bonne motivation de l'acte unilatéral. Certes, le juge administratif a, en la matière, pleinement usé du caractère inquisitoire de la procédure et a recherché lui-même l'état des

connaissances scientifiques²³⁹. On pourrait cependant envisager qu'il oblige l'administrateur à un minimum d'études en renforçant son contrôle de la motivation de l'acte. Cette obligation est d'ailleurs le moyen retenu dans l'arrêt *EVN AG* de la Cour de Justice²⁴⁰ dans lequel les juges estiment qu'une méconnaissance technique des critères environnementaux utilisés comme critère de passation constitue une atteinte au principe d'égalité²⁴¹.

1032. Les marchés d'études peuvent dans le même sens être utilisés à l'occasion de l'estimation d'une atteinte à l'environnement pour estimer l'étendue et le prix des réparations à envisager. Reste, comme c'est le cas pour l'hypothèse envisagée précédemment, que les opérateurs capables d'études environnementales, de certifications diverses ou de contrôles d'une exécution conforme aux prescriptions environnementales ne sont pas nombreux aujourd'hui.

1033. Des marchés ou des concessions de travaux peuvent aussi être envisagés pour l'application du principe de « contribution à la réparation des dommages causés à l'environnement », rien n'imposant que cette contribution se fasse en argent²⁴². Les hypothèses de concessions ne sont pas faciles à trouver, mais on peut envisager la réfection d'un site industriel et sa transformation en un centre d'attraction ou en musée dont on pourrait déléguer l'exploitation afin de permettre la rémunération du cocontractant en plus de subventions d'investissement²⁴³. La encore, un contrat de la commande publique serait la réponse à une obligation issue de principes environnementaux.

1034. Il serait possible d'envisager bien d'autres hypothèses dans lesquelles les principes du droit de l'environnement imposent la passation d'un contrat de la commande publique ; mais pour nombre d'entre eux, on peut se demander si la finalité recherchée pourrait être atteinte. En effet, l'objectif de protection de l'environnement, bien que central dans le choix de passer un contrat, n'a pendant longtemps pas pu être utilisé comme critère du choix du cocontractant et il ne le peut encore aujourd'hui que difficilement. C'est la question de la protection de l'environnement dans les contrats de la commande publique.

B) La protection de l'environnement dans les contrats de la commande publique

1035. La prise en compte des principes environnementaux dans les contrats de la commande publique a subi une extension récente, parallèle à la place qu'ont prise ces

²³⁹ Cf. par exemple CE 24 février 1999, *Sté Pro-Nat*, req. 192465, non publiée au Lebon, précité.

²⁴⁰ CJCE 4 décembre 2003, *EVN AG*, Aff. C-448/01 ; *JCP A*, n° 11-12, 8-15 mars 2004, n° 1183, note. F. LINDITCH

²⁴¹ Le point 51 de l'arrêt est particulièrement clair à ce sujet.

²⁴² Pas plus que le principe du pollueur-payeur dont c'est l'autre nom n'impose que le payeur paye en argent.

²⁴³ Il faudrait bien entendu que cette ouverture au public ne fasse pas courir des risques aux usagers, faute de quoi la personne publique manquerait au principe de précaution.

principes dans le droit en général. Leur intégration dans les principes de la commande publique tient aux spécificités de la matière et aux formes particulières qu'ils prennent du fait d'une philosophie partiellement contraire aux autres principes – libéraux – qui prévalent par ailleurs dans cette matière. Bien qu'ayant eu des difficultés à être appréhendés par le droit de la commande publique²⁴⁴, ils le sont aujourd'hui presque à toutes les étapes de la vie de ces contrats : d'abord bien entendu lors de la passation où ils prennent des formes diverses (1), mais aussi de manière plus réduite dans la vie même des contrats (2).

1) Les effets des principes environnementaux dans la passation des contrats

1036. Les principes libéraux qui ont guidé la construction du droit de la commande publique²⁴⁵ ont fixé un certain nombre de critères auxquels les commanditaires doivent faire référence afin d'effectuer le choix de leur cocontractant. Après le seul prix sous l'empire de l'adjudication, ce sont les conditions du « meilleur choix » qui ont été fixées. Ce que l'on a appelé les « critères d'attribution » des marchés ne comprenaient pas alors les considérations environnementales. La philosophie différente des préoccupations de l'environnement par rapport aux principes libéraux a ensuite, en droit communautaire comme en droit interne, conduit à ne pas envisager une évolution de ces principes vers une prise en compte de l'environnement, de peur que la conciliation entre les deux ne mette trop à mal les principes libéraux²⁴⁶. Le développement des principes environnementaux que nous avons vu a pourtant contraint la Commission à envisager les différentes possibilités qui s'offraient à elle de permettre la référence environnementale dans le choix du cocontractant sans pour autant remettre en cause les critères d'attribution. C'est ce qu'elle a fait avec la *Communication interprétative de la Commission sur le droit communautaire applicable aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés* du 5 juillet 2001²⁴⁷. C'est ainsi que l'on a cherché à renforcer ces considérations dans le choix de la procédure (a) et dans la sélection qualitative des candidats (b). Puis est venu – très récemment – le moment où l'importance des principes environnementaux a conduit à revenir même sur les critères d'attribution (c).

²⁴⁴ Cette difficulté d'appréhension était, pour une part, due à la tendance des personnes publiques et des personnalités politiques à leurs têtes, à vouloir utiliser l'argent dépensé dans le cadre des marchés publics comme un levier de politiques extérieures aux seules considérations de « bon achat ». C'est d'ailleurs ce qui a fait longtemps le régime des critères sociaux et des critères environnementaux.

²⁴⁵ On a vu que les principes libéraux (cf 2^e partie, Titre 2^e, chapitre 1^{er}) n'avaient pas été officiellement considérés comme les fondements officiels de marchés publics ou des concessions à leur création, mais que, rétrospectivement, on peut dire qu'ils guidaient déjà l'évolution du droit des marchés publics.

²⁴⁶ Cette position est aussi celle de F. LINDITCH dans son commentaire de l'arrêt CJCE 4 décembre 2003, *EVN AG*, Aff. C-448/01 ; JCP A, n° 11-12, 8-15 mars 2004, n° 1183. L'auteur, sans utiliser directement de référence aux « principes » libéraux et environnementaux estime fort justement que : « les directives marchés autorisent le pouvoir adjudicateur à poursuivre un but d'intérêt général et qu'en cela elles rompent avec la tradition purement économique du droit français des marchés publics ».

²⁴⁷ *Communication interprétatives de la Commission sur le droit communautaire applicables aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés* du 5 juillet 2001, COM (2001) 274 final, JOCE 28 novembre 2001, C 333, p. 12 et s.

a) Dans le choix de la procédure

1037. La prise en compte des principes environnementaux peut se faire en premier lieu dans le choix de la procédure de passation choisie. La liberté des commanditaires se situe en la matière à deux niveaux : d'abord dans le choix entre un contrat de *marché* ou de *délégation* au sens large du terme. Ce choix-là ne dépend pas à proprement parler de considérations environnementales. Ensuite, le choix réside, pour ce qui concerne des marchés, dans les différentes procédures ouvertes ou restreintes et surtout négociées ou non.

C'est cette dernière hypothèse qui a donné lieu récemment à une évolution dans le sens de la prise en compte des considérations environnementales de la part de la Cour de Justice. Dans un arrêt *Commission c/République fédérale d'Allemagne* du 10 avril 2003²⁴⁸, la Cour a développé un raisonnement en deux temps qui permet de dire que les considérations environnementales peuvent, à elles seules, justifier le recours à une procédure de passation sans mise en concurrence²⁴⁹.

La commission voulait que la Cour constatât le manquement de deux communes allemandes aux procédures de passation issues de l'ancienne directive 92/50 « services », en ce qu'elles avaient passé un marché d'élimination des déchets avec une entreprise locale en ayant recours à une procédure négociée sans publication d'un avis préalable de marché, ni mise en concurrence. L'Allemagne se défendait en estimant qu'elle répondait ce faisant au « *principe de correction, par priorité à la source* » des atteintes à l'environnement²⁵⁰ ; et que le choix de cette procédure était justifié par l'article 11 § 3 de la directive qui la rendait possible notamment « *pour les services dont l'exécution, pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection des droits d'exclusivité ne peut être confié qu'à un prestataire déterminé* »²⁵¹. La Cour avait donc, dans un premier temps, à répondre à la question de savoir si les considérations environnementales faisaient partie de ces « raisons techniques » qui ouvraient droit à la procédure choisie. Elle avait déjà répondu en d'autres occasions que les « raisons techniques » devaient s'interpréter strictement²⁵², mais elle a néanmoins estimé : « *il n'apparaît pas exclu qu'une raison technique tenant à la protection de*

²⁴⁸ CJCE 10 avril 2003, *Commission c/ République fédérale d'Allemagne*, Aff. Jointes C-20/01 et C-28/01, W. ZIMMER, « L'incidence des considérations environnementales sur le droit des marchés publics. À propos de l'arrêt CJCE 10 avril 2003, *Commission c/ République fédérale d'Allemagne* », *Contrats et marchés publics*, juillet 2003 p. 4 chr. n° 16

²⁴⁹ Bien entendu, cette jurisprudence ne vaut que pour les marchés publics au sens strict ou au sens communautaire, et surtout aux seuls marchés soumis normalement à une procédure d'appel d'offre sauf exceptions. Les contrats de la commande publique qui peuvent librement choisir la procédure à laquelle ils entendent se soumettre peuvent évidemment le faire sur le fondement de critères environnementaux, sauf à eux à ne pas respecter ce faisant les autres principes – libéraux – de la commande publique.

²⁵⁰ Cf. *supra* § 1^{er}, B) 2)

²⁵¹ Il s'agit du point 61 de l'arrêt.

²⁵² On ne citera pour mémoire au sein d'une jurisprudence abondante que l'arrêt CJCE 10 mars 1987 *Commission c/ Italie*, Aff. C-199/85, rec. p. I-1039, spé. point 14

l'environnement puisse être prise en considération pour apprécier si le marché en question ne peut être confié qu'à un prestataire déterminé ».

1038. Si au fond, le deuxième temps du raisonnement de la Cour n'a pas donné raison à l'Allemagne – parce que cette considération technique ne justifiait pas en l'espèce le recours à une procédure négociée sans mise en concurrence²⁵³ –, il n'en reste pas moins que les considérations environnementales peuvent clairement être prises en compte pour avoir recours à une procédure négociée. Il est bien entendu que cette jurisprudence prise à l'occasion des anciennes directives s'applique parfaitement aux dispositions similaires que l'on peut aujourd'hui trouver notamment à l'article 31 1^o b) de la directive 2004/18. Cette jurisprudence intéresse aussi notre droit des marchés qui connaît une disposition similaire à l'article 35 II 4^o commun aux Codes de 2001 et de 2004²⁵⁴. Cet arrêt justifie par ailleurs aussi une disposition introduite dans le Code de 2004 à l'article 35 II 1^o *in fine* qui permet aussi des marchés négociés sans publicité préalable mais avec mise en concurrence pour : « *les marchés conclus pour faire face à des situations d'urgence impérieuse relevant d'une catastrophe technologique ou naturelle* », ce qui peut aussi correspondre à des considérations environnementales.

Le choix de la procédure n'est pas le seul cas dans lequel peuvent être prises en compte des considérations environnementales avant même les critères d'attribution, il est aussi possible de les évoquer lors de la sélection qualitative des candidats²⁵⁵.

b) Dans la sélection qualitative des candidats

1039. On regroupera sous cette qualification de « sélection qualitative » trois types de contraintes pesant sur les opérateurs et permettant aux commanditaires de les écarter de la procédure d'attribution du contrat : d'une part les motifs d'exclusion des candidats pour des raisons de moralité, d'autre part les cas d'exclusion pour non-respect des garanties économiques, financières ou techniques au bénéfice des commanditaires, et enfin l'utilisation de normes et autres spécifications techniques²⁵⁶.

Parmi les garanties de moralité que les commanditaires sont en droit de demander aux candidats ou soumissionnaires, il en est une qui exige que les futurs cocontractants de l'administration n'aient pas été condamnés pour « *un délit affectant sa moralité professionnelle* » précise l'article 45 2) c) de la directive 2004/18 « secteurs

²⁵³ En substance, la Cour a estimé que pour un contrat de trente ans comme celui qui avait été conclu, le pouvoir adjudicataire aurait pu trouver par un appel à concurrence d'autres opérateurs économiques prêts à intervenir à proximité des villes en question et, par conséquent, à respecter le « principe de correction, par priorité à la source » des atteintes à l'environnement.

²⁵⁴ Article 35 II « 4^o *Les marchés qui ne peuvent être confiés qu'à un prestataire déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité.* »

²⁵⁵ C'est ainsi que les directives communautaires regroupent les contraintes pesant sur les opérateurs économiques que nous allons analyser. Le terme est repris par W. ZIMMER, *Op. Cit.*

²⁵⁶ Ces différents motifs d'exclusion étaient déjà présents dans la *Communication interprétative de la Commission* du 5 juillet 2001, précitée note 247

classiques »²⁵⁷. L'interprétation qu'en fait le 43^e considérant de la même directive²⁵⁸ ne fait pas de doute quant à la qualification de délit affectant la moralité professionnelle des condamnations pénales prévues pour les atteintes à l'environnement par le Code de l'environnement mais aussi – malheureusement – bien d'autres textes²⁵⁹.

Les nombreuses garanties économiques financières ou techniques permettent parfois, elles aussi, de refuser la participation à un marché public à une entreprise sur le fondement du respect de l'environnement. Il en est notamment ainsi pour ce qui est des garanties de capacité, le commanditaire est en droit de demander une expérience en matière de gestion de projets dans lesquels les soucis environnementaux étaient présents²⁶⁰ ou, comme le précise de façon nouvelle le Code des marchés publics de 2004 un « *savoir faire [...] en matière de protection de l'environnement* »²⁶¹.

1040. La normalisation est enfin une autre façon de prendre en compte l'environnement dans le choix du cocontractant autrement que par des critères de choix. Les premières normes environnementales²⁶² utilisables concernent les entreprises elles-mêmes : il s'agit des normes de « management environnemental » comme la norme ISO 14 001 ou les normes européennes EMAS²⁶³ qui justifie de la part des entreprises de modes de production respectueuses de l'environnement, notamment par un respect de toutes les réglementations applicables et la recherche de performances environnementales. L'importance de ces normes et leur facilité d'utilisation ont conduit le droit communautaire à inscrire expressément cette possibilité à l'article 50 de la directive 2004/18²⁶⁴. Les autres normes sont à destination de produits ou services fournis par les cocontractants. Elles permettent de refuser la participation au marché d'entreprises

²⁵⁷ Article 45 de la directive 2004/18 « 2. Peut être exclu de la participation au marché, tout opérateur économique: [...] c) qui a fait l'objet d'un jugement ayant autorité de chose jugée selon les dispositions légales du pays et constatant un délit affectant sa moralité professionnelle ; »

²⁵⁸ Considérant 43 de la directive 2004/18 « Si le droit national contient des dispositions à cet effet, le non-respect de la législation environnementale ou de celle des marchés publics en matière d'entente illicite, ayant fait l'objet d'un jugement à caractère définitif ou d'une décision ayant des effets équivalents, peut être considéré comme un délit affectant la moralité professionnelle de l'opérateur économique ou comme une faute grave. »

²⁵⁹ Sur ce point, la multiplicité des sources du droit pénal de l'environnement dans les Codes de l'environnement, de la Santé publique ou rural, ainsi que les incriminations et peines, cf. A. VAN LANG, *Droit de l'environnement*, Paris, 2002, PUF coll. *Thémis*, 475 pp., spé p. 445 et s.

²⁶⁰ Cf. art. 48 de la directive 2004/18. On peut parfois lire à propos de ces marchés le nom de marchés « éco-responsables ».

²⁶¹ Le Code de 2004 précise à son article 45 1^o 1^{er} paragraphe *in fine* que « Au titre de ces capacités professionnelles, peuvent figurer des renseignements sur le savoir-faire des candidats en matière de protection de l'environnement. » La combinaison de ce texte avec le paragraphe qui lui suit permet de dire que ces capacités environnementales peuvent être aussi requises de la part d'un ou plusieurs sous-traitants, mais l'art. 52 dernier alinéa du même Code oblige à regarder l'offre globalement et interdirait que la compétence environnementale soit exigée de tous les sous-traitants.

²⁶² Pour une étude sur l'ensemble de ces normes, cf. E. GUEGUEN, *Les normes et l'environnement*, Thèse dactylographiée, Nantes, 1995, citée par R. ROMI, *Op. Cit.* p. 446

²⁶³ EMAS, système communautaire de management environnemental et d'audit, issu du règlement CEE n° 1836/93 du Conseil du 29 juin 1993, remplacé par le règlement 761/2001 du Parlement et du Conseil.

²⁶⁴ L'article 50 est intitulé « normes de gestion environnementales », il oblige au respect des normes européennes ou aux normes nationales en accord avec les normes européennes.

n'utilisant pas des biens conformes à des normes ou labels environnementaux, ces critères étant inclus dans l'idée d'achat de qualité²⁶⁵. Le droit interne comme le droit communautaire insistent bien entendu sur le fait que l'utilisation de normes ne doit pas être un moyen de réduire indûment la concurrence²⁶⁶.

Ces possibilités de prendre en compte l'environnement dans le cadre des marchés publics et de faire valoir les principes du droit de l'environnement dans le cadre des procédures de passation ressemblent pourtant fortement à une série de palliatifs, même s'il ne faut pas en négliger la portée. La véritable conciliation entre les principes environnementaux et les autres principes de la commande publique se réalise depuis que les premiers peuvent être pris en compte dans les critères de sélection des offres.

c) Dans les critères de sélection des offres

1041. C'est sur cette question que la doctrine et le droit ont en quelques années fait le plus progresser la prise en compte des principes environnementaux dans le droit de la commande publique. Si la question n'a pas soulevé de difficultés contentieuses pour les contrats dans lesquels la mise en concurrence n'est pas formalisée, tel n'a pas été le cas pour les marchés publics au sens communautaire ou du Code français. On a en effet assisté à un « dialogue » entre les droits interne et communautaire qui a abouti, aujourd'hui, à reconnaître la possibilité de fonder le choix d'un cocontractant sur des critères partiellement environnementaux (α). Cette reconnaissance a toutefois un impact limité par les principes « libéraux » de la commande publique qu'il faut concilier avec les principes « environnementaux » pour connaître la place exacte que l'on peut donner aux critères fondés sur la protection de l'environnement (β).

a) La question de la prise en compte de critères environnementaux dans les marchés publics

1042. La question de la prise en compte de critères environnementaux dans les marchés publics dépend principalement de la notion de « l'offre économiquement la plus avantageuse »²⁶⁷. C'est en effet elle qui guide – notamment à l'article 53 du Code des

²⁶⁵ Art. 49 de la directive 2004/18. L'article 53 IV 1^o du Code des marchés publics de 2004 insiste sur l'interdiction de refuser un marché tant qu'il fait référence « *A des normes nationales en vigueur dans un autre État membre de l'Union européenne transposant les normes européennes ou à des labels écologiques nationaux ou internationaux ou leurs équivalents ;* »

²⁶⁶ Art. 6 du Code des marchés publics *in fine* (disposition commune aux Codes de 2001 et 2004.)

²⁶⁷ On retrouve cette expression à plusieurs reprises dans le Code des marchés publics. D'abord à l'article 1^{er} où elle est présentée comme une des méthodes du respect des principes (*cf.* sur ce point *infra* section 1^e § 2^e, 2). Ensuite à l'article 33 où elle est l'un des éléments de la définition de la procédure de l'appel d'offre : « *L'appel d'offres est la procédure par laquelle la personne publique choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociation, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats.* ». Enfin, dans la description de cette procédure d'appel d'offre on la retrouve à l'article 53 (qui en fixe

marchés publics – les différents critères pouvant être pris en compte par les adjudicataires pour effectuer leur choix d'un cocontractant. On le sait, afin de déterminer cette « offre économiquement la plus avantageuse », la personne publique peut fixer un certain nombre de critères : prix, coût d'utilisation, valeur technique, délai d'exécution, qualités esthétiques et fonctionnelles, rentabilité, assistance technique ou délai de livraison. Cette liste était celle retenue dans les Codes de 1964 et 2001 et c'est la question de son exhaustivité qui est en question : on se demandait si des « critères additionnels » – notamment environnementaux – pouvaient être pris en compte.

1043. La première réponse des juges nationaux fut négative. À l'occasion de la contestation d'une circulaire ministérielle qui prévoyait expressément cette possibilité, le Conseil d'État²⁶⁸ estima que cette circulaire n'avait pas de caractère réglementaire et que les « critères additionnels » n'étaient que des « déclaration [s] d'intention » et qui ne pouvaient pas « constituer un critère de choix qui se substituerait aux critères réglementaires [...] ou même se bornerait à compléter ces critères réglementaires ». Le Conseil d'État fait alors une interprétation particulièrement restrictive des dispositions du Code des marchés publics de 1964²⁶⁹ qui permettaient ces « critères additionnels » sous la seule réserve que ceux-ci soient « justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution » ; condition que le Conseil n'apprécie même pas en l'espèce²⁷⁰.

C'est pourtant sur ce point et sous l'impulsion du droit communautaire que se fit la première évolution²⁷¹. Les directives « marchés publics » de 1992 et 1993 tout d'abord précisent que les critères qu'elles donnent ne sont que des *exemples*²⁷², ce qui implique nécessairement que la liste qui suit n'est pas exhaustive et que les critères additionnels sont possibles. Ensuite, la Cour de justice a bien interprété dans ce sens les textes dans les arrêts

les éléments) et aux article 59 (ex 60 du code de 2001) et 64 (ex- 65 du code de 2001) pour rappeler que c'est sur ce fondement que les PRM ou les commissions d'appel d'offre doivent faire leurs choix.

²⁶⁸ CE 10 mai 1996, *Fédération nationale des travaux publics, Fédération nationale du bâtiment*, req. 159979, rec. p. 164 concernant la circulaire interministérielle du 29 décembre 1993 relative à la prise en compte des critères additionnels relatifs à l'emploi dans l'attribution des marchés publics., *AJDA*, 1997, pp. 196-202, note S. MALJEAN-DUBOIS ; *RFDA*, 1997, n° 1 pp. 73-78, concl. S. FRATACCI, *CJEG* 1996 pp. 427-432 concl. S. FRATACCI.

²⁶⁹ Applicable en l'espèce

²⁷⁰ On retrouve notamment aux articles 95, 97 et 97 ter la même formule « La personne responsable du marché peut décider que d'autres critères entrent en ligne de compte ; dans ce cas, ils doivent avoir été spécifiés dans le règlement de la consultation. Sont toutefois prohibés les critères qui ne seraient pas justifiés par l'objet du marché ou ses conditions d'exécution. »

²⁷¹ On trouvera une analyse similaire sur cette seconde phase dans l'article de TH. GLOZZIO, « L'utilisation de critères additionnels dans la passation des marchés publics par appel d'offre », *AJDA*, 2002, n° 24, pp. 1471-1477, spé. p. 1474

²⁷² Et plus précisément les article 36 1° a) de la directive 92/50/CEE du Conseil, du 18 juin 1992, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services ; article 26 1° b) de la directive 93/36/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures ; et article 30 1° b) de la directive 93/37/CEE du Conseil du 14 juin 1993 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux qui disposent tout trois en des termes identiques : « lorsque l'attribution se fait à l'offre économiquement la plus avantageuse, divers critères variables selon le marché en question : **par exemple**, la qualité, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison et le délai de livraison ou d'exécution, le prix ; »

Beentjes du 20 septembre 1988 et *SLAC Construction* du 18 octobre 2001²⁷³. Le point 19 de cet arrêt pose pourtant une limite importante : il estime que ces critères additionnels doivent être analysés comme répondant, en plus, à l'idée de l'offre économiquement la plus avantageuse²⁷⁴. Cela constitue bien une acceptation des critères environnementaux mais pas s'ils sont « seulement » environnementaux, il faut qu'ils soient aussi économiquement intéressants. Ainsi, le critère imposant, par exemple, la fourniture de papiers recyclés était autorisé puisqu'il poursuivait le double objectif d'être à la fois environnemental et économiquement intéressant. De la même manière, le recours à un critère imposant des pièces bien éclairées par la lumière du jour ou l'utilisation de lampe basse consommation était lui aussi autorisé puisqu'il permettait à la fois un respect de l'environnement et une économie d'électricité. Si le critère environnemental est alors un simple « complément » et doit avant tout être un critère économique, il peut permettre malgré tout d'être un élément officiel du choix du cocontractant, ce qui n'était pas le cas auparavant.

1044. L'évolution ne s'est pas arrêtée là. Une étape supplémentaire a en effet été franchie grâce à la Cour de justice et son arrêt *Concordia Bus Finland* du 17 septembre 2002²⁷⁵. La Cour y reconnaît pour la première fois la possibilité d'utiliser des critères environnementaux qui ne soient pas, en même temps, des critères économiques²⁷⁶. Ainsi, en l'espèce, le critère qui conduisait à vouloir des bus peu polluants a pu, à bon droit, permettre le choix d'un candidat plutôt qu'un autre, bien que cet autre fût le moins cher et que, par conséquent, son offre était « économiquement » la plus avantageuse. Il s'agit donc bien de la reconnaissance officielle que « l'offre économiquement la plus avantageuse » ne veut pas dire ce qu'elle semble dire : le critère économique n'est ni le seul à prendre en compte ni même le plus important – d'ailleurs, comme le note la Cour, le critère esthétique est depuis l'origine inclus dans ces critères économiques, ce qui était déjà une incongruité dans le cadre de l'interprétation précédente. À cet égard, on peut regretter que les textes postérieurs, les directives comme le Code de 2004, n'aient pas modifié l'expression de « l'offre économiquement la plus avantageuse » en « l'offre la plus avantageuse ». On peut

²⁷³ La directive visée dans l'arrêt CJCE 20 septembre 1988, affaire 31/87, *Gebroeders Beentjes BV contre État des Pays-Bas*, rec. p. 4635 est la directive « travaux » de 1971 dont la directive 93/37 n'est qu'une codification. Le fait que la liste des critères posés par la directive soit limitative peut être tiré du point 27 de façon implicite, l'arrêt CJCE 18 octobre 2001, *SLAC Construction*, C-19/00, rec. p. I-7725, point 35 est parfaitement explicite sur ce point.

²⁷⁴ Point 19 : *si la deuxième alternative laisse aux pouvoirs adjudicateurs le choix des critères d'attribution du marché qu'ils entendent retenir, ce choix ne peut porter que sur des critères visant à identifier l'offre économiquement la plus avantageuse. En effet, ce n'est qu'à titre d'exception que le paragraphe 4 du même article admet que l'attribution puisse être fondée sur des critères d'une nature différente ».*

²⁷⁵ CJCE 17 septembre 2002, *Concordia Bus Finland Oy Ab c/ Helsinki Kaupunki et HKL-Bussiliikenne*, Aff. C-513/99 ; *JCP A*, 2002, n° 2, 1043, note B. GENESTE ; *Contrats et marchés publics*, nov. 2002, [comm. 255](#) note F. LLORENS ; *LPA*, 23 décembre 2002, p. 4 et s, note S. PIGNON.

²⁷⁶ Point 55 : « *ledit article 36, paragraphe 1, sous a), ne saurait être interprété en ce sens que chacun des critères d'attribution retenus par le pouvoir adjudicateur afin d'identifier l'offre économiquement la plus avantageuse doit nécessairement être de nature purement économique. En effet, il ne saurait être exclu que des facteurs qui ne sont pas purement économiques puissent affecter la valeur d'une offre au regard dudit pouvoir adjudicateur. Cette constatation est également corroborée par le libellé même de cette disposition, qui fait expressément allusion au critère relatif au caractère esthétique d'une offre.* » Le juge se fonde par ailleurs sur l'article 6 du traité CE et son obligation d'intégrer dans les autres politiques les considérations environnementales.

trouver deux raisons à cela : la première est psychologique et permet d'insister, notamment auprès des acheteurs publics, sur le fait que c'est le critère économique qui doit continuer à être le plus utilisé. La seconde est plus politique et consiste à insister sur le fait que tous les critères alternatifs ne sont pas utilisables²⁷⁷. Les auteurs des textes donnent ainsi des moyens aux juridictions pour ne pas voir se multiplier les critères fondés sur des considérations – plus ou moins valables – autres qu'économiques, alors que l'objectif d'un achat moins cher doit rester central, même s'il n'est plus ni unique, ni obligatoirement premier.

1045. La situation des critères environnementaux a aujourd'hui été officialisée par les textes. Dans le Code des marchés publics, il a été ajouté à l'article 53 II 1^{er} alinéa la possibilité de prendre en compte comme critère les « *performances en matière de protection de l'environnement* ». Les directives communautaires de 2004 ne sont pas en reste puisque l'article 53 1 a) de la directive 2004/18 et 55 1 a) de la directive 2004/17 permettent de prendre en compte comme critère « *les caractéristiques environnementales* » d'un marché.

1046. Il nous semble voir dans cette évolution la meilleure trace de l'influence grandissante des principes de l'environnement et leur entrée officielle dans le droit des marchés publics. On peut notamment apporter dans ce sens un argument *a contrario* en insistant sur le fait que les critères sociaux²⁷⁸ qui avaient jusque-là suivi le régime des critères environnementaux n'ont pour leur part pas été introduits dans les textes internes et communautaires.

Aujourd'hui acquise, cette reconnaissance des critères environnementaux n'est pas sans poser des problèmes de conciliation avec les principes libéraux traditionnels.

β) Critères de sélection et conciliation des principes environnementaux et libéraux

1047. La reconnaissance des principes environnementaux comme des principes de la commande publique à part entière ne doit pas éclipser l'importance des autres – notamment des deux principes fondateurs²⁷⁹. Si jusque-là c'est le principe d'égalité d'accès qui était le plus souvent invoqué contre les « critères additionnels », c'est peut-être ceux de la liberté d'accès ou de la libre concurrence qui le seront dans l'avenir.

²⁷⁷ La Cour insiste d'ailleurs sur le fait que le critère environnemental doit être lié à l'objet du marché (Point 59 de l'arrêt). Cela ne signifie pas que l'objet du marché doit être la protection de l'environnement pour que les critères environnementaux puissent être pris en compte – faute de quoi les réflexions sur les critères additionnels seraient bien réduite – mais que les objectifs de protection de l'environnement correspondent à des atteintes à l'environnement qui pourraient être les conséquences du marché. Il en est ainsi, comme dans l'arrêt *Concordia Bus* (précité note 275) pour les émissions de gaz d'échappement d'un marché de transport urbain. Il en serait différemment de l'obligation de remettre en l'état le site d'une décharge à l'occasion de la construction d'un Lycée proche.

²⁷⁸ Cf. L. RICHER, « Critère additionnel social, critère de choix des offres ou condition d'exécution », *ACCP*, 2001, n° 5 p. 30 qui part de l'arrêt CE 25 juillet 2001, Commune de Gravelines, req. n° 229666, rec. p. 391

²⁷⁹ Cf. *infra*, 1^{er} chapitre du 2^e titre de cette partie

1048. Le droit interne comme le droit communautaire ont le plus souvent invoqué le principe d'égalité contre les critères additionnels²⁸⁰. C'est notamment le cas du Conseil constitutionnel dans sa décision du 6 décembre 2001 à propos de la loi MURCEF²⁸¹. Une disposition du texte voté par les deux assemblées prévoyait de réserver aux structures associatives ou coopératives un quart des lots des marchés par lots, si bien entendu les lots en question pouvaient être effectués par de tels opérateurs économiques²⁸². Le Conseil a sanctionné cet article 12 en considérant qu'il portait « *au principe d'égalité devant la loi une atteinte disproportionnée par rapport à l'objectif d'intérêt général qui s'attache au développement de l'économie sociale* ». Sur le plan de la technique contentieuse, il fait donc bien une conciliation²⁸³ entre le principe constitutionnel d'égalité et un principe qu'il qualifie de « *d'objectif d'intérêt général* ».

Il s'agit là de la première raison qui conduit à penser que le principe ne va plus être le principal à s'opposer aux principes de l'environnement : la reconnaissance de ces derniers au niveau constitutionnel va en quelque sorte justifier la différence de situation dans laquelle vont être placés les opérateurs qui satisfont le mieux à la protection de l'environnement ; ce qui conduit à justifier l'atteinte à l'égalité puisqu'il n'y a plus à avoir d'égalité dans des situations différentes. La seconde raison au moindre recours au principe d'égalité est que la plupart des décisions qui l'invoquent sont en matière de critères additionnels « sociaux » et non « environnementaux »²⁸⁴, même s'il faut effectivement souligner que c'est bien de critères de protection de l'environnement dont il était question dans l'arrêt *Concordia Bus*²⁸⁵.

1049. Le principe de liberté d'accès paraît pourtant en la matière plus à même de contrecarrer les effets indésirables des principes environnementaux. Le recours aux critères environnementaux peut conduire – c'est la plus grande crainte à leurs sujets – à limiter le nombre d'acteurs économiques susceptibles de se porter candidats avec des chances de succès ; voire de choisir par ce biais un opérateur déterminé. La question est donc bien d'empêcher que ces critères limitent l'accès aux marchés et par conséquent leurs

²⁸⁰ La première partie de l'article de T. GLIOZZO, « L'utilisation de critères additionnels dans la passation des marchés publics par appel d'offres », *AJDA*, 2002, n°24, pp. 1471-1477

²⁸¹ CC n° 2001-452 DC, du 6 décembre 2001, *loi portant mesures urgentes à caractère économique et financier*.

²⁸² Les associations ou entreprises coopératives ont souvent des activités peu qualifiées, il fallait envisager le cas dans lesquels des marchés par lots n'auraient pas pu trouver d'associations ou de coopératives pour effectuer des activités complexes.

²⁸³ Au 6^e considérant de cette décision, le Conseil dit expressément : « *Considérant que le législateur peut, dans le but de concilier l'efficacité de la commande publique et l'égalité de traitement entre les candidats avec d'autres objectifs d'intérêt général inspirés notamment par des préoccupations sociales* »

²⁸⁴ Il en est notamment ainsi dans les arrêts CE 13 mai 1987 *Société Wanner Isofi Isolation*, rec. p. 171 qui précise que « *quel que soit l'intérêt général qui s'y attache, la répartition équilibrée des amrchés entre les petites, les moyennes et les grandes entreprises n'est pas au nombre des objectifs que les dispositions du Code des marchés publics visent à atteindre* » ; CE 29 juillet 1994 *Commune de Ventenac-en-Minervois*, req. 131562, rec. T. p. 767 qui estime que la volonté de préserver l'emploi local est « *sans rapport avec la réglementation des marchés* » ; mais aussi pour le droit communautaire de l'arrêt CJCE 20 septembre 1988, *Gebroeders Beentjes c/ Pays Bas*, aff. 31/87, précité notamment.

²⁸⁵ Précité note 275, Point 61 : « *Enfin, de tels critères doivent respecter tous les principes fondamentaux du droit communautaire et, notamment, le principe de non-discrimination tel qu'il découle des dispositions du traité en matière de droit d'établissement et de libre prestation des services (voir, en ce sens, arrêts précités Beentjes, point 29, et Commission/France, point 50)* »

libertés. Bien entendu, cela ne retire pas au principe d'égalité sa place, et notamment les obligations qui en découlent quant à la nécessité de publier par avance les critères utilisés ou d'utiliser des critères suffisamment précis pour permettre la comparaison des offres²⁸⁶.

La conciliation avec le principe d'efficacité économique est en revanche inutile dans la mesure où la prise en compte de critères environnementaux va exactement dans le sens de cette efficacité : ils permettent un « meilleur choix possible » en fonction d'un maximum de critères, au-delà du simple mieux-disant qui reste une approche exclusivement économique du « mieux ».

La phase de passation des contrats de la commande publique n'est pas la seule durant laquelle il est possible de prendre en compte les principes issus du droit de l'environnement, c'est aussi le cas en aval dans le cadre de l'exécution de ces contrats. On peut pourtant être circonspect sur les conséquences de cette distinction.

2) Les effets des principes environnementaux dans l'exécution des contrats

1050. Il n'est pas difficile d'envisager des hypothèses dans lesquelles les principes environnementaux seraient susceptibles d'avoir des implications durant l'exécution d'un contrat de la commande publique. Le principe de précaution, par exemple, pourrait trouver à s'appliquer à l'occasion de la gestion d'un risque pour la sécurité des personnes, que cela soit dans l'exécution d'un marché public de travaux ou encore dans le cadre de la gestion d'un risque sanitaire par un délégataire gérant le service public de la distribution d'eau potable ou une cantine scolaire. Le droit à l'information pourrait tout autant s'appliquer à ce genre d'hypothèses. Le principe du pollueur payeur pourrait enfin être invoqué, non seulement dans le cadre d'une délégation de service public de gestion de déchets industriels mais aussi dans celui d'un marché de fourniture d'essence.

1051. Depuis 2001, l'article 14 du Code des marchés publics prévoit que : « *La définition des conditions d'exécution d'un marché dans les cahiers des charges peut viser à promouvoir l'emploi de personnes rencontrant des difficultés particulières d'insertion, à lutter contre le chômage ou à protéger l'environnement. Ces conditions d'exécution ne doivent pas avoir d'effet discriminatoire à l'égard des candidats potentiels.* » Jusqu'à récemment, les conséquences de cette disposition apparaissaient comme bien difficiles à cerner : il n'était pas possible officiellement de prendre en compte des critères environnementaux durant la passation, mais l'exécution du contrat pouvait en contenir. Comme le souligne le professeur L. RICHER²⁸⁷, cela laisserait entendre que « *les candidats doivent accepter de prendre des engagements sur ce point mais que la qualité*

²⁸⁶ Ces deux points sont d'ailleurs mis en avant par le gouvernement du Royaume-Uni au point 51 et repris au point 62 de l'arrêt *Concordia Bus* précité.

²⁸⁷ Cf. L. RICHER, « Critère additionnel social, critère de choix des offres ou condition d'exécution », *ACCP*, 2001, n° 5 p. 30

et le sérieux de ceux-ci ne peuvent pas être pris en compte »²⁸⁸. La situation actuelle est plus cohérente puisque le choix qui s'effectue sur le fondement de critères environnementaux – que l'on ne peut plus appeler « additionnels »²⁸⁹ – peut se traduire par des obligations environnementales dans les clauses d'exécution du contrat.

1052. Mais la situation n'est pas pour autant parfaitement clarifiée, ne serait-ce que parce que les contrats qui ne sont pas passés en prenant en compte les critères environnementaux peuvent aussi contenir ce type de clauses. La difficulté est d'ailleurs plus générale si l'on considère les directives communautaires de 2004²⁹⁰.

L'interprétation à donner à cette disposition peut, à notre sens, être trouvée à la fois dans l'instruction d'application du Code de 2001 et dans la *Communication interprétative de la commission sur l'intégration des considérations environnementales dans les marchés publics*²⁹¹. Il en ressort que ces articles trouvent à s'appliquer non seulement bien évidemment dans l'exécution même du contrat mais aussi en amont, avant même l'utilisation ou non de critères environnementaux, lors de la recevabilité des offres. L'instruction d'application du Code de 2001 est très claire sur ce point²⁹², et c'est aussi ce qui ressort de la Communication de la Commission lorsqu'elle analyse toutes les possibilités de prendre en compte l'environnement autrement que par des critères de choix. Par ailleurs, cette interprétation justifie le deuxième alinéa de l'article 14 du Code des marchés publics qui impose l'absence de caractère discriminatoire : la discrimination ne peut en effet avoir lieu entre les candidats que dans la procédure de passation, et cet alinéa a pour vocation d'être un garde-fou contre les spécifications environnementales qui n'auraient pour objectif que de « pré-sélectionner » un certain nombre de candidats en restreignant par trop l'accès au marché.

1053. Ces dispositions apportent donc deux précisions : d'une part, elles renforcent encore en l'officialisant dans les directives et le Code la possibilité de prendre en compte, en amont de la sélection, l'utilisation de critères environnementaux. Ce faisant, elles montrent une nouvelle fois la place des principes issus du droit de l'environnement comme faisant à part entière partie des principes de la commande publique. D'autre part, même dans ce cadre, le deuxième alinéa de l'article 14 du Code des marchés publics et les dispositions similaires des directives montrent bien que les principes environnementaux doivent faire, constamment, l'objet d'une conciliation avec les autres principes, notamment libéraux, de la commande publique.

²⁸⁸ On retrouve des positions similaires dans les articles de TH. GLOZZIO, « L'utilisation de critères additionnels dans la passation des marchés publics par appel d'offre », *AJDA*, 2002, n° 24, pp. 1471-1477, spé. p. 1475 et N. SYMCHOVICZ in *Lamy droit public des affaires*, 2002, p. 1104

²⁸⁹ Ils ne sont plus additionnels puisqu'ils sont directement inscrits dans l'article 53 du Code.

²⁹⁰ Notamment les articles 23-3-b), 23-6 de la directive 2004/18 qui correspondent aux articles 34-3-b) et 34-6 de la directive 2004/17 à propos des spécifications techniques ; mais aussi les articles 26 de la directive 2004/18 et 38 de la directive 2004/17 qui correspondent en substance au texte de l'article 14 du Code des marchés publics.

²⁹¹ *Communication interprétative de la Commission sur le droit communautaire applicables aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés* du 28 novembre 2001, 2001/ C 333/07, COM(2001) 274

²⁹² Le commentaire de l'article 14 précise notamment que « Une offre qui ne satisferait pas une telle condition serait irrecevable pour non-conformité au cahier des charges ».

1054. *Conclusion du titre* : Les principes de la commande publique tels qu'ils ont été reconnus par le Conseil constitutionnel constituent les premiers jaloux du régime de la commande publique. Ils donnent à cette notion une assise et justifient son existence, au-delà même des intérêts théoriques et pratiques que l'on a vu par ailleurs. Les principes reconnus ne sont pourtant pas exempts de défauts.

1055. La première critique qu'il est possible d'émettre porte sur la non-concordance entre les principes internes et les principes communautaires. Si les deux sources du droit reconnaissent par exemple l'égalité de traitement, le droit interne l'entend comme l'égalité du traitement des candidats durant la procédure, le droit communautaire l'entendant pour sa part comme l'égalité d'accès à celle-ci. Cette situation est d'autant plus regrettable que l'égalité d'accès est par ailleurs aussi reconnue en droit français. Sur ce point, le Code français est en réalité contestable par sa façon de limiter l'application du principe de liberté à l'accès à la commande publique et l'égalité au traitement.

1056. La deuxième critique porte sur l'absence de rattachement des principes reconnus dans le Code des marchés publics et les décisions du Conseil constitutionnel aux principes constitutionnels « économiques ». Ils sont pourtant consubstantiels à l'idée de « marché » au sens économique du terme. Sur ce point, on a pu tenter de démontrer que la liberté d'entreprendre et la liberté du commerce et de l'industrie étaient, toutes deux, interprétées comme imposant une libre et égale concurrence. Il découle à notre sens de ce principe, ainsi que des principes d'égalité et ses corollaires, l'existence d'un « principe de mise en concurrence » propre à la commande publique. De ce principe, corollaire des autres, découle une obligation généralisée de mise en concurrence, essentiellement formalisée dans des procédures de publicité, applicable à l'ensemble de la commande publique.

1057. La troisième critique porte sur le principe de *transparence des procédures*. Ce principe est à la fois applicable aux seuls contrats de la commande publique, mais il est applicable à l'ensemble de ces contrats et non aux seuls marchés publics. La critique ne porte pas sur sa reconnaissance mais sur sa portée qui est plus limitée que ce que sa place dans l'article 1^{er} du Code des marchés publics, ne le laisse penser. Il ne semble en effet pas que l'on puisse le considérer comme à égalité avec les autres. En effet, on doit distinguer entre les procédures qui, par elles-mêmes, conduisent à la transparence et les effets du principe de transparence. En ce sens, le principe de transparence « des procédures » ne peut avoir pour rôle que celui de renforcer la transparence qui découle logiquement des procédures qui préexistent à son application. Il n'est donc qu'un principe secondaire qui *renforce* les procédures mais ne les justifie pas.

1058. Enfin, quatrième critique, d'autres principes renforçant les procédures ne sont pas, en droit positif, considérés comme des principes de la commande publique. Il en est ainsi du principe d'efficacité des procédures, pourtant à la source des procédures d'adjudication et d'appel d'offres, ou des principes environnementaux qui prennent des

formes particulières à la commande publique en se greffant sur les procédures de passation. Tous sont des principes *renforçant* les procédures de passation.

1059. Si l'on devait proposer de refondre cette approche des principes de la commande publique, en créant, sur le modèle du CMP un article 1^{er} au Code de la commande publique, on pourrait écrire : *Quel que soit leur montant, les contrats de la commande publique respectent les principes de liberté et d'égalité d'accès, d'égalité de traitement des candidats et de mise en concurrence. Les règles précisées par le présent Code permettent aussi que soient garantis le principe de transparence des procédures, d'efficacité de la commande publique et les principes environnementaux.*

CONCLUSION GÉNÉRALE

1060. Depuis la Révolution, la notion de marchés publics a subi une extension constante. Cela l'a conduite à être utilisée sans être théorisée, à être reconnue et étendue, puis à être dépassée. Elle est en effet aujourd'hui polysémique et rattrapée, dans ses fonctions et sa définition, par un ensemble d'autres catégories contractuelles nommées ou innomées.

Cette extension est l'effet d'un double développement : celui des biens pour la commande desquels il est nécessaire de suivre des procédures et celui des personnes qui doivent respecter ces procédures. Aucune de ces deux évolutions ne s'est faite par à-coups, il n'existe pour ainsi dire aucun « grand » texte de la commande publique, ou il y en a bien trop pour qu'ils soient « grands ». L'évolution a au contraire été continue dans le sens du développement des procédures, même lorsque les justifications de celles-ci ont évolué, passant de l'achat le moins cher, à l'achat au meilleur prix, puis à la lutte contre la corruption pour arriver, aujourd'hui, au développement d'un marché concurrentiel.

1061. Pour ce qui concerne l'évolution des biens que l'on ne peut se procurer qu'après une procédure, l'extension est en quelque sorte arrivée à son terme. Jusqu'au premier tiers du XIX^e siècle, seuls les biens qui représentaient une part importante des budgets publics étaient soumis à des procédures de passation. Au premier rang de ceux-ci, on trouvait les travaux, mais les fournitures des biens (aux armées notamment) en faisaient aussi partie.

Par la suite, un droit des marchés plus structuré s'est étendu à tous les travaux de tel ou tel service de l'État et, selon les périodes, aux communes. À partir de 1921 et de la reconnaissance, par le juge administratif, d'une notion définie de « travaux publics », c'est cette qualification qui va pousser l'essor des marchés publics. Elle conditionne alors, en effet, la compétence du juge administratif, qui va imposer peu à peu que tous les « marchés de travaux publics » soient passés en suivant une procédure d'adjudication. Pour leur part, les fournitures subissent un étirement de leur définition puisqu'elles sont peu à peu étendues à des services divers.

Le premier Code des marchés publics, en 1964, modifiera ces objets en faisant référence aux « travaux » et non plus aux « travaux publics » et en séparant les biens en trois catégories : travaux, fournitures et services. Ce n'est pourtant que sous l'influence du droit communautaire que l'on prendra conscience de ce triptyque puisque les directives auront une vision large de chacun des trois objets.

Aujourd'hui, la situation est par conséquent relativement simple : sauf exception expresse dans les textes imposant les procédures, tous les biens sont susceptibles de faire l'objet de « marchés publics » au sens large. Même la traditionnelle distinction entre les services publics et les simples services n'est plus au centre de la distinction entre les concessions – devenues l'un des contrats composant les « délégations de service public » – et les marchés publics. À la suite de ces observations, on a pu proposer un retour à des distinctions classiques du droit des biens, en analysant les

« travaux » comme étant des activités sur des biens immeubles, les fournitures le transfert de propriété ou la création de biens meubles et les services des biens incorporels qui s'assimilent à des obligations de faire.

L'extension des biens en cause, constante, est aujourd'hui « achevée ». Bien qu'elles aient subi, elles aussi, une extension constante, les personnes prenant part aux « marchés publics » au sens large ne se sont pas – heureusement – autant étendues.

1062. Les personnes publiques, en tant qu'elles dépensent l'argent public, ont été les premières à être soumises à des procédures permettant de les inciter, puis de les contraindre, à mieux dépenser. L'évolution des personnes morales de droit public a par conséquent été source d'une évolution de l'application du droit des marchés. Or, comme pour les biens, c'est dans le sens d'une extension qu'ont évolué les personnes publiques. D'une qualification essentiellement limitée à l'État, on est arrivé aujourd'hui à une qualification large qui comprend les collectivités territoriales, les établissements publics les regroupant, les autres établissements publics, mais aussi des personnes publiques *sui generis* comme la Banque de France.

Les directives européennes sont pourtant venues étendre encore l'application des procédures en brisant le principe selon lequel, sauf mandat, seules les personnes publiques étaient soumises au droit des marchés. Elle a ainsi soumis, notamment, les entreprises publiques, les personnes privées agissant en matière de logements sociaux et les concessionnaires, à des procédures de mise en concurrence. L'extension en question est en pratique marginale par rapport aux marchés publics des personnes publiques, elle n'en constitue pas moins, théoriquement et pour ces entreprises, un changement radical.

On peut pourtant difficilement aller plus loin dans l'extension du critère organique du droit des marchés, sauf à tomber dans une économie dirigée qui obligerait de trop nombreuses personnes privées. Mais cela a nécessité la mise en place de critères autres afin de percevoir le caractère « public » de ces contrats. Après un abandon du recours au critère des « travaux publics », puis un abandon du recours au critère de la personnalité juridique de droit public, c'est essentiellement l'activité publique que l'on recherche. La cause de cette évolution est, pour beaucoup, à trouver dans le droit communautaire. Pour autant, l'activité publique se recherche encore pour l'essentiel à travers la personnalité de droit public, seules les personnes privées ne sont soumises au droit – communautaire – des marchés que si elles remplissent les conditions posées par les directives pour être pouvoirs adjudicateurs ou entités adjudicatrices.

Cette vision large des marchés imposée par l'Europe a de surcroît conduit à bouleverser plus largement le droit des contrats publics. Dans le cadre de des directives « marchés publics » ont, par exemple, été incluses la majorité des concessions de travaux et service public françaises. Plus généralement, alors que le droit interne développait, lui aussi, les procédures de passation à travers la notion de « délégations de service public », l'essentiel des contrats de cette nouvelle catégorie était soumis aux directives au-dessus de ses seuils d'application. La recherche de « l'activité » ou de « l'argent » publics va aujourd'hui bien plus loin que le simple fait de revenir sur le critère de la personnalité juridique de droit public. Elle consiste aussi à ne pas se laisser enfermer dans une notion

trop stricte de « marchés publics », pour voir, plus largement, l'ensemble des contrats qui remplissent les mêmes objectifs.

1063. Que faut-il alors entendre par « les marchés publics » ? Le développement remarquable de la notion a conduit à la diluer au sein d'un très vaste ensemble de contrats, ensemble rétif à toute théorisation et en pleine mutation. C'est de l'analyse de cette évolution constante et du point auquel elle est arrivée qu'il faut partir pour envisager la façon de rationaliser cette matière. Le *développement* de la notion de marché public conduit, on le pense, à son *dépassement*.

1064. Ainsi, l'approche de la matière ne peut plus se faire à travers les « marchés publics » qui ne recouvrent qu'une partie des contrats, elle doit être plus large et chercher, au sein de cette approche large, à rendre de la cohérence à l'ensemble de ces contrats. Parmi les différentes possibilités qui existent pour atteindre cet objectif, la solution d'une nouvelle notion juridique, englobant les notions existantes, paraît la plus réaliste et la plus adaptée. Pour éviter les confusions terminologiques, la qualification de *commande publique*, aujourd'hui usitée de manière floue et qu'il est possible d'ériger en notion juridique paraît adaptée. Cette nouvelle notion permet en effet de remplir plusieurs objectifs.

1065. D'abord, elle conduit à briser certains mythes qui fondent les résistances actuelles à la théorisation, et notamment la – récente ! – *summa divisio* entre les délégations de service public et les marchés publics. Ensuite, elle permet d'unifier sous cette qualification un ensemble de régimes qui peuvent utilement être communs : publicité, normes, incompatibilité, garanties financières ou autorité participant au choix du cocontractant, voire l'effectuant. Enfin, afin de rendre la matière cohérente et de renforcer les rapprochements de régimes entre ces contrats, la reconnaissance de principes communs, attachés à la notion de commande publique, est primordiale.

1066. En ce sens, la reconnaissance, par le Conseil constitutionnel, de principes de la commande publique fondés sur le texte du Code des marchés publics, est une étape importante dans la légitimation de cette catégorie juridique. Seuls les fondements et le contenu des principes mériteraient d'être repensés. Il ne sont pas assez insérés dans l'ensemble des droits fondamentaux et l'absence de référence aux libertés économiques se justifie mal. Pourtant, déjà, on voit qu'ils fondent des procédures de passation minimum, effet d'un principe de « mise en concurrence » en filigrane des autres. De plus, à travers les procédures, mais sans les fonder, s'exprime tout un ensemble d'autres principes comme celui de transparence des procédures, celui d'efficacité économique ou les droits environnementaux.

L'évolution du droit des marchés publics, sans être figée, sera au moins organisée pour l'avenir. Elle aura alors plus de chance de conduire à des éléments d'unité, à une matière cohérente et rationnelle, plutôt que de se développer comme aujourd'hui par réformes ponctuelles et désorganisées.

TABLES ET INDEX

BIBLIOGRAPHIE

Avertissement : Ne sont pas pas repris ici les ouvrages généraux récents de droit administratif.

OUVRAGES ET THÈSES

ADPE, *Les marchés publics de prestations intellectuelles*, Paris, Ed. du Moniteur, coll. actualité juridique, 1982, 222 p.

AGUILA Yann et *alii*, *Le guide juridique et pratique du marché d'entreprise de travaux publics*, Paris, EFE, 1995, 252 p.

ALLAND Denis et RIALS Stéphane (dir) et *alii*, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF et Lamy éd., 2003, collection Quadrige, 409 articles, 1649 p.

ALLARD René, *Le droit administratif de l'expropriation et des Marchés de travaux publics*, Paris, Eyrolles, 2^{ème}, 1971, 240 p.

AUBY Jean-Marie et *alii*, *Traité de science administrative*, Paris/La Haye, Mouton & Co, 1966, 901 p.

AUBY Jean-Marie et DRAGO Rolland, *Traité de contentieux administratif*, Paris, LGDJ, 3^{ème} éd. 2 vol., 1984.

AUCOC Léon, *Conférences sur l'administration et le droit administratif faites à l'école des ponts et chaussées*, Paris, Dunod, 1^{er} éd. T 1 1869, T 2 1870, T 3 1876 ; 2^e éd. T 3 1882 ; 3^e éd. T 1 1885, T 2 1886

AUTEXIER Christian, *Introduction au droit public allemand*, Paris, PUF - collection droit fondamental, 1997, 379 p.

BATBIE Anselme, *Précis du cours de droit public et administratif professé à la faculté de droit de Paris*, Paris, Librairie Cotillon, F. Pichon, successeur éd., 5^{ème} édition, 1885.

BATBIE Anselme, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, Paris, L. Larose et Forcel libraires-éditeurs, 1885, 2^{ème} édition, T VII.

BEIGNIER Bernard, *La codification (colloque du 27-28/10/1995 à Toulouse)*, Paris, Dalloz éd., 1996, coll. *Thèmes et documents*, 224 p.

BERBARI Mireille ; COUILBAULT François ; FERON Jean-Luc ; PARDESSUS Christophe ; PEYRICAL Jean-Marc, *Les marchés publics d'assurance*, Paris, Le Moniteur éd. & l'argus éd., collection « Les fondamentaux de l'assurance » , 2000, 531 p.

BERTHELEMY Henri, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, Arthur Rousseau éd., 4^e édition, 1906, 982 p.

BERTHOMIER Jeanne, *Du régime juridique des offres de concours en matière de travaux d'intérêt public*, Thèse, 1934 Tome 39.

BETTINGER Christian, *La gestion déléguée des services publics dans le monde. Concessions ou BOT*, Paris, Berger-Levrault ed, Collection *l'administration nouvelle*, 1997, 287 p.

BETTINGER Christian, *L'évolution de la notion de concessions en droit administratif français*, Thèse Paris 2, 1975, 401 p.

BETTINGER Christian, Préface de Georges VEDEL, *L'évolution de la concession, notion du droit administratif français. La concession de service public et de travaux publics*, Paris, Berger-Levrault coll. *l'administration nouvelle*, 1978, 255 p.

BETTINGER Christian & LE CHATELIER Gilles, *Les nouveaux enjeux de la concession et des contrats apparentés après les réformes de 1993 / 1995*, Paris, EFE éd; diffusion LITEC, collection *référence première*, 1995, 208 p.

BEZANCON Xavier, *Les services publics en France. Du moyen âge à la Révolution*, Paris, Presses nationales des Ponts et chaussées, 1995, 439 p.

BEZANCON Xavier. Préface de Marceau LONG, *Essai sur les contrats de travaux et de services publics. Contribution à l'histoire administrative de la délégation de mission publique*, Paris, LGDJ. *Bibliothèque de droit public*, Tome 206, 1999, 639 p.

BIGOT Grégoire, *Introduction historique au droit administratif depuis 1789*, Paris, PUF collection *Droit fondamental*, 2002, 392 p.

BIGOT Grégoire Préface de François BURDEAU, *L'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration. Vicissitude d'une ambition. 1800-1872*, Paris, LGDJ *Bibliothèque de science administrative*, Tome 15, 1999, 516 p.

BIRNIE P. W. et BOYLE A. E., *International Law & The Environment*, Etats-Unis, Royaume-Uni, New-York, Oxford, *Oxford university Press*, 2002, 2d éd., 798 pp

BLANQUET Marc, BOULOUIS Jean, CHEVALLIER Roger-Michel, FASQUELLE Daniel, *Les grands arrêts de la jurisprudence communautaire*, Paris, Dalloz, coll. *Grands arrêts*, 2002, Tome 2, 5e éd. 748 p.

BLOCH Bernard-Michel., *Responsabilité et assurances dans le bâtiment et les travaux publics*, Paris, Eyrolles, 1982, 255 p.

BLOCH Georges-Philippe, *La notion de travail public*, Paris, *Lib. Techniques*, 1965, 210 p.

BLOCH Georges-Philippe, *Recherches sur la notion de travail public*, Thèse, 1961.

BLUMANN Claude et DUBOUIS Louis, *Droit matériel du l'Union européenne*, LGDJ, coll. *Domat droit public*, 2004, 3e éd. 624 p.

BOITEAU Claudie, préface de Michel SAPIN, *Les conventions de délégation de service public. transparence et service public local*, Imprimerie nationale édition / éditions locales de France - collection *action locale*, 1999, 249 p.

BONNARD Roger, *Précis de droit administratif*, LGDJ, 1943, 4e éd., 786 p.

BOUCHERY Robert, *Rapport officiel sur la prévention de la corruption et la transparence*, *Documentation Française*, 1992, 249 p.

BOUFFET Gabriel et PERIER Léon, *Traité du département*, Paul Dupont, éd., 1893-1895, T 2.

BOURGEOIS L., *Des travaux publics communaux en droit français*, Thèses, 1896, T 5

BRABANT André, *Les marchés publics et privés dans l'Union européenne et Outre-Mer*, Bruylant, 1992, 727 p.

BRACONNIER Stéphane, *Droit des services publics*, PUF, coll. *Thémis Droit public*, 2003, 531 p.

BRACONNIER Stéphane, *Droit des marchés publics*, Imprimerie nationale, coll. *essentiel expert*, 2002, 396 p.

- BRACONNIER Stéphane et *alii*, *Les collectivités locales et leurs contrats*, Paris, Ed. du Jurisclasseur, 2002, 1079 p.
- BRECHON-MOULENES Christine (dir.), ADPE & AUBY Jean-Bernard, BAZEX Michel, DELVOLVE Pierre, GUISSOLPHE Ghyslaine, LLORENS François, *La concession de service public face au droit communautaire*, Paris, Sirey, coll. droit public, 1992, 122 p.
- BRECHON-MOULENE Christine (dir.) et *alii*, *Réglementation et pratique des marchés publics*, Paris, Dalloz éd., 1985, 223 p.
- BRENET François, dir. LACHAUME Jean-François, *Recherches sur l'évolution du contrat administratif*, Thèse Poitiers, 2002, 695 p.
- BRUNELLI Pierre, *Marchés publics et Union européenne. Nouvelles règles communautaires*, Continent europe. Collection références européennes, 1995, 230 p.
- BURDEAU François, *Histoire du droit administratif*, Paris, PUF coll. Thémis, 1995, 494 p.
- CABALLERO Horace Pref. Roland DRAGO, *Le contrôle des marchés publics*, Thèse, 1989, Paris 2.
- CABANTOUS Louis Pierre François et LIEGEOIS Jules, *Répétitions écrites sur le droit administratif*, Paris, librairie A. Marescq Aîné, A Chevalier-Marescq, successeur, 1882, 6e éd., 1122 p.
- CANEDO Marguerite, *Le mandat administratif*, Paris, LGDJ Bibliothèque de droit public, 2001, Tome 216, 876 p.
- CANTELAUBE Colette, préface de Jacques MONTMERLE, *La responsabilité décennale des entrepreneurs en droit public français*, Paris, Eyrolles éd., 1966, 252 p.
- CARO Joseph, préface Christine BRECHON-MOULENES, *Transparence et sous-traitance dans les marchés publics*, 1984, Thèse Paris 10.
- CARTOU Louis, CLERGERIE Jean-Louis, GRUBER Annie, RAMBAUD Patrick, *L'union européenne*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 5^{ème} éd., 2002, 829 p.
- CATALA Nicole et DELVOLVE Pierre, *L'Europe et les marchés publics*, Eyrolles, 1994
- CHABANOL Daniel JOUGUELET Jean-Pierre, *Marchés publics de travaux*, ed du Moniteur, 1994, 462 p.
- CHARPENTIER Louis, *Le choix de l'entrepreneur de travaux publics. Etude historique et critique*, Thèse Paris 1946, 488 p.
- CHEVALLIER Jacques, *Science administrative*, Paris, PUF, coll. Thémis science politique, 2002, 1e éd. en 1986, 633 p. ; 3e éd. refondue, 633 p.
- CHRISTOPHLE Albert, *Traité théorique et pratique des travaux publics*, Paris, A Marescq aîné éd., 1^{ère} éd. 1862, 2 tomes, 2^e éd. 1890, 2 Tomes.
- CLAPIE Michel, *Institutions européennes*, Paris, Flammarion, coll. Champs université, 2003, 415 p.
- Commission centrale des marchés, *Guide européen des recours*, Ed du centre F du Com. Ext, 1994, 417 p
- Commission supérieure de la codification, *Rapport d'activité 1989-1990 de la commission supérieure de la codification*, 1989.
- CONNOIS René, préface de M. MARTIAL-SIMON, *La notion d'établissement public en droit administratif français*, LGDJ, collection « Bibliothèque de droit public », T 8, 1959, 244 p.

Conseil d'Etat, *Régler autrement les conflits : conciliation, transaction, arbitrage en matière administrative*, Doc. Frse., 1993, 163 p.

CONSTANTINESCO Léontin-Jean, *Traité de droit comparé*, Paris, LGDJ puis Economica, 3 Tomes, 1972, 1974 et 1983.

CORMENIN, Louis-Marie de LAHAYE, vicomte de, *Droit administratif*, Paris, Pagnerre et Gustave Thorel ed, 1840, Paris, 5e éd. 2 Tomes, de 558 et 492 p.

CORNU Gilbert, *Pour une remise en forme du droit du travail*, Paris, Doc. Frse., 1981, 46 p.

COTELLE Toussaint-Ange, *Cours de droit administratif appliqué aux travaux publics*, Paris, Dalmont et Dunod éd., 3^e éd., 1859-1962, 4 Tomes.

DANIS-FATÔME Anne, préface de G. VINEY, *Apparence et contrats*, Paris, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2004, Tome 414

DARESTE de LA CHAVANE Rodolphe, *Mémoire sur les entreprises de travaux publics chez les grecs*, Paris, 1877, 11 p.

DEBAUVE Alphonse, *Dictionnaire administratif des travaux publics*, Paris, Dunod éd., 1880, Tome 1, 770 p., Tome 2, 1035 p.

DEGRE Claude, *Les comités consultatifs de règlement amiables dans les marchés*, Thèse, Paris II 1982.

DEGUERGUE Maryse, Préface de J. MORAND-DEVILLER, *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 171, 1994, 884 p.

DELACOUR Éric, sous la direction de Pierre DELVOLVE, *La notion de convention de délégation de service public. Essai de définition d'une nouvelle catégorie de contrat administratif*, Thèse Polycopiée, 10 juin 1997

DELCROS Bertrand, Préface de Roland DRAGO, *L'unité de la personnalité juridique de l'Etat (Etude sur les services non personnalisés de l'Etat)*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, Tome 122, 1976, 322 p.

DELVOLVE Pierre, *Droit public de l'économie*, Paris, Dalloz, coll. Précis, 1998, 799 p.

DELVOLVE Pierre, *Le principe d'égalité devant les charges publiques*, Préface de Georges VEDEL, Paris, LGDJ coll. Bibliothèque de droit public, Tome 88, 1969, 467 pp.

DELVOLVE Véronique, *La liberté d'entreprendre*, Thèse polycopiée, Paris 2, 10 juillet 2002, 516 p.

DEPADT-SEBAG Valérie, préface de Jérôme HUET, *La justification du maintien de l'article 1386 du Code Civil*, Paris, LGDJ coll. Bibliothèque de droit privé, 2001, Tome 344, 338 p.

DOMERGUE Gilles, *Les marchés publics de prestations intellectuelles*, LGDJ, 1992, 316 p.

DOMMEN Caroline et CULLET Philippe, *Droit international de l'environnement. Textes de bases et références*, London-The Hague-Boston, Kluwer law International, 1998, 814 p.

DRAGO Guillaume et LOMBARD Martine, *Les libertés économiques*, Paris, LGDJ – Editions Panthéon Assas, 2003, 169 p.

DREYFUS Albert, *Etude juridique de la concession de travaux publics*, Thèse Paris, 1896 Tome 32, 107 p.

DREYFUS Jean-David, *Contribution à une théorie générale des contrats entre personnes publiques*, L'Harmattan éd. coll. Logique juridique, 1997, 525 p.

DU MARAIS Bertrand, *Droit public de la régulation économique*, Paris, Presses de Sciences-po et Dalloz, 2004, 601 p.

- DUCROCQ Théophile, *Cours de droit administratif et de législation française des finances*, Paris, A. Fontemoing, éd., 1897, 7e édition 1897, 6 Tomes et des tables
- DUFAU Jean, *Le droit des travaux publics*, Paris, Le Moniteur, 1988, Tome 2.
- DUFAU Jean, *Le droit des travaux publics*, Paris, PUF, collection droit fondamental, 1998, 695 p.
- DUFAU Jean, *Les concessions de service public*, Paris, Le Moniteur, 1979, 240 p.
- DUFOUR Gabriel, *Traité général de droit administratif appliqué ou exposé de la doctrine et de la jurisprudence*, Paris, Cotillon, éditeur, libraire du Conseil d'Etat, 1856, 2e édition, Tome 5^e spé. p. 621 et s n° 631 et s.
- DUFOUR Gabriel, *Traité général de droit administratif appliqué*, Paris, Delamotte, adm. du répertoire de l'enregistrement, 1870, 3e éd. T 8
- DUGUIT Léon, *Les transformations du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris, F. Alcan éd., 1912, 206 p.
- DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Anc. Librairie Fontemoing éd., E. Boccard successeur., 1927, t. 1 1927, T 2 1928, T 3, 1930 T 5
- FAVOREU Louis, PHILIP Loïc, *Les grandes décisions du conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz éd., 12^{ème} éd., 1058 p.
- FOUCART Emile-Victor, *Eléments de droit public et administratif*, Paris, Videcoq, libraire, Paris, 1839, 2e éd., Tome 2
- EL ATTAR Fouad Abdallah, *Le marché de travaux publics*, Thèse Paris, 1953, 728 p.
- ELLUL Jacques, *Histoire des institutions*, Paris, PUF, collection droit fondamental, 1995, T 1,2,3,4,5
- ENOU Louis, *Traité théorique et pratique du droit administratif. Tome 1er : Les travaux publics*, Paris, A Rousseau éd., 1903, 640 p.
- ERB Roger, *La mise en régie dans les marchés de travaux publics*, Imprimerie toulouise, 246 p.
- ESPUGLAS Pierre, *Conseil constitutionnel et service public*, Paris, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de science politique, Tome 80, 1994, 321 p.
- FAVOREU Louis, GAÏA Patrick, GHEVONTIAN Richard, MELIN-SOUCRAMANIEN Ferdinand, PFERSMANN OTTO, PINI Joseph, ROUX André, SCOFFONI Guy et TREMEAU Jérôme, *Droit des libertés fondamentales*, Dalloz, coll. Précis, 2e éd., 2002, 530 p.
- FENECH Georges et PETIT Philippe, *La moralisation des marchés publics*, PUF - collection *Que sais-je ?*, décembre 1998, 127 p.
- FERNANDEZ MARTIN José Maria, *The EC Public Procurement Rules. A critical analysis*, Royaume Uni, Oxford, Clarendon Press., 1996, 321 p.
- FOUGEROLLE Philippe, *La déchéance de l'entrepreneur*, Paris, Sirey, 1933 Tome 87, 191 p.
- G. CONAC, M. DEBÈNE et G. TEBOUL (dir.) et alii, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen, Economica*, 1993, 365 p.
- GAUDEMET Eugène, *Théorie générale des obligations*, 1937 (réed. 2004), Dalloz éd., 508 p.
- GOMBEAUD Michèle, *La responsabilité du fait des dommages causés par les travaux publics de l'An VIII à 1920*, Thèse droit Rennes 1967/24, 236 p.

GUEZOU Olivier, *Les comportements anticoncurrentiels dans la passation des marchés publics*, Thèse dactylographiée, 1998, Paris X – Nanterre.

GUGLIELMI Gilles J, préface de Georges DUPUIS, *La notion d'administration publique dans la théorie juridique française. De la Révolution à l'arrêt Cadot 1789-1889*, Paris, LGDJ coll. Bibliothèque de droit public, 1991, Tome 157, 378 p.

GUIBAL Michel & RAPP Lucien, *Contrats des collectivités locales*, Paris, François Lefebvre éd., 1989, 486 p.

HANRY A., *Compétence des conseils de préfecture en matière de travaux publics*, Thèse université de Rennes, Tome 44, 1898, 229 p.

HASTINGS-MARCHANDIER Antoinette, *Le régime juridique des contrats d'emprunt des collectivités locales*, Thèse dactylographiée Nantes, 1995.

HAURIOU Maurice, *Principes de droit public à l'usage des étudiants en licence (3e Année) et en doctorat es sciences politiques*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1e éd., 1910 et 2e éd. 1916

HAURIOU Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public à l'usage des étudiants de licence (2ème et 3ème année) et en doctorat ès-sciences politiques*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 5^{ème} éd., 1921 et 11^{ème} éd., 1927.

HAURIOU Maurice, *De la formation du droit administratif français depuis l'An VIII*, Paris, Berger-Levrault et Cie, libraires-éditeurs, 1893, 34 p.

HAURIOU Maurice et HAURIOU André, *Précis élémentaire de droit administratif*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1943, 5^e édition entièrement refondue par A. HAURIOU

HUBRECHT H.-G., *Les contrats de service public*, Thèse bordeaux, 1980, dactylographiée.

HURISSEL Edouard, *Exécution des travaux publics en droit romain*, Thèse Paris, 1880, t 3.

ISRAEL Jean-Jacques, *Droit des libertés fondamentales*, LGDJ coll. Manuel, 1998, 596 pp.

JEZE Gaston, *Les contrats administratifs*, Paris, Giard éd. puis LGDJ, 1927, 2 tomes

JOUNE (E-E d'Apt.), *Des marchés de travaux publics (Cahier des charges du 14 nov 1866)*, Thèses, 1878, t 20.

JOUBE Elzéar-Elie, *Droit romain du louage d'ouvrage (digeste livre 19 titre 2), droit français des marchés de travaux publics (CCAG 14/11/1866)*, Thèse, 1878,

KELSEN Hans, *Reine Rechtslehre (Théorie pure du droit)*, Wien, Österreichische Staatsdruckerei, 1992 (Réédition de la 2e éd. de 1960), 404 p.

KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, 496 p.

KIRAT Thierry, *Economie du droit*, Paris, Editions La Découverte, coll. Repères, 1999, 123 p.

LAFERRIERE Edouard, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, Paris, Berger-Levrault et Cie, libraire éditeur, 1887, Tome 1, 1887, 668 p. Tome 2, 1888, 675 p.

LAGUERRE Alain Pref. Christine BRECHON-MOULENES, *Marchés publics et concurrence*, Nanterre, compte d'auteur, 1984, Paris 10, 529 p.

LASSERRE Bruno, LENOIR Noëlle, STIRN Bernard, *La transparence administrative*, Paris, PUF, coll. Politique d'aujourd'hui, 1987, 237 p.

LAUBADERE (de) André, DELVOLLE Pierre, MODERNE Franck, *Traité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, Tome 1 de 1983 et Tome 2 de 1984.

- LAVIALLE Christian, *Droit administratif des biens*, Paris, PUF, collection droit fondamental, 1996, 395 p.
- LECHALAS, *Manuel de droit administratif, service des Ponts et Chaussées*, 1888, 2ème vol. 1886-1888.
- LEGROS A, *Formation et résolution du marché de travaux publics*, Paris, L. Larose et L. Tenin, Tome 41, 1912, 199 p.
- LEMENNICIER Bertrand, *Economie du droit*, Editions cujas, 1991, 177 p.
- LICHERE François (dir.) et alii, *Le nouveau droit des marchés publics*, L'Hermès, 2004, 212 p.
- LIENEMANN Ralf et WEIHRAUCH Oliver, *Die Vergabe öffentlicher Aufträge*, République Fédérale d'Allemagne, Köln, Berlin, Bonn, München, Carl Heymanns Verlag KG, 1999, 293 p.
- LINDITCH Florian, *Le droit des marchés publics*, Paris, Dalloz coll. Connaissance du droit, 2001, 158 p., 2^e éd., 2002, 113 p.
- LINDITCH Florian, préface de Jean-Arnaud MAZERES, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, Paris, LGDJ Bibliothèque de droit public, 1997, Tome 176, 334 p.
- LINOTTE Didier, *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français*, Thèse dactylographiée Bordeaux, 1975, 451 p.
- LLORENS François, préface de Pierre DELVOLVÉ, *Contrat d'entreprise et marché de travaux publics - contribution à la comparaison entre contrat de droit privé et contrat administratif*, Paris, LGDJ, collection Bibliothèque de droit public, Tome 139, 1981, 705 p.
- LLORENS François, et SOLER-COUTEAUX Pierre, *Code des Marchés Publics. Commenté et annoté*, Paris, Litec, 1999, 1186 p.
- LLORENS-FRAYSSE Françoise, *La présomption de faute dans le contentieux administratif de la responsabilité*, LGDJ collection Bibliothèque de droit public, n°149, 380 p.
- MACAREL Louis-Antoine, *Cours d'administration et de droit administratif*, Paris, Plon, 2^{ème} éd., 1852.
- MACAREL Louis-Antoine, *Eléments de jurisprudence administrative*, Paris Dondey-Dupré, , 2 T., 1818, T. 2, p. 191-214 p. 253 ss
- MACAREL Louis-Antoine, *Cours de droit administratif*, Gustave Thorel, Libraire, 1844, Tome 2
- MADELAINÉ Pierre, *Domage résultant d'un travail public envisagés au point de vue des règles de compétence et du fondement de la responsabilité de l'administration ou de ses concessionnaires*, Paris, A. Rousseau, 1907 Tome 86, 182 p.
- MALAPERT M F (Pierre-Antoine-Frédéric), *Histoire de la législation des travaux publics*, Librairie générale de l'architecture et Ducher et Cie, coll. Bibliothèque du constructeur, 1880, 521 p.
- MARAL Anne, *Contractualisation du dossier géotechnique dans les marchés publics de travaux*, Thèse Paris 2, 1983.
- MARTINAND Claude, *L'expérience française du financement privé des équipements publics*, Economica, 1993, 194 p.
- MASSON Pierre, *Le contentieux des adjudications publiques en matière de travaux publics*, Sirey, 1937, 152 p.
- MATHIEU Bertrand et VERPEAUX Michel, *Contentieux constitutionnel des droits fondamentaux*, Paris, LGDJ, coll. Manuel, 2002, 791 p.
- MAURER Hartmut, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München, C. H. Beck, 2002, 855 p.

MAURER Hartmut, traduction FROMONT Michel, *Droit administratif allemand*, Paris, LGDJ, coll. *Manuel*, 1994, 421 p.

MENGUY Alain, *La passation des marchés publics de travaux dans la communauté économique européenne*, Thèse Paris 1, 1983.

MESTRE Jean-Louis préface de Paul OURLIAC, *Le Contentieux des communautés de Provence : un droit administratif à la fin de l'Ancien régime*, Paris, LGDJ coll. *Bibliothèque de droit public*, Tome 121, 1976, 597 p.

MESTRE Jean-Louis, *Introduction historique au droit administratif français*, Paris, PUF, collection *droit fondamental*, 1985, 1^e éd., 294 p.

MICHEL Nicolas, *Les marchés publics dans la jurisprudence européenne*, Fribourg, éd. universitaires Fribourg, 1995, 147.

MICHOUD Léon, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Paris, LGDJ, 1906, 2 v.

Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, « La modernisation et la transparence des finances locales. Colloque du 10 octobre 1996 », *Les éditions de Bercy, Collection colloques*, 1997, 215 p.

MODERNE Franck, *La sous-traitance des marchés publics. Essai sur une institution hybride*, Dalloz éd., 1995, 283 p.

MODERNE Franck, *Les conventions de prestations de service entre l'Etat et les collectivités locales*, Paris, EFE, 1996, n° 29.

MODERNE Franck, *Les quasi-contrats administratifs*, Paris, Sirey, 1995, 132 p.

MOMMSEN Théodor, *Droit public romain*, traduit par Paul Frédéric GERARD, Paris, E. Thorin et A. Fontemoing éd., 1889-1892, 7 t.

MONNIER François, *Les marchés de travaux publics dans la généralité de Paris au XVIII^e siècle*, Thèse, 1983.

MONNIER François, préface de Marguerite BOULET-SAUTEL *Les marchés de travaux publics dans la généralité de Paris au XVIII^e siècle*, Paris, LGDJ *bibliothèque de science administrative*, Tome 11, 1984, 435 p.

MONTMERLE Jacques, *Passation et exécution des marchés de travaux publics - commentaire des cahiers des clauses administratives générales*, Paris, Eyrolles éd., 1966, 288 p.

MONTMERLE Jacques, *Situation juridique des entreprises de travaux publics soumises au CCAG des Ponts et Chaussées*, Thèse Paris, Sirey, 1931, 687 p.

MORAND-DEVILLER Jacqueline, *Le droit de l'environnement*, Paris, PUF, coll. *Que sais-je ?*, 2003, n° 2334, 6^e éd., 128 p.

NOËL Marc, *La notion de travail public*, F ; Pichon et Durand Auzias éd., 1924, 162 p.

NOSSAM René, *Les marchés de travaux : exécution et gestion*, Paris, Mémentos Berger-Levrault, 1995, 147 p.

ODENT Raymond, *Contentieux administratifs*, Paris, *Les cours du droit éd.*, 1961-1962, 3 vol.

OGUS Anthony et FAURE Michael, *Economie du droit : le cas français*, Paris, éd. Panthéon-Assas, LGDJ *diffuseur*, 2002, 176 p.

PASSERON Serge, *L'autonomie de gestion des établissements publics nationaux*, LGDJ, 1968, 315 p.

- PASCALIS Henri, *Régime des travaux publics en droit romain*, Versailles, éd. E. Aubert, 1881, 436 p.
- PEQUIGNOT Georges, *Théorie générale du contrat administratif*, Paris, Montpellier, Imprimerie du Midi, 1945, 625 p.
- PERIER Arsène, *Des marchés de fournitures*, Paris, Plon et Cie & Maresq Ainé éd., 1876, 288 p.
- PERIER Léon et BOUFFET Gabriel, *Traité du département*, Paris, Paul Dupont, éd., 1893, 2 t.
- PERRIQUET Etienne, *Traité théorique et pratique des travaux publics*, Paris, Marchal, Billard et Cie éd., 1883, 2 t.
- PERRIQUET Etienne, *Les contrats de l'Etat*, Paris, Marchal, Billard et Cie éd., 1884, 692 p.
- PILLON Gilbert, *De la compétence des conseils de préfecture en matière de dommages causés par l'exécution de travaux publics*, Lyon, A. Rey éd., 1900, 192 p.
- PINAUD Xavier, *L'intégration des considérations sociales et environnementales dans les marchés publics*, Pulim, coll. *Les cahiers du CRIDEAU*, 2003, vol. 7, 188 p.
- PLESSIX Benoît, préf. de BIENVENU Jean-Jacques, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, Paris, Editions Panthéon-Assas, diff. LGDJ, 2003, 878 p.
- PORTET Louis, *Les marchés de fournitures militaires*, Thèse Paris, 1967, 306 p.
- POUYAUD Dominique, préface de Prosper WEIL, *La nullité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, coll. *bibliothèque de droit public*, Tome 158, 1991, 558 p.
- PRÉBISSY-SCHNALL Catherine, préface de Gilles J. GUGLIELMI, *La pénalisation du droit des marchés publics*, Paris, LGDJ coll. *Bibliothèque de droit public*, Tome 223, 2002, 640 p.
- PRIEUR Michel, *Droit de l'environnement*, Paris, Dalloz, coll. *Précis*, 2004, 5e éd., 1001 p.
- PRIEUX Henri, *Traité pratique du droit des travaux publics et des marchés publics*, Paris, éd. du *Moniteur des travaux publics*, 6ème éd., 1968, 4 t.
- PRIEUX Henri, *Traité pratique du droit des travaux publics et des marchés publics*, Paris, éd. du *Moniteur des travaux publics*, 1951, 653 p.
- PRIEUX Henri, *Traité du droit des travaux publics*, Paris, éd. du *Moniteur des travaux publics*, 1954, 2 vol.
- QUANCART Michel, Pref. de Marcel WALINE, *L'adjudication dans les marchés publics de travaux et de fournitures*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 1942,
- RAINAUD Jean-Marie et CRISTINI R. dir., Ouvrage collectif, *Droit public de la concurrence*, Paris, *Economica coll. Science et droit administratifs*, 1987, 288 p.
- RICHER Laurent, *Droit des contrats administratifs*, Paris, LGDJ coll. *Manuel*, 4^e éd. 2004, 677 p.
- RICHER Laurent, préface de Jean-Louis de CORAIL, *La faute de service public dans la jurisprudence du Conseil d'État*, Paris, *Economica*, 1978, 183 p.,
- RIDEAU Joël (dir.) et alii, *La transparence dans l'Union européenne, Mythe ou principe juridique ?*, LGDJ, 1999, colloque du CEDECE avril 1998, 276 pp.
- RIVERO Jean, *Recherche sur la puissance publique dans les principaux systèmes de droit administratif*, *Cours de doctorat polycopiés*, 1956.

ROBIN-OLIVIER Sophie préf. MOREAU Marie-Ange, *Le principe d'égalité en droit communautaire. Etude à partir des libertés économiques*, PUAM, 1999, 552 p.

ROLLAND Louis, *Précis de droit administratif*, Paris, Dalloz, coll. *Précis*, 1943, 8e éd., 711 p.

ROMI Raphaël, *Droit et administration de l'environnement*, Montebrestien, coll. *Domat droit public*, 2004, 595 p.

SABIANI François, *Marchés publics de travaux*, Paris, Delmas éd., 1995, 232 p.

SABIANI François, *Droit des interventions publiques immobilières*, Paris, Masson éd. Coll. *Concours droit*, 1993, 133 p.

SANDEVOIR Pierre, préface de DRAGO Roland, *Etudes sur le recours de pleine juridiction*, LGDJ, *Bibliothèque de droit public*, 1964, 459 p.

SANDS Philippe, *Principles of international environmental Law I, Frameworks, standards and implementation*, Royaume-Uni, Etats-Unis, Manchester and New-York, *Manchester University Press*, 1994, 774 p.

SEKKAT Abdelrhani Préface de Jean-Marie AUBY, *La concession de service public en droit administratif français*, Thèse Bordeaux I, 1987, 977 p.

SERRIGNY Denis, *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative, dans leurs rapports avec le droit civil*, Paris, Aug. Durand, Libraire éditeur, 1865, 2^e édition, 3 tomes

SERRIGNY Denis, *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative, dans leurs rapports avec le droit civil*, Paris, Aug. Durand, Libraire éditeur, 1851, 1^{ère} édition, 2 tomes

SFEZ Lucien, *Essai sur la contribution du Doyen Hauriou au droit administratif français*, Préface de J. RIVERO, Avant-propos d'A. HAURIOU, Paris, LGDJ coll. *Bibliothèque de droit public*, Tome LXXI, 1966, 520 p.

SOULIE Marie-C. Pref. de Georges DUPUIS, *La passation des marchés publics en France et dans la communauté européenne*, Thèse Paris 1, 1987.

SOUSSE Marcel, *Droit public des contrats de construction*, Paris, LGDJ *Collection systèmes*, 1998, 157 p.

SUEL Marc, *Essai sur la codification à droit constant*, Paris, imprimerie des J.O., 1993, 246 p.

SYMCHOWICZ Nil, *Droit public des montages contractuels complexes*, Paris, Groupe Imprimerie Nationale, *éditions techniques*, coll. *Essentiels Expert.*, 2003, 353 p.

TALBOT Jean, *L'évolution de la réglementation des marchés de travaux et de fournitures de l'Etat*, Thèse Paris, 1958, 386 p.

TAMBA Rose-Marie Pref. HAEL, *La protection du sous-traitant dans le cadre des marchés publics*, Thèse Lyon 3, 1987, 208 p.

TARBÉ de VAUXCLAIRS Jean-Bernard, *Dictionnaire des travaux publics, civils, militaires et maritimes considérés dans leurs rapports avec la législation, l'administration et la jurisprudence*, Paris, P. Carilian-Goëury éd., 1835, 538 p.

TERNEYRE Philippe, Préface de Franck MODERNE, *La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif*, Paris, *Economica*, *Collection Science et Droit Administratifs*, 1989, 344 p.

TETREAU, *Les marchés de fournitures*, Thèse Paris, 1921.

THERON Jean-Pierre, Préface de Jean-Arnaud MAZERES, *Recherche sur la notion d'établissement public*, Paris, LGDJ, coll. *Bibliothèque de droit public*, Tome 123, 329 p.

TISON Robert-Henri, *Le principe de l'autonomie de la volonté dans l'ancien droit français*, Paris, F. Loviton éd., 1931, 197 p.

TROLLEY Alfred, *Traité de la hiérarchie administrative ou de l'organisation des compétences des diverses autorités administratives*, Paris, G. Thorel éd. puis Plon Frères, libraires-éditeurs., 1854, Tomes 1 et 2 de 1844, Tome 3 de 1845, Tome 4 de 1847 et Tome 5 comprenant des appendices aux 4 Tomes daté de 1854 les actualisant

TROIZIER Arnaud, *Le mandat et la commande publique*, mémoire de DEA 1999, 98 p.

TRUCHET Didier, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, LGDJ, collection « Bibliothèque de droit public », t. 125, 1977, 394 p.

VAN LANG Agathe, *Droit de l'environnement*, PUF, 2002, 1e éd. 475 p.

VERGE Emmanuel et RIPERT Georges, *Nouveau Répertoire de droit Dalloz*, Paris, Dalloz éd., 1947-1949.

VERGE Emmanuel et SEGOGNE (de) Roger, *Nouveau Répertoire de droit Dalloz*, Paris, Dalloz éd., 2^e éd. 1964

VEYSSEYRE Paul, *Etude critique des divers Clauses administratives générales imposées aux entrepreneurs par l'administration des Ponts et Chaussées*, Paris, A. Rousseau, 1899, T 31, 388 p.

VIGNON Eugène-Jean-Marie, *Etudes historiques sur l'administration des voies publiques en France au XVII^e et XVIII^e siècles*, Dunod, 1862, 3 Tomes

VILLARD Michel et alii, *Droit et financement des marchés publics de travaux*, Paris, Moniteur, 1991, 515 p.

VILLARD Michel et alii, *Droit et pratique des marchés publics de travaux*, Paris, Moniteur, 1981, 426 p.

WALINE Marcel, *Traité de droit administratif*, Paris Recueil Sirey, 1952, 641 p.

**ARTICLES, CHRONIQUES, CONTRIBUTIONS AUX MÉLANGES,
NOTES ET CONCLUSIONS**

ACCOMANDO Gilles, « Le juge pénal - colloque Marchés publics et délégations de service public face au droit communautaire », *LPA*, 2 février 2000, n° 23 page

ALBERT Jean-Luc, « L'institution d'un droit moderne de la commande publique au 19ème siècle en France », *Mélange en l'honneur de Bernard VONGLIS*, L'harmattan, 2000, 374 p.

ALBERTINI Jean-Paul, « Vers un code de la communication », *Légipresse*, 1993, pp. 45-51

ALENGRY P, « Les marchés publics de prestations de services », *Marchés publics*, 1978, p. 23 et s.

ALIBERT Thierry, « "L'intuitus personae" dans la concession de service public : un principe en mutation », *La revue administrative*, 1990, p. 507.

ALLAIN Yves, « La rédaction d'un contrat type de prestation de service », *Marchés publics*, n° 275, juillet 1993, pp. 27-30.

ALLISON John W.F., « Transplantation and Cross-fertilisation », in Jack BEATON et Takis TRIDIMAS (ed.), *New directions in European Public Law*, Royaume-Uni, Oxford, Hart Publishing coll. "New directions in", 1998, pp. 147 à 167.

AMIEL Roberte, « Favoritisme dans les marchés publics : bilan jurisprudentiel... », *Revue de la concurrence et de la consommation*, mars 1997, pp.31 à 33.

AMPHOUX Jean, « La réforme juridique des marchés publics passés au nom des collectivités et établissements publics locaux (Décret n° 60-724 du 25 juillet 1960) », *Revue Pratique de droit administratif*, novembre 1960, 7ème année, n° 11-12 p. 149.

Anonyme, « Note sous Cour d'appel de Paris, première Chambre, section concurrence, 7 février 1991, société d'Exploitation des établissements R Lazaar », *Gaz. Pal.*, 6 janvier 1993, n° 6-7.

Anonyme, « Sous-traitance : divergences... », *MTPB*, 9 janvier 1996, n° 4808 p. 37.

Anonyme, « Affacturage », *MTPB*, 21 novembre 1997, n° 4904.

Anonyme, « Note sous CA Versailles, 12/3/92, Sté levaux c/ Sté AMFL et MVB », *Gaz. Pal.*, 28 mars 1993, n° 87-89.

Anonyme, « Ce qui a changé le 1er janvier 1993 », *Affiches parisiennes*, 14 janvier 1993, n° 6.

Anonyme, « Construction. La route est longue », *Option finance*, 20 décembre 1993, 42, n° 287.

Anonyme, « Le fonctionnement du secteur public en économie de marché, l'exemple français », *Notes bleues de Bery*, 16 mars 1993, n° 11.

Anonyme, « Marchés publics », *BRDA*, 31 mai 1994, 22-24, n° 10

Anonyme, « Réglementation : la simplification du Code des marchés publics (à propos du décret n° 92-1310 du 15 décembre 1992 portant simplification du Code des marchés publics) », *Notes bleues de Bery*, 16 avril 1993, n° 13

Anonyme, « Document Ass Nat n° 3462: projet de loi portant réforme du cmp », *MTPB*, 4 avril 1997, n° 4871, cahier sp

Anonyme, « Dossier : Stade de France », *MTPB*, 28 novembre 1997, n° 4905 p. 43.

Anonyme, « Un chantier durant l'antiquité », *Marchés publics*, n° 277, novembre 1993, 47-51,.

Anonyme, « Des concessions », *Revue des concessions*, 1902, T 1, page 9.

Anonyme, « Marchés publics et administration », *Cahiers de la fonction publique et de l'administration*, n° 128, octobre 1994, 4-13.

Anonyme, « Pratiques anticoncurrentielles et marchés de travaux publics. Arrêt Cass. Com. 6 octobre 1992 », *LPA*, 20 janvier 1993, n° 9.

Anonyme, « La réforme de la double enveloppe. La réforme du contrôle des obligations fiscales et sociales des candidats. », *Marchés publics*, n° 282, 6 juillet 1994, pp. 36-38.

ARDANT Gabriel, « La codification permanente des lois, règlements et circulaires », *RDP*, 1952, pp. 35-50.

ARHEL Pierre, « Activité du Conseil de la Concurrence en 1996, 1ère partie : les ententes », *LPA*, n° 42, 7 avril 1997, pp 4-10.

ARHEL Pierre, « Activité du Conseil de la Concurrence en 1996, suite et fin », *LPA*, n° 45, 14 avril 1997, pp 4-10.

ARNAUD André-Jean, « Ipérium et dominium Domat, Pothier et la codification », *Droits*, 1990, pp. 55-56.

ARNOULD Joël, « Le projet de communication interprétative de la Commission européenne sur les concessions en droit communautaire des marchés publics », *RFDA*, janvier 2000, n° 1 pp. 24-28.

ARNOULD Joël, « Le texte définitif de la communication interprétative de la Commission européenne sur les concessions en droit communautaire », *RFDA*, septembre 2000, n° 5 pp. 1015-1021

ARNOULD Joël, « Les contrats de concession, de privatisation et de services “in house” au regard des règles communautaires. Les “instruments de type marché” à l'épreuve du droit européen de la commande publique. », *RFDA*, janvier 2000, n° 1 pp. 2 à 23.

ARRIGHI, « Essai sur le caractère administratif des marchés de fournitures », *Thèse Paris*, 1945,

ARROWSMITH S, « Framework Purchasing and Qualification Lists under The European Procurement Directives », *Public procurement law review*, mars 1999, n° 3 et 4.

ARTAUD Laurence, « L'accès des marchés publics allemands pour les entreprises françaises », *Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation*, n° 2, mars 1993, p. 277.

ARTAUD Laurence, « Les marchés publics de collectivités locales en Allemagne », *Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation*, n° 2, 1 mars 1993, p. 293.

Assemblée Nationale, « Projet de réforme du code des marchés publics déposé sur le bureau de l'Assemblée Nationale », *Document de l'Assemblée nationale*, 20 mars 1997, n° 3462.

AUBY Jean-Bernard, « A propos de deux types subsidiaires de responsabilité des constructeurs dans les marchés de travaux publics », *Droit administratif*, juin 1991, n° 6.

AUBY Jean-Bernard, « Bilan et limites de l'analyse juridique de la gestion déléguée », *RFDA*, novembre 1997, n° Spécial sur la gestion déléguée p. 4.

AUBY Jean-Bernard, « La notion et le régime de la délégations de service public », *JCP G*, 1996, Doctrine n° 3941.

AUBY Jean-Bernard, « La notion et le régime de la délégations de service public », *Marchés publics*, 1996, n° 5 p. 18.

AUBY Jean-Bernard, « Le mouvement de banalisation du droit des personnes publiques et ses limites », *Mélanges J-M AUBY*, 1992, *Dalloz éd.* p. 3.

AUBY Jean-Bernard, « Le partenariat public privé et la constitution », *Droit administratif*, Repères, p. 90.

AUBY Jean-Bernard, « Les contrats publics de construction », *Mélanges Roland Drago, Economica éd.*, 1996, pp. 179-191.

AUBY Jean-Bernard, « Les sociétés d'économie mixte locale et le droit communautaire », *AJDA*, septembre 1993, n° 9, pp. 602-606.

AUBY Jean-Bernard, « Observations sur certaines conséquences la non transposition des directives européennes », *Droit Adm.*, février 1992, février chr. p. 1.

AUBY Jean-Bernard, « L'internationalisation du droit des contrats publics », *Droit administratif*, août 2003, chron. 14 pp. 5-10

AUBY Jean-Bernard, MAUGÜÉ Christine, « Les contrats de délégation de service public », *JCP G*, 2 mars 1994, doctrine n° 3743 p. 115-124.

AUBY Jean-Bernard, MAUGÜÉ Christine, « La notion et le régime de la délégation de service public. Quelques précisions du Conseil d'Etat », *JCP G*, 19 juin 1996, n° 25, page 247 doctrine n° 3941.

AUBY Jean-François, « La concession de service public à l'épreuve de l'Europe », *MTPB*, 20 avril 1990, p. 36.

AUBY Jean-François, « gestion du service public et corruption », *LPA*, 13 janvier 1995, 13 janvier, n° 6.

AUBY Jean-François, « la délégation de service public : premier bilan et perspectives », *RDP*, août 1996, 1095-1115.

AUBY Jean-François, « Gestion des services publics et corruption », *LPA*, 13 janvier 1995, 23-26, n° 6.

AUBY Jean-François, « Délégation de service public et fonds de commerce », *LPA*, 5 avril 2000, n° 68 p. 5 à 9

AUBY Jean-François et BRONNER F, « L'europe des marchés publics », *AJDA*, 1990, p. 258 à 270.

AUBY Jean-Marie, « Actualité de l'affermage de service public », *Mélanges Péquignot*, mai 1984, Tome 1 pp. 29-39

AUBY Jean-Marie, « Contribution à l'étude du domaine privé », *EDCE*, 1958, p. 35.

AUBY Jean-Marie, « L'ouvrage public », *CJEG*, 1961, (doc. p. 61) p. 529 et 1962 p. 1.

AUBY Jean-Marie, « La transaction en matière administrative », *AJDA*, 1956, p. 1.

AUBY Jean-Marie, « note sous CE Section 8 février 1991 Région Midi-Pyrénées », *RDP*, 1991, page 1137-1147..

AUBY Jean-Marie et FATÔME Etienne, « Les droits conférés par le titre : Objet et étendue du droit réel conféré à l'occupant du domaine public de l'État », *JCP N*, 13 septembre 1996, n° 37, pp. 1240-1244.

BANDET Denis & PIGNON Sophie, « L'intervention annoncée du législateur dans la réforme de la commande publique (remarques sur le projet de loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier) », *LPA*, 11 mai 2001, n° 94 pp. 4-8.

BANDET Denis & PIGNON Sophie, « Le nouveau code des marchés publics : quelques éclairages pratiques », *AJDA*, avril 2001, pp. 367 à 375.

BARBIER Christian, « L'utilisateur est-il devenu un client du service public ? », *JCP G*, 1995, n° 3, pp. 31-35.

BARBUSIAUX C, « Entente: l'objectif est la dissuasion », *MTPB*, 19 janvier 1996, n° 4808, p. 38.

BARROS Jean-Claude, « note CAA Bordeaux, 29/5/95 Entreprise Porte », *AJDA*, n° 11, 20 novembre 1995, pp. 795-797.

BAUMES, « CEE, l'accès aux marchés publics de fournitures », *MOCI*, 14 mai 1979, page 25.

BAZEX Michel, « Le conseil de la concurrence et les marchés publics », *AJDA*, n° spéc , 7 août 1994, pp.103-108.

BAZEX Michel, « L'appréhension des services publics par le droit communautaire », *RFDA*, mars 1995, p. 295.

BAZEX Michel, « La réglementation des prix et autres dispositions d'ordre public (hors du code des marchés publics CMP) in Réglementation et pratique des marchés publics », *Dalloz éd.*, 1985, p. 110.

BEAUGE Thierry, « Le droit des fournisseurs (suite) », *Marchés publics*, n° 273, avril 1993, pp. 31-37.

BEAUGE Thierry, « Le droit des fournisseurs », *Marchés publics*, mars 1993, p. 37, n° 272 et 273 p. 31.

BECHILLON-BORAUD F, « Le coordonnateur de sécurité et de protection de la santé », *RDI*, n° 4, octobre 1996, pp. 505-509.

BECQUART-LECLERCQ Jeanne, « Paradoxes de la corruption politique », *Pouvoirs*, 1984, n° 31 "La corruption", p. 19.

BEDOS Gérard, « Transparence et marchés publics », *LPA*, 13 septembre 1995, n° 110 dossier transparence et contrôle des activités publiques, pp. 14-16.

BELL John, « Mechanisms for cross-fertilisation of Administrative Law in Europe », , in Jack BEATON et Takis TRIDIMAS (éd.), *New directions in European Public Law*, Royaume-Uni, Oxford, Hart Publishing, coll. "New directions in", 1998, pp. 147-167.

BELLIER, « Les possibilités et modalités de financement privés en faveur d'investissements collectifs », *Rapport pour le Min équipement*, septembre 1993.

BELLOUBET-FRIER Nicole, « Service public et droit communautaire », *AJDA*, 1994, pp. 270 à 285.

BELLOUBET-FRIER Nicole, « Le principe d'égalité », *AJDA*, 20 juillet 1998, n° spécial, pp. 152-164.

BELUJON et PASQUET, « Dossier CEE : les marchés publics », *Moniteur du commerce international*, 20 janvier 1986.

BELVA Michel, « La doctrine de la commission centrale des marchés. Réglementation et pratique des marchés publics », *Dalloz éd.*, 1985, p. 76.

BELVA Michel, « Les principes de la loi du 31 décembre 1975, in *La sous-traitance dans les marchés publics*, Université Paris X - Nanterre, 1983, pp. 19-29.

BEN ABDERRAHMANE Dahmane, « la pratique des contrats d'Etat, l'exemple actuel de l'Algérie », *Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation*, n° 3, mai 1993, pp. 495-505.

BERGEAL Catherine, « La procédure d'attribution d'un contrat d'affermage. Conclusions sur l'arrêt du Conseil d'Etat, 21 juin 2000 Syndicat intercommunal de la Côte d'Amour et de la Presqu'île Guérandaise », *RFDA*, septembre 2000, n° 5, pp. 1031-1040.

BERGEAL Catherine, « Conclusions sur l'arrêt du Conseil d'Etat, 7 avril 1999 Commune de Guilhaud-Granges », *BJCP*, 1999, n° 5 p. 456.

BERGEAL Catherine, « Conclusions sur l'arrêt du Conseil d'Etat, 30 juin 1999 Syndicat mixte du traitement des ordures ménagères Centre Ouest-et-Marnais », *BJCP*, décembre 1999, n° 7 p. 607.

BERGERES Maurice-Christian, « Les mesures provisoires ordonnées par la CJCE et les marchés publics », *Dalloz*, 23 février 1995, n° 8, pp. 118-122,

BERGERES Maurice-Christian, « Les pièges du décompte définitif dans les marchés publics », *LPA*, 30 octobre 1996, n° 8, pp. 4-6.

BERGERES Maurice-Christian, « note sous CJCE Commission des communautés européennes c/ Royaume des Pays bas du 24 janvier 1995 », *Dalloz*, 11 janvier 1996, n° 2, pp. 21-23.

BERLIN Dominique, « Commentaire de la directive 90/531 secteurs spéciaux », *AJDA*, 20 janvier 1991, p. 13.

BERNARD François-Charles, « Marchés publics : réduire les délais de mise en concurrence », *MTPB*, 14 avril 2000, pp. 102 à 104.

BERNARD J-R, « Délégation de service public et Marchés d'entreprise de travaux publics (METP) », *MTPB*, 8 avril 1994, 8 avril p. 34.

BERNARD-CHATELOT Jean, « Un effort de rationalisation : les groupements nationaux d'achat », *RFAP - Revue française d'administration publique*, janvier 1985, n° 33, pp. 9-21.

BERNARD-CHATELOT Jean, « Les perspectives de la commande publique », *Marchés publics*, octobre 1987, n° 229, pp. 19-22.

BERTHOUD Joël, « L'application de la loi Dailly aux créances résultant des marchés publics de travaux », *AJDA*, février 1998, pp. 91-96.

BERTILE Véronique, « Note sous décision du Conseil constitutionnel n° 2001-452 DC du 6 décembre 2001, MURCEF », *RFD Constit.*, janvier 2002, n° 49, pp. 181-191.

BERTUCCI Jean-Yves, « L'activité des chambres régionales des comptes », *AJDA*, 20 mars 1995, n° 32, pp. 200-206.

BESNARD J, « La réforme des marchés de travaux, fournitures et services des collectivités publiques secondaires », *AJDA*, 1960, Doct. pp. 143 et s.

BETTINGER Christian, « L'introduction des clauses abusives dans le droit des services publics : une révolution aux suites multiples », *Droit administratif*, octobre 1993, n° 10, pp. 9-13.

BETTINGER Christian, « Réflexions sur le premier texte d'harmonisation sur les concessions dans le droit communautaire. A propos de la communication interprétative de la commission », *Revue des concessions et délégations de service public*, mars 2000, n° 8, p. 97.

BETTINGER Christian , FENNELLY Nial, « L'affaire Teleaustria Verlags GmbH, une occasion perdue ? », *Revue des concessions et délégations de service public*, décembre 2000, n° 11 (4ème de 2000) p. 115.

BEZANCON Xavier, « L'europe des concessions », *MBTP*, 19 mai 2000, pp. 88-89.

BEZANCON Xavier, « Typologie, contenu et droit comparé des contrats publics », *Revue du marché unique européen*, décembre 1999, n° 3, pp. 11-96.

BEZANCON Xavier, « Rétrospective sur la gestion déléguée du service public en France », *RFDA*, juin 1997, pp. 5-32.

BEZANCON Xavier, « Faut-il maintenir la procédure de conception-construction ? », *MBTP*, 11 mai 2001, p. 74.

BEZANCON Xavier & VAN RUYMBEKE Olivier, « Le marché d'entreprise de travaux publics, une forme particulière de concession ? », *AJDA*, 1990, p. 813.

BIENVENU Jean-Jacques, « La liquidation des établissements publics », *La revue administrative*, juillet 1993, n° 274, p. 311.

BIGNON S et VIENNE D, « La nécessaire sécurisation des contrats entre personnes publiques : l'exemple des conventions intercommunales », *LPA*, 23 janvier 2002, p. 18.

BIOLLEY-COORNAERT Annick, « CAP 2/4/1996 Aménagement hydrauliques et divers travaux publics dans les régions Provence-Alpes-Côte-d'Azur et Languedoc-Roussillon », *Revue de la conc et de la conso*, juillet 1996, , n° 92, pp. 34-36.

BIPE, « L'impact des montages inovants en construction publiques », *Rapport du BIPE*, octobre 1993.

BLAIS Hélène, « question de procédure concernant la cession des créances des marchés publics », *Droit administratif*, avril 1995, , n° 4, pp. 1-2.

BLANCHARD Patrick, « Remarques comparatistes sur l'introduction de la concurrence dans les contrats de délégation de service public et les autres modes de partenariat public/privé », *CJEG*, novembre 2000, n° 570, pp. 407 à 425.

BLANCHER P., « L'association délégataire de service public », *LPA*, 21 décembre 2001, p. 3

BLANK Annet, « La contestation de l'accord OMC sur les Marchés publics », *Revue de la conc et de la conso*, 1996, n° 89, pp. 23-28.

BLEMONT Patrice, « Nouveaux contrats pour construire l'hôpital », *BJCP*, 2004, p. 2

BODIN Luc, « La dématérialisation des procédures », *AJDA*, 22 décembre 2003, n° 44 pp. 2355-2362.

BOELHER Eric, « Le cimetière, ouvrage public », *LPA*, 4 novembre 1988, p. 12. ; *LPA*, 7 novembre 1988, p. 4 ; *LPA*, 9 novembre 1988, p. 4.

BOITEAU Claudie, « Précisions sur la notion de délégation de service public, note sous CE 30 juin 1999 SMITOM », *LPA*, 28 février 2000, n° 41 pp. 10-17.

BOITEAU Claudie, « La société d'économie mixte locale, délégataire de service public », *AJDA*, 2 décembre 2002, pp. 1318-1326.

- BOIZETTE Edith, « Enquête sur la corruption en France », *LPA*, 1996, n° 35 pp. 4-10.
- BONNARD Roger, « La passation des marchés publics », *RDP*, 1943, pp. 151-166.
- BONNEVILLE Hugues, « Les contrats : gaspi ou saine gestion ? », *Marchés publics*, 6 juillet 1994, n° 282, pp. 45-48.
- BORLES Louis, « La conception-réalisation : les nouvelles données », *MTPB*, 22 avril 1994, n° 4717, p. 54
- BOUCHER L, « OMC et marchés publics : la France très concernée », *MTPB*, 20 janvier 1995, p. 36.
- BOUCHON-COSSALTER, « Marchés de maîtrise d'oeuvre dans la construction publique », *Moniteur*, 1994, ouvrage
- BOURGEOIS Franck, « Quel cadre juridique pour le partenariat secteur public, secteur privé ? », *JCP E (Cahier du droit de l'entreprise)*, 12 janvier 1995, n° 2, pp. 25-31.
- BOURGOIN P, « Les exclusions de marchés publics », *Marchés Publics*, 1984, n° 208, p. 27.
- BOUSSEAU Roland, « Les directives européennes achats publics », *Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation*, avril 1994, n° 2, pp. 237-252.
- BRACONNIER Stéphane, « Politique culturelle locale et principe communautaire de libre concurrence », *RTDE*, octobre 1995, n° 4, pp. 771-803
- BRACONNIER Stéphane, « Un contrat en péril : le marché d'entreprise de travaux publics. A propos des arrêts du Conseil d'Etat, du 8 février 1999 Préfet des Bouches-du-Rhône c/ commune de la Ciotat et du 30 juin 1999 Département de L'Orne, Société Gespace France », *RFDA*, novembre 1999, pp. 1772-1184.
- BRACONNIER Stéphane, « L'accès aux marchés publics dans le nouveau code des marchés publics », *Contrats et marchés publics*, avril 2001, n° spécial Réforme du code des marchés publics chronique 8, p. 30.
- BRACONNIER Stéphane, « Les contrats de Private Finance Initiative. Réflexions sur la dynamique contractuelle dans les contrats de partenariats public-privé », *BJCP*, 2002, n° 22, p. 174.
- BRACONNIER Stéphane, « Choix des procédures et calcul des seuils », *Contrats et marchés publics*, février 2004, chron. 5, pp. 33-36.
- BRACONNIER Stéphane, « Les nouvelles règles de publicité », *Contrats et marchés publics*, février 2004, chron. 6, pp. 37-39.
- BRACONNIER Stéphane et SEQUENCE Brigitte, « La nomenclature fournitures et services, ombres et lumières sur la fonction achat des collectivités locales », *Gazette des communes*, 18 février 2002, pp. 66 et s.
- BRAIBANT Guy, « Codifier, pourquoi ? Comment ? », *Revue française d'administration publique*, 1995, n° 73 pp. 127-141.
- BRAIBANT Guy, « La codification française », *La revue administrative*, 1994, pp. 172-178.
- BRAIBANT Guy, « Les problèmes actuels de la codification française », *RFDA*, juillet 1994, pp. 663-667.
- BRAIBANT Guy, « Le code général des collectivités territoriales, loi du 21/2/96 », *RFDA*, mars 1996, n° 2 pp. 177-183.

BRAIBANT Guy, « La nouvelle codification », *La vie judiciaire*, 1993, n° 2484 p. 2.

BRAIBANT Guy, « article "Codification" », *Encyclopédie Universalis*, 1996.

BRAIBANT Guy, « Rapport d'activité 1993 de la Commission Supérieure de la Codification (extraits) », *RFDA*, juillet 1994, pp. 686-689.

BRARD Y, « Le mandat comme fondement des contrats administratifs entre personnes privées », *JCP*, 1981, I. p. 3032.

BREAS Andrée, « Les clauses de variation de prix dans les MP d'informatique », *Marchés publics*, 8 septembre 1994, n° 283, pp. 54-56.

BRECHON-MOULENES Christine, « Synthèse de "l'actualité des marchés publics" », *AJDA*, 20 juillet 1994, n° Spécial, p. 118.

BRECHON-MOULENES Christine, « La nouvelle directive communautaire sur la passation des marchés de travaux publics », *RFDA*, 1989, p. 834.

BRECHON-MOULENES Christine, « Marchés publics et innovation technologique », *Mélanges Péquignot*, mai 1984, T 1, pp. 57-70.

BRECHON-MOULENES Christine, « Application du référé précontractuel au contrat de concession. Note sous l'ordonnance du président du Tribunal Administratif de Paris, 2 novembre 1994 Groupement des sociétés Eiffage, SPIE Batignolles, Fougerolle, SPIE Citra », *AJDA*, 1995, pp. 147-153.

BRECHON-MOULENES Christine, « L'échec des directives travaux et fournitures de 1971 et 1976 », *RFDA*, 1988, p. 753.

BRECHON-MOULENES Christine, « Le droit communautaire des marchés publics de travaux. La directive 89/440 du 18 juillet 1989 », *RDI*, janvier 1990, p. 27.

BRECHON-MOULENES Christine, « Les recours pour l'application effective des règles de mise en concurrence », *MBTP*, 30 octobre 1992, p. 46.

BRECHON-MOULENES Christine, « Une technique juridique explosive : l'"autorisation conventionnelle" d'occupation du domaine public », *Mélanges G Burdeau*, 1977, pp. 753-763.

BRECHON-MOULENES Christine, « Liberté contractuelle des personnes publiques », *AJDA*, septembre 1998, pp. 643-650.

BRECHON-MOULENES Christine, « Choix des procédures, choix dans les procédures », *AJDA*, octobre 1998, n° 10 pp. 753-759.

BRECHON-MOULENES Christine, « Transparence et marché public (colloque sur la transparence) », *Revue de jurisprudence commerciale*, octobre 1993, n° Spécial, pp. 45-62.

BRECHON-MOULENES Christine, « De la loyauté de l'autorité publique cocontractante », *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz éd., 2004, pp. 440-468.

BRECHON-MOULENES Christine, « Rapport introductif : Réglementation et pratique des marchés publics », *Dalloz éd.*, 1985, p. 3.

BRECHON-MOULENES Christine et RICHER Laurent, « Chronique de législation. Marchés de services. Décrets 98-111, 98-112 et 98-113 », *AJDA*, 20 juillet 1998, pp. 602-611.

BRECHON-MOULENES Christine et RICHER Laurent, « Note sous CJCE 15 janvier 1988 Affaire Mannesmann Anlagenbau Austria e.a./ Strohal Rotationsdruck GesmbH (C-44/96) », *CJEG*, juin 1998, pp. 239-250.

BRECHON-MOULENES Christine, CHARREL Nicolas, RICHER Laurent, « Une étape de la réforme permanente : le décret du 7 mars 2001 », *ACCP*, juin 2001, p. 7.

BRENET Bernard, « Groupement d'achats publics et droit communautaire », *AJDA*, 2000, pp. 784-786.

BRENET François, « La théorie du contrat administratif. Evolutions récentes. », *AJDA*, 2003, n° 18, Chroniques p. 919.

BRENET François, « La qualification des contrats de mobilier urbain : nouvelles précisions », *RFDA*, 2003, n° 3, pp. 252-260.

BRESSON (de) Jean-Jacques, « Inflation des lois pénales et législations ou réglementations "techniques" », *Revue de sciences criminelles*, 1985, p. 241.

BREVILLE Anne, « Les institutions communautaires dans la création et l'application du droit communautaire des marchés publics », *Marchés publics*, janvier 1995, n° 1, pp. 25-30.

BRIAL Fabien, « Prix forfaitaires dans les marchés publics », *Droit administratif*, novembre 1997, Chron. n° 20.

BROUSSOLLE Denis, « Conventions d'exploitation de services publics de transport », *Droit administratif*, juillet 1998, Chron. n° 13.

BRUERE, « Délégations de service public et marchés d'entreprise de travaux publics », *Gaz. Pal.*, 5 août 1994, n° 217 pp. 2-6.

BUEB Jean-Pierre, « La lutte contre la corruption dans les marchés publics : originalité de l'approche française », *Revue du marché unique européen*, juin 1995, n° 2, pp. 121-130.

BUEB Jean-Pierre, « Fraudes et corruption dans les marchés publics », *Revue du marché unique européen*, 1997, pp. 27-68.

BUISSON Jacques, « Le ministère de la défense et la Cour des Comptes, rapport public 1996 », *Droit et défense*, 1997, n° 1, pp. 36-41.

Bulletin rapide de droit des affaires, « Règlement des marchés publics », *BRDA*, 30 septembre 1994, n° 18, pp. 10-11.

Bulletin rapide de droit des affaires, « Paiement des marchés publics », *BRDA*, 15 novembre 1996, n 21, pp. 18-20.

Bulletin Rapide de Droit des Affaires, « Code des marchés publics, décret n° 92-1310 du 15 décembre 1992 », *BRDA*, 15 février 1993, n° 3 p. 19.

Bulletin Rapide de Droit des Affaires, « Marchés publics, décret n° 93-733 du 27 mars 1993 relatif à la transparence des procédures dans les marchés publics », *BRDA*, 15 avril 1993, n° 7 pp. 17-18.

BURDEAU François, « Naissance d'un droit », in *Mélanges en l'honneur de Jean Gaudemet*, PUF, 1999, p. 14.

BUREAU Dominique, « Remarques sur la codification du droit de la consommation », *Dalloz*, 1994, pp. 291-297

CABANES, « Chronique. Arrêt du Conseil d'Etat, 7 avril 1999 Commune de Guilhaumand-Granges », *MBTP*, 9 juillet 1999, p. 48.

CABRILLAC Michel, « Le renouveau du contrôle de la légalité en matière de délégation de service public », *AJDA*, 20 septembre 1996, pp. 654-657.

CADIET Loïc, « Les marchés publics devant le juge civil », *RFDA*, 1993, p. 184

CALAIS-AULOY Jean, « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrat », *RTDCiv*, 1994, p. 239.

CAMPOS Juan-Antonio, « La circulation des produits de construction », *RDI*, 1990, p.10.

CANTIER Bruno et TROIZIER Arnaud, « Droit communautaire des concessions ; un pas décisif vers la mise en concurrence européenne. CJCE 7 décembre 2000, Telaustria Verlags GMBH, affaire C-324/98 », *LPA*, 30 avril 2001, n° 85, pp. 13-17.

CAPTANT René, « La double notion de travail public », *RDP*, 1929, p. 507.

CAPITOLIN Jean-Louis, « Les conséquences de l'annulation d'une convention de délégation sur l'exécution du service public. A propos d'un jugement du TA de Fort-de-France 3 juillet 1997, Groupement des entrepreneurs de transport. », *RFDA*, 2000, n° 1, pp. 93 – 107.

CARBONNIER Jean, « Le code napoléon en tant que phénomène sociologique », *RRJ*, 1981, p. 327.

CARRON Adrien, « Les ouvrages de production d'électricité et la notion de travail public », *CJEG*, 1956, p. 43.

CARRON Adrien, « Note sous CE 19/1/73 Sté d'exploitation de la rivière du Sant », *CJEG*, 1973, pp. 247 et 615.

CARRON Olivier et LABETOULE Alexandre, « L'accord sur les marchés publics et l'avis de marché communautaire », *Contrats et marchés publics*, 2003, chron. n° 19.

CARTOU Louis, « Les marchés publics conclus avec les ACP », *LPA*, 31 mars 1993, n° 39, pp. 22-24.

CARTOU Louis, « Le secteur public et le droit communautaire », *LPA*, 23 avril 1993, n° 49.

CARTOU Louis, « Responsabilité extra contractuelle des institutions. Conditions », *LPA*, 15 décembre n° 150, 1993, pp. 27-28.

CARTOU Louis, « Les marchés publics dans la Communauté économique européenne », *Mélanges G. Marty*, 1978, pp. 267-289.

CASAS Didier et DONNAT Francis, « Le Code des marchés publics est une mesure d'application du décret-loi du 2 novembre 1938, chronique de jurisprudence administrative française, à propos de l'arrêt CE 5 mars 2003 Ordre des avocats à la cour d'appel de Paris », *AJDA*, 2003, n° 14, p. 718.

CASSIA Paul, « Service public français et droit communautaire », *LPA*, 4 juillet 2002, n° 133 pp. 4-23.

CASSIA Paul, « Contrats publics et principe d'égalité de traitement », *RTDE Revue Trimestrielle de Droit Européen*, juillet 2002, n° 3 pp. 413-449.

CASTON Albert, « La pratique de l'arbitrage dans la sous-traitance des Marchés de travaux nationaux », *Gaz. Pal.*, 4 juin 1905, 1er sem, doct. p. 128.

CATHELINEAU, « Diversité et particularisme des concessions de travaux publics », *CJEG*, 1968, p. 27.

CAUDAL Sylvie, « "Article 14" in G. CONAC, M. DEBÈNE et G. TEBOUL (dir.), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, *Economica*, 1993, , pp. 299-316.

CAUDAL Sylvie & SESTIER Jean-françois, « Avant Propos - colloque Marchés publics et délégations de service public face au droit communautaire », *LPA*, 2 février 2000, n° 23, pp. 46-59.

CHABANOL Daniel, « Carte blanche les articles L 22 et L 23 du code des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel », *Gaz. Pal.*, 25 décembre 1994, n° 359, pp. 2-4.

CHABANOL Daniel, « La rationalisation de la commande publique », *BJCP*, 2001, n° 16 p. 2001.

CHABANOL Daniel, « Théorie de l'apparence ou apparence de la théorie ? », *AJDA*, 2002, n° 1, pp. 9-12.

CHANLAIR Marie-Pierre, « A propos de l'application aux sociétés d'économie mixte des obligations de publicité et de concurrence », *LPA*, 16 février 1996, n° 21, pp. 13-18.

CHANTEPY Christophe, « L'encadrement du référé précontractuel. Conclusions sur CE Ass., 10 juin 1994, Commune de Cabourg », *RFDA*, décembre 1995, n° 6, pp. 1077-1091.

CHANTEPY Christophe, « conclusions sur CE 3 novembre 1995 District de l'agglomération nancéenne, Société Stentofon communication et Chambre de commerce et d'industrie de Tarbes et des Hautes-Pyrénées », *CJEG*, février 1996, n° 518, pp. 67-80.

CHANTEPY Christophe, « Conclusions sur CE 15 avril 1996 Préfet des Bouches-du-Rhône », *CJEG*, août 1996, n° 523, pp. 267-270.

CHANTEPY Christophe, « marchés d'entreprise de travaux publics : Marchés publics ou délégation de service public. conclusions sur CE 15 avril 1995 Préfet des Bouches-du-Rhône », *RFDA*, août 1996, n° 4, pp. 715-718.

CHAPELLE Elie, « Le code des achats sur facture ou essai d'une liste des règles à respecter lors du mandatement des dépenses de l'espèce », *Marchés publics*, 6 juillet 1994, n° 282, pp. 49-55.

CHAPUS René, « De la valeur juridique des principes généraux du droit et autres règles jurisprudentielles en droit administratif. », *Dalloz*, 1966, pp. 99 et s.

CHAPUS René, « Structure de la responsabilité », in *Mélanges Marcel Waline*, 1974, p. 40.

CHARBIT Nicolas, « le recours de la commission devant la Cour de justice de communautés européennes dans les procédures de marchés publics », *LPA*, 21 juillet 1995, n° 87, pp. 22-27.

CHARBIT Nicolas, « l'application du droit de la concurrence aux contrats des personnes publiques », *ACCP*, juin 2001, p. 58.

CHAUVIN P, « Vers la privatisation du droit des contrats de l'administration ? Limites et paradoxes d'une évolution contrastée », *Mélanges H Blaise*, 1995, pp. 95-110.

CHAVRIER Henri, « CJCE 14/4/1994 Ballast Nedam GroepNV c/ Belgique », *AJDA*, 20 septembre 1994, , n° 9, pp. 651-652.

CHEMILLIER, « La directive sur les produits de construction », *MTPB*, du 12 novembre 1993, p. 42

CHENOT Bernard, « La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'État », *EDCE*, 1950, pp. 77-83.

CHENUAUD-FRAZIER Carole, « La notion de délégation de service public », *RDP*, février 1995, pp. 175-199.

CHENUT Charles-Henri, « Le financement privé des grands travaux publics et la technique concessive », *Gaz. Pal.*, 23 octobre 1996, n°297, pp. 2-6.

CHEREL Alexandre, « La répartition des compétences administratives et judiciaires en matière de contrats », *Rev. de la concurrence et de la consommation*, 1996, n° 90, p. 54.

CHEROT Jean-Yves, « Les organismes de droit public dans les directives "marchés publics". La notion de "besoins d'intérêt général ayant un caractère autre qu'industriel ou commercial". », *BJCP*, 1999, n° 4, p. 322.

CHEROT Jean-Yves et TREMEAU Jérôme, « La commande publique et les partenariats public/privé à nouveau devant le Conseil constitutionnel. Cons. const. 22 août 2002, n° 2002-460 DC Loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure », *AJDA*, 28 octobre 2002, n° 16, pp. 1059-1069.

CHEVALLIER Jacques, « La fin des écoles ? », *RDP*, 1997, pp. 679-700.

CHOLET Jean, « Quatre textes pour réformer l'environnement juridique de l'entreprise », *Marché et techniques financières*, 1996, n° 77, pp. 9-10.

CHRIDTOFORIDIS Angélique, « Grèce, la protection juridique en matière de marchés publics », *Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation*, juillet 1995, n° 4, pp. 837-843.

CHRISTOPHE-TCHAKALOFF Marie-France, « Les mesures françaises d'application des normes communautaires », *RFDA*, juillet 1994, n° 4, pp. 786-792.

CHRISTOPHE-TCHAKALOFF Marie-France, « Le principe d'égalité », *AJDA*, 1996, n° spécial, pp. 168-177.

CLEMENT Jean-Nicolas, « Premières décisions du Conseil d'Etat sur l'article L 22 du code des tribunaux administratifs et cours administratives d'appel », *LPA*, 20 janvier 1995, p. 14.

COLIN Jean-Pierre & SINKONDO Marcel, « Principe de non-discrimination et protection de la concurrence en droit international et en droit communautaire », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 1993, n° 364, pp. 36-55.

COMBARNOUS M et GALABERT J-M, « La notion de travail public », *AJDA*, janvier 1960, n° 1 p. 92.

COMBREXELLE Jean-Denis, « Chronique de la jurisprudence communautaire », *CJEG*, 1994, n° 505 pp. 611-622.

COMBREXELLE Jean-Denis & HONORAT Edmond & SOULARD Christophe, « Le droit communautaire en 1992 », *AJDA*, 20 avril 1993, n° 4, pp. 247-263.

Commission centrale des marchés, « Avenants aux marchés publics », *Marchés publics*, février 1996, n° 2 p. 2.

Commission centrale des marchés, « Elaboration des clauses techniques dans les marchés publics », *Marchés publics*, novembre 1994, n° 285, pp. 10-22.

Commission centrale des marchés, « Dossier : le contexte européen des marchés publics », *Marchés publics*, 1996, n° 7, pp. 1995-1996.

Commission centrale des marchés, « Le rapport 1998 de la cour des comptes sur les délégations de service public », *Marchés publics*, février 1999, n° 2, p. 6.

Commission centrale des marchés, « Maîtrise d'oeuvre, ce qui change, les nouveaux documents types », *Marchés publics*, 6 juillet 1994, suppl. , n° 282.

Commission centrale des marchés, « Marchés publics et délégations de service public », *Marchés publics*, 1995, n° 2 supplément.

Commission centrale des marchés, « la réforme des marchés publics », *Télégrammes des MP*, mars 1997, n° spécial

Commission centrale des marchés, « Les départements et les marchés des Lycées », *Marchés publics*, 1994, pp. 28-34.

Commission centrale des marchés, « Les nouvelles données de la commande publique : simplification et transparence », *Marchés publics*, juin 1993, Juin, n° 274 p. 41 à 57.

Conseil d'Etat, « Marchés et travaux publics », *EDCE*, 1988, p. 49.

Conseil de la concurrence, « Rapport 1994 du Conseil de la concurrence », *BRDA*, 31 août 1995, n° 15/16, pp. 17-20.

CONSTANTINESCO Vlad, « Commentaire de la dir. 93/37 Travaux », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 1989, p. 597.

CONTE Philippe, « Le délit d'ingérence », *Gaz. Pal.*, 24-25 janvier 1992..

CORNU Gérard, « L'évolution du droit des contrats en France », *Journée de la société de législation comparée ? 1979*.

COSSALTER Patrice, « Le marché public, alternative à la concession de service public », *Revue des concessions et des délégations de service public*, 1998, n° 3, p.141.

COSSALTER Patrice, « Le point sur les marchés de définition », *Gazette des communes*, 12 juillet 1999, p. 62.

COSSALTER Patrice, « Le fonctionnement des commissions d'appel d'offre des collectivités territoriales », *Marchés publics*, août 1996, n°34, pp. 29-34.

COSTA J.-P., « Principes fondamentaux, principes généraux, principes à valeur constitutionnelle », *Conseil constitutionnel et conseil d'Etat (colloque des 21 et 22 janvier 1988)*, 1988, LGDJ Montchrestien, pp. 133 et s.

COUDERT Jean-Luc, « Marchés publics, procédure collective du titulaire », *Marchés publics*, novembre 1994, n° 285, pp. 38-39.

COUDEVILLE Andrée, « La notion de mandat en droit administratif », *AJDA*, septembre 1979, n° 9 p. 7.

Cour des comptes, « La conduite par les collectivités locales de leurs opérations d'investissement », *rapport*, 1993, pp. 209 et s.

COURTIER Jean-Loup, « La garantie à première demande : une nouvelle sûreté pour les créanciers », *LPA*, 23 mai 1994, n° 61, pp. 4-9.

COUSTON Mireille, « Droit en pratique des marchés d'armement », *Droit et défense*, juin 1993, n° 1, pp. 14-27.

COUTAUD André, « La réforme de la réglementation des marchés publics », *La revue administrative*, mars 1957, n° 56, p. 126.

COUTAUD André, « Une initiative attendue: Le bulletin officiel des annonces des marchés publics », *La revue administrative*, janvier 1957, n° 55, p. 87.

COUTAUD André, « Remarque sur le financement administratif des marchés de l'Etat », *La revue administrative*, septembre 1957, p. 449.

COUTAUD André, « Les garanties pécuniaires exigées des soumissionnaires et des titulaires des marchés de l'Etat », *La revue administrative*, mai 1957, p. 242.

COUTAUD André, « Une nouvelle catégorie de contrats administratifs: les marchés de clientèle », *La revue administrative*, janvier 1957, n° 55, chr., p. 99.

COUZINET Philippe, « Régie intéressée et délégation de maîtrise d'ouvrage public », *LPA*, 10 octobre 1997, n° 122, pp. 12-15.

COUZINET Philippe, « Les nouveaux pouvoirs du juge en matière de passation des marchés publics », *Marchés publics*, mars 1993, n° 272, p. 48.

COUZINET Philippe, « Les nouveaux pouvoirs du juge en matière de passation des marchés publics et des conventions de délégation de service public : derniers développements », *Marchés publics*, septembre 1993, n° 276, pp. 79-84.

COUZINET Philippe, « Les nouveaux pouvoirs du juge en matière de Marchés publics Loi du 4 janvier 1992 », *Marchés publics*, novembre 1992, n° 269, pp. 45 et s.

COUZINET Philippe, « L'attribution de la concession du Grand Stade », *RFDA*, décembre 1996, n° 6, pp. 1113 à 1123.

COUZINET Philippe, « Régie intéressée et marchés publics », *LPA*, 20 août 1997, n° 100 pp 14-17.

D.P., « La notion actuelle de travaux publics », *AJ Travaux*, 1946, pp. 57 -63 et 105-112.

DAHLGAARD DINGEL D., « Direct effect of the Government procurement agreement », *Public procurement law review*, 1996, pp. 245-254.

DAL FARRA Thierry, « Le risque de favoritisme : quelle perspective après la réforme de la commande publique », *BJCP*, n° 21/2002, pp. 91

DALLOZ, « Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence. Article Marchés de fourniture. Tome 3 », *répertoire Dalloz*, 1875.

DALLOZ, « Répertoire méthodique et alphabétique de législation, de doctrine et de jurisprudence. Article Travaux publics. Tome XLII », *répertoire Dalloz*, 1862.

DANDELOT Marc, « Le champ d'application du code des marchés publics », *RFDA*, janvier 1985, pp. 13 et s.

DANTONEL-COR Nadine, « L'avenir de l'ingénierie publique. La maîtrise d'oeuvre de travaux locaux par les services de l'Etat », *Droit administratif*, janvier 2001, Chron. n° 1, pp. 4-8.

DAUMARD Jacques, « Les sous-traitants dans les marchés industriels », *AJDA*, 1962, p. 6.

De SOTO Jean, « note sous CE 10 mars 1950 Département de la Seine c/ Société des transports en commun de la région parisienne », *Dalloz*, 1950, p. 454.

DECOCQ André, « La place de la directive "produits de la construction" dans le droit communautaire », *RDI*, 1990, p. 5.

DEGOFFE Michel, « Les services techniques de l'Etat soumis au code des marchés publics », *RDI*, 2002, pp. 58 et s.

DELACOUR Eric, « Services publics et concurrence européenne - aspects juridiques », *Rev. du Marché Commun*, 1996, n° 400 pp. 501-509.

DELACOUR Eric, « La subdélégation d'un service public », *MTPB*, 28 novembre 1997, n° 4905 p. 76.

DELACOUR Eric, « Les sources du droit des marchés publics et des délégations de service public - colloque Marchés publics et délégations de service public face au droit communautaire », *LPA*, 2 février 2000, n° 23 pp. 4-16.

DELACOUR Eric, « Délégation de service public et droit de la consommation », *Contrats et marchés publics*, septembre 2001, n° 9 p. 4.

DELACOUR Eric, « Contrats publics : l'attribution d'un marché ou d'une délégation à une personne publique », *JCP (G)*, 24 octobre 2001, 2001.I.1981 n° 43-44 pp. 1981-1986.

DELACOUR Eric, « La loi "MURCEF" : aspects de droit public », *Droit administratif*, mars 2002, Chron. 5 pp. 5-11.

DELACOUR Eric, « Collectivités locales : nature et régime du bail emphytéotique administratif », *MBTP*, 29 mai 1998, p. 6.

DELACOUR Eric, « La liberté contractuelle des collectivités territoriales », *Contrats et marchés publics*, décembre 2003, chron. n° 20, pp. 4-11.

DELACOUR Eric, « Les organes de l'achat public », *Contrats et marchés publics*, février 2004, Chron., 3, pp. 29-30.

DELAIRE Yves, « Note sous CE 15/4/1996 Préfet des Bouches du Rhône », *JCP E (Cahier du droit de l'entreprise)*, n° 13, 27 mars 1997, pp. 59-62.

DELCROS Xavier et PEYRICAL Jean-Marc, « Le financement privé des équipements collectifs : un développement inéluctable à encadrer », *AJDA*, juillet 1994, Spécial p. 70.

DELELIS Philippe, « Les nouvelles procédures simplifiées », *Contrats et marchés publics*, avril 2001, n° spécial Réforme du code des marchés publics chronique 5n p. 13.

DELELIS Philippe, « Le dialogue compétitif », *Contrats et marchés publics*, février 2004, Chron. 9, pp. 46-48.

DELELIS Philippe et OLIVIER Frédérique, « La dématérialisation des procédures », *Contrats et marchés publics*, avril 2001, n° spécial Réforme du code des marchés publics chronique 6, p. 21.

DELMAS-MARTY Mireille, « Pour des principes directeurs de la législation pénale », *Rev. de Science Criminelle*, 1985, p. 225.

DELMAS-MARTY Mireille, « La responsabilité pénale des personnes morales », *Revue des sociétés*, avril 1993, n° 2, pp. 229-388.

DELPIERRE J.-J., « L'application de la réforme de 1973 sur les marchés publics d'ingénierie et d'architecture », *AJPI*, 1975, I, p. 706.

DELVOLVE Pierre, « Vers l'unification du droit des "marchés publics" ? », *Mélanges Drago, l'Unité du droit, Economica*, 1996, pp. 225-239.

DELVOLVE Pierre, « Les concessions de transport et de distribution de gaz », *CJEG*, 1969, pp. 169-183

DELVOLVE Pierre, « La transparence administrative (colloque sur la transparence) », *Revue de jurisprudence commerciale*, octobre 1993, n° Spécial, pp. 23-35

DELVOLVE Pierre, « Les contradictions de la délégation de service public », *AJDA*, 20 septembre 1996, pp. 675-691.

DELVOLVE Pierre, « Rapport de synthèse - Colloque sur les marchés publics dans les communautés Européennes », *RFDA*, 1988, p. 763.

DELVOLVE Pierre, « Les marchés des entreprises publiques », *CJEG*, juin 1994, juin, n° 500, p. 269.

DELVOLVE Pierre, « Les marchés des entreprises publiques », *RDP*, 1970, pp. 1287-1352.

DELVOLVE Pierre, « Les marchés à exécution échelonnée », *Marchés publics*, 1985, n° 207, pp. 25-31.

DELVOLVE Pierre, « De la nature juridique des sociétés d'économie mixte et de leurs marchés de travaux », *RDP*, 1973, p. 351.

DELVOLVE Pierre, « Marchés publics : Les critères des “contrats-maison” », *Revue du droit de l'union européenne*, janvier 2002, pp. 53-61.

DELVOLVE Pierre, « Les nouveaux pouvoirs du juge dans le contentieux des contrats », *Mélanges R Perrot*, 1996, pp. 83-98.

DELVOLVE Pierre, « Domaine et conditions du paiement direct, in La sous-traitance dans les marchés publics », *Université Paris X - Nanterre*, 1983, pp. 30-52.

DELVOLVE Pierre, « Le partenariat public-privé et les principes de la commande publique », *RDI*, novembre 2003, pp. 481-493.

DELVOLVE Pierre, « Sécurité intérieure, justice et contrats publics : confirmations et infléchissements », *BJCP*, 2002, n° 25 p. 418.

DELVOLVE Pierre, « Constitution et contrats publics », *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz éd., 2004, pp. 469-499.

DELVOLVE Pierre, BRECHON-MOULENES Christine (dir.) et *alii*, « Les marchés publics européens, droit communautaire, droit comparé », *Dossiers et documents de la RFDA*, 1989.

DEMSETZ Harold, « Why regulate utilities ? », *Journal of Law and economics*, 1968, volume 11, p. 55.

DENAGISCARDE Camille, « A propos des marchés publics des chambres de commerce et d'industrie », *Marchés publics*, janvier 1995, n° 1, pp. 58-59.

DESCHEEMAEKER Christian, « Le juge financier - colloque Marchés publics et délégations de service public face au droit communautaire », *LPA*, 2 février 2000, n° 23 pp. 70-73.

DESGRANGES Edouard, « Définition du marché de fourniture », *RDP*, 1942, p. 189.

DEVES Claude, « La SEM, pouvoir adjudicateur, entité adjudicatrice », *RGCT Revue générale des collectivités territoriales*, 1999, p. 214

DEVES Claude, « Les contrats publics d'aménagement », *Les collectivités locales. Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau*, Economica éd., 2003, pp. 95-114.

DEVILLERS Pascal, « Le critère de l'insertion sociale est-il un critère additionnel légal ? conclusions sur TA Strasbourg 30 novembre 1999 Préfet du Bas-Rhin c/ Communauté urbaine de Strasbourg, Sté Au Port'Unes », *AJDA*, 2000, pp. 459-462.

DEVILLERS Pascal, « Le critère de l'insertion sociale est-il un critère additionnel légal ? conclusions sur TA Strasbourg 30 novembre 1999 Préfet du Bas-Rhin c/ Communauté urbaine de Strasbourg, Sté Au Port'Unes », *BJCP*, mars 2000, pp. 104 et s.

DEVILLERS Pascal, « Conclusions sur TA Strasbourg 30 novembre 1999 Préfet de la région Alsace, Préfet du bas Rhin c/ Communauté urbaine de Strasbourg, société Au Port'Unes », *AJDA*, 20 mai 2000, pp. 459 à 462.

DEWOST J.-L., « Le point de vue des instances communautaires sur la gestion déléguée (du service public) », *RFDA*, juin 1997, supplément au n° 3, pp. 93-99.

DGCCRF, « Rapport 1992 de la direction générale de la concurrence et de la répression des fraudes », *Revue de la conc et de la conso*, 5 août 1993, n° 74, pp. 1-87.

DIDIER Pierre, « Le code sur les marchés publics du cycle de l'Uruguay et sa transposition dans la communauté », *Cahiers de droit européen*, juillet 1996, n° 3-4, pp. 257-327.

DOUENCE Jean-Claude, « Les contrats de délégation de service public », *RFDA*, septembre 1993, pp. 936 à 951.

DOUENCE Jean-Claude, « Observations sur l'application à certains contrats de la distinction entre marchés et délégations fondée sur le mode de rémunération », *RFDA*, 1999, p. 1134.

DOUENCE Jean-Claude, « Le rattachement des établissements publics à une collectivité territoriale », *AJDA*, janvier 1971, p. 6.

DOUENCE Jean-Claude, « Les conventions entre personnes publiques », *Mélanges Stassinopoulos*, 1974, pp. 113-134.

DOUENCE Jean-Claude, « Le critère financier de la délégation de service public à l'épreuve de la pratique contractuelle », *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz éd., 2004, pp. 501-520.

DOUENCE Jean-Claude et TERNEYRE Philippe, « Marchés publics et délégations de service public : Nouvelles modifications législatives », *RFDA*, septembre 1995, n° 5 pp. 972-985.

DOUMAIN Serge, « L'audit de la fonction Achat », *Marchés publics*, avril 1993, n° 273, pp. 52-54.

DOYELLE Alain, « L'activité des chambres régionales des comptes », *AJDA*, 20 mars 1994, n° 3, pp. 200-207.

DRAGO Guillaume, « Le principe de subsidiarité comme principe du droit constitutionnel », *RIDC*, avril 1994, n° 2, pp. 584-592.

DRAGO Guillaume, « Lois : de la codification à l'évaluation; premiers commentaires de la circulaire du 30 mai 1996 et de la loi n° 96-516 du 4 juin 1996 », *JCP G*, 24 juillet 1996, n° 30, pp. 311-312.

DRAGO Roland, « Le contrat administratif aujourd'hui », *Droits*, décembre 1990, n° 12, 1990, page 117-128.

DRAGO Roland, « Marchés publics et concurrence », in J.-M RAINAUD et R. CRISTINI (dir.) et *alii*, *Droit public de la concurrence*, Paris *Economica coll. Science et droit administratifs* 1987, pp. 198-207.

DRAGO Roland, « Note sous Cass. Com. 9/7/1951 SNEP », *Sirey*, 1952, 1,125

DRAGO Roland, « Le champ d'application du code des marchés publics. Réglementation et pratique des marchés publics », *Dalloz éd.*, 1985, p. 11.

- DRAGO Roland, « Les incidences du droit communautaire sur le droit des marchés publics et des entreprises publiques », in RIDEAU (J.) (dir.) et *alii*, *La France et les communautés européennes*, LGDJ, 1975, p. 859.
- DRAGO Roland, « Paradoxes sur les contrats administratifs », *Mélanges Flour*, 1979, *Defresnois*, pp. 151-162.
- DRAGO Roland, « Paradoxes sur les contrats administratifs », *Marchés publics*, 1980, n° 167 p. 33.
- DREE, « Le cycle de l'Uruguay (Uruguay Round) », *Notes bleues de Bercy*, novembre 1994, n° 50, pp. 1-36.
- DREIFUS-NETTER Frédérique, « Droit de la concurrence et droit commun des obligations », *RTDC*, 1990, pp. 369-394.
- DREYFUS Jean-David, « Actualité des contrats entre personnes publiques », *AJDA*, juillet 2000, pp. 575-580.
- DREYFUS Jean-David, « Note sous CE Sect 20 mai 1998 communauté de communes du Piémont de Barr », *LPA*, 6 janvier 1999, pp. 11.
- DREYFUS Jean-David, « La définition légale des délégations de service public », *AJDA*, janvier 2002, pp. 38-41.
- DREYFUS Jean-David, « Le glas n'a pas encore sonné pour le nouveau Code des marchés publics », *Dalloz*, 27 mars 2003, n° 13, pp. 851-854.
- DREYFUS Jean-David, « L'ingénierie publique à la croisée des chemins », *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, *Dalloz éd.*, 2004, pp. 521-541.
- DREYFUS Jean-David et BASSET Bruno, « Nouveau code des marchés publics : commentaire du Titre II », *RDI*, mars 2004, pp. 143-146.
- DREYFUS Jean-David et BASSET Bruno, « Nouveau code des marchés publics : commentaire du Titre I », *RDI*, janvier 2004, pp. 37-41.
- DREYFUS Jena-David et DEGOFFE Michel, « Transfert de compétences et conventions dans le droit de l'intercommunalité », *AJDA*, 2001, pp. 807-819.
- DROUOT Guy, « La loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques », *Actualité législative Dalloz*, 16 septembre 1993, n° 15, pp. 153-162.
- DUBIN Laurence, « Le mieux-disant social, une vieille idée à l'épreuve du droit communautaire », *AJDA*, juin 2002, pp. 493-499.
- DUBOIS Henri, « Concurrence: les prix prédateurs sous surveillance », *MTPB*, 12 septembre 1997, n° 4894 p. 70.
- DUBOS Jean-François, « La concession de services publics française dans l'espace juridique européen », *Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation*, mars 1993, n° 2, p. 267.
- DUBOUIS Louis, « Le droit communautaire a-t'il un impact sur la définition du droit administratif ? », *AJDA*, juin 1996, juin, spécial p. 10.
- DUCOULOUX-FAVARD, « Fausses factures et corruption », *Dalloz*, 1996, Chr. p. 352.
- DUCROCQ Théophile, « De la personalié civile de l'État », *Revue générale du droit*, 1894.

DUFAU Jean, « La concession de service public. L'évolution du caractère aléatoire de l'exploitation du service concédé. », *MBTP*, 11 juin 1979, p. 59.

DUFAU Jean, « Nature des contrats de fourniture d'électricité passés avec les administrations publiques », *CJEG*, juin 1957, p. 31.

DUFAU Jean, « A propos de l'arrêt Effimieff et de la notion de travaux publics », *CJEG*, 1983, doc p. 1.

DUFAU Jean, « Concessions et droit communautaire : vers la consécration de deux conceptions distinctes », *MBTP*, 17 mars 2000, p. 80.

DUFAU Jean, « marchés publics ou concessions : une frontière encore floue », *MBTP*, 18 octobre 1996, p. 68.

DUFAU Jean, « La nature juridique de la concession de service public », *Mélanges R. Chapus*, 1992, pp. 147-157.

DUPONT Laurent, « La preuve des pratiques anticoncurrentielles en droit français », *Revue de la conc et de la conso*, juillet 1993, n° 74, pp. 23-27.

DUPUIS Georges, « Sur la concession de service public », *Dalloz*, 1978, Chronique n° XL p. 222

DURAND Guy, « Economie mixte locale, la nouvelle donne juridique », *JCP E (Cahier du droit de l'entreprise)*, 9 septembre 1993, n° 32, pp. 13-18.

DURANTON Jean-Pierre, « La doctrine des Commission spécialisées des marchés in Réglementation et pratique des marchés publics », *Dalloz éd.*, 1985, p. 91.

DUROY Stéphane, « Première illustration du contrôle par le Conseil d'Etat des directives 18/7/1989 et 21/12/1989 », *JCP G*, 30 novembre 1994, n° 48, pp. 409-413.

DUVILLIER-COURCOL Marie-Agnès, « La force probante de l'EDI », *Marchés publics*, avril 1993, n° 273, pp. 41-43.

ECKERT Gabriel, « La loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique, une transposition prudente de la directive recours secteurs exclus », *Marchés publics*, avril 1994, n° 281, pp. 37-51.

ECKERT Gabriel, « les difficultés résultant de l'application de la loi Dailly aux marchés publics », *JCP G*, 13 décembre 1995, n° 50, pp. 512-517.

ECKERT Gabriel, « Note sous Cour d'appel de Paris 23 mai 1995 Compagnie internationale de banque », *JCP E (Cahier du droit de l'entreprise)*, 22 février 1996, n° 8, pp. 49-53.

ECKERT Gabriel, « De la candidature des personnes publiques à l'attribution d'un marché public ou d'une délégation de service public », *Contrats et marchés publics*, 2001, Chr. n° 2.

ECKERT Gabriel, « Les aspects financiers du nouveau code des marchés publics », *Contrats et marchés publics*, avril 2001, n° spécial Réforme du code des marchés publics chronique 9 p. 35.

ECKERT Gabriel, « Les aspects financiers », *Contrats et marchés publics*, février 2004, Chron. 10 pp. 49-50.

EISENMANN Charles, « Quelques problèmes de méthodologies des définitions et des classifications en science juridique », *Archives de philosophie du droit*, 1966, T 11, p. 26.

ELLAND-GOLDSMITH Michael, « Les concessions dans le financement de projets au Royaume Uni », *Marché et techniques financières*, septembre 1993, n° 53, pp. 34-36.

EMERY Cyrille, « Intercommunalité et contrats entre personnes publiques. A propos du jugement du tribunal administratif de Toulouse du 18 novembre 1999 “préfet de la Haute-Garonne c/ Conseil général de la Haute Garonne” », *AJDA*, juillet 2000, pp. 592-596.

Encyclopédie Dalloz, « Marchés publics », *Dalloz*, 1993, pp. 27 et s. et 67 et s.

ETTORI Charles, « Les codifications administratives », *EDCE*, 1956, pp. 41-47.

FABRE Bertrand, « Marchés publics, les 1.0 points clés d’une réforme », *MTPB*, 14 mars 1997, n° 4868.

FABRE Bertrand, « Le Code des Marchés publics et la loi Dailly », *AJDA*, janvier 1986, doctrine, pp. 18-21.

FABRE Bertrand, « Le contrôle de légalité, une utilisation très modérée », *MTPB*, 4 juillet 1997, n° 4884.

FABRE Bertrand, « Le nouvel article 1799-1 du code Civil, la garantie de paiement des entrepreneurs », *RDI*, juillet 1994, n° 3, pp. 347-360.

FABRE Bertrand, « Des crédits adaptés pour l’accès des PME », *MTPB*, 21 novembre 1997, n° 4904.

FABRE Bertrand, « Maîtrise d’ouvrage public : une vision affinée de la délégation », *MTPB*, 11 octobre 1996, p. 56.

FABRE Francis J., « Les lettres du président de la commission des marchés de bâtiment aux ministres (contribution à une étude des commissions et des communications administratives) », *La revue administrative*, juillet 1993, n° 274, pp. 315-321.

FABRE Francis-J., « Dix ans à la présidence de la commission des marchés du bâtiment », *La revue administrative*, mars 1994, 126-133 et 232-243.

FAISANDIER Pierre, « Concession et notion de risque », *Droit administratif*, octobre 1992, Chron. n° 10.

FATÔME Etienne, « Réflexions sur la notion de travail effectué pour le compte d’une personne publique et de maître d’ouvrage », *CJEG*, avril 1990, pp. 119-124.

FATÔME Etienne, « À propos de la distinction entre les établissements publics à caractère administratifs et les établissements à caractère industriel et commercial. », *Mélanges Chapus, Montchrestien éd.*, 1992, p. 171 à 196.

FATÔME Etienne, « Note sous Conseil d’Etat Section 8 février 1991 Région Midi-Pyrénées », *JCP*, 1991, II 21738.

FATÔME Etienne, « Le nouveau cadre légal », *AJDA*, 20 septembre 1996, n° consacré aux délégations de service public. pp. 577 à 580.

FATÔME Etienne, « Les avenants », *AJDA*, octobre 1998, n° 10, pp. 760-766.

FATÔME Etienne, « À propos du rattachement des établissements publics », *Les collectivités locales. Mélanges en l’honneur de Jacques Moreau, Economica éd.*, 2003, 491 pp., spé. pp. 139-154.

FATÔME Etienne, « À propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public (1ère partie) », *AJDA*, 23 juin 2003, n° 23, pp. 1192-1201.

FATÔME Etienne, « À propos des bases constitutionnelles du droit du domaine public (suite) », *AJDA*, 28 juillet 2003, n° 26, pp. 1404-1405.

FATÔME Etienne, « À propos de l'apport en garantie des équipements publics », *AJDA*, 13 janvier 2003, n° 1, pp. 21-26.

FATÔME Etienne, « À propos de l'apport en garantie des équipements publics », *Revue internationale de droit comparé*, janvier 2002, n° 1, pp. 61-71.

FATÔME Etienne, « La détermination du caractère des établissements publics », *AJDA*, 20 mars 2001, n° 3, pp. 222-225.

FATÔME Etienne et RICHER Laurent, « Le Conseil constitutionnel et le "droit commun" de la "commande publique" et de la domanialité publique. A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 2002-473 DC du 26 juin 2003 », *AJDA*, 22 décembre 2003, n° 44 pp. 2348-2354.

FATÔME Etienne et RICHER Laurent, « Nature et contenu du contrat d'aménagement », *RDI*, avril 1994, n° 2, pp. 169-177.

FATÔME Etienne et TERNEYRE Philippe, « Le financement privé de la construction d'ouvrages publics, en particulier sur le domaine public. Commentaire de l'avis du 31 janvier 1995 des sections de l'intérieur et des travaux publics réunies du Conseil d'Etat », *AJDA*, 20 février 1997, pp. 126-141.

FATÔME Etienne et TERNEYRE Philippe, « Bail emphytéotique administratif, domanialité publique et financement privé d'un ouvrage public », *CJEG*, novembre 1994, pp. 569-585.

FATÔME Etienne et TERNEYRE Philippe, « Droits réels sur le domaine public de l'État, clarification ou multiplication des interrogations ? », *AJDA*, 20 décembre 1995, n° 12 pp. 905-918.

FATÔME Etienne, RICHER Laurent, « Régie intéressée et maîtrise d'ouvrage publique. A propos de l'arrêt de la cour administrative d'appel de Paris du 18 juin 1997 Compagnie Générale des Eaux (CGE) », *AJDA*, 20 juin 1997, p. 492-497.

FAVOREU Louis, « La notion constitutionnelle de collectivité territoriale », *Les collectivités locales. Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau*, Paris, *Economica éd.*, 2003, 491 pp., spé. pp. 155-164.

FAVOREU Louis, « Le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires n'a pas valeur constitutionnelle », *RFDA*, 1987, p. 301.

FAVOREU Louis, « Les conventions de recherche de la D.G.R.S.T. et de la D.R.M.E. », *AJDA*, 1965, p. 443.

FAVOREU Louis, « Les décisions du conseil constitutionnel dans l'affaire des nationalisations », *RDP*, 1982, p. 377.

FAVRE Pierre, « Unanimité et majorité dans le contrat social de Jean-Jacques Rousseau », *RDP*, 1976, pp. 111-186.

FENNELLY Nial, « L'affaire Telaustria Verlags GmbH, une occasion perdue ? Cour de Justice des Communautés Européennes (CJCE), 7 décembre 2000, question préjudicielle, Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH et Telekom Austria AG (anciennement Post & Telekom Austria AG) et Herold Business Data AG, affaire C 24/98 », *Revue des concessions et délégations de service public*, décembre 2000, n° 11 pp. 115-157.

FERAL Pierre-Alexis, « Droit communautaire des marchés publics : la mise en oeuvre des directives en France », *Administration*, octobre 1994, pp. 130 à 143

FERAL Pierre-Alexis, « Les incidences du droit communautaire sur les marchés publics des collectivités locales françaises », *Gaz. Pal.*, 28 février 1997, n°59, pp. 5-31.

FERAL Pierre-Alexis, « Actualité et intégration du droit communautaire des Marchés publics dans l'ordre juridique Français », *LPA*, 24 mai 1996, n° 63, pp. 24 à 28.

FERAL Pierre-Alexis, « Actualité et intégration du droit des marchés publics dans l'ordre juridique Français », *Les Cahiers MTF-Haute finance*, 24 mai 1996, n°63, pp. 24-28.

FERAL Pierre-Alexis, « Droit communautaire des marchés publics : la mise en oeuvre des directives "recours" en France », *Europe*, janvier 1994, n° 165, pp. 1-5.

FERAL Pierre-Alexis, « Aspect du droit communautaire des marchés publics de service », *Revue de la recherche juridique*, 1994, n° 1, pp. 203-219.

FLAMME Maurice-André et Philippe, « Marchés publics, le point sur le contentieux », *Rev. du Marché unique UE*, mars 1993, mars p. 39.

FLAMME Maurice-André et Philippe, « La réglementation communautaire en matière de marchés publics : le point sur le Contentieux », *Revue du marché unique européen*, novembre 1993, n° 3, pp. 13-58.

FLAMME Maurice-André et Philippe, « Les marchés publics de services et la coordination de leurs procédures de passation », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, février 1993, n° 365, pp. 150-170.

FLAMME Maurice-André et Philippe, « L'Europe des marchés publics : analyse détaillée de la directive travaux », *Moniteur des travaux publics*, novembre 1989, spécial nov 1989 p. 14.

FLAMME Maurice-André et Philippe, « Enfin l'Europe des marchés publics, la nouvelle directive travaux », *AJDA*, 1989, p. 651.

FLAMME Maurice-André et Philippe, « commentaire de la directive 93/36 sur les marchés de fournitures », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 1988, p. 455.

FLAMME Maurice-André et Philippe, « commentaire de la directive secteurs spéciaux », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 1991, p. 346.

FLAMME Maurice-André et Philippe, « A la recherche, avec la Commission européenne, d'un contrôle juridictionnel plus efficace de la régularité des commandes publiques. Les enseignements de deux histoires belges. », *RFDA*, mai 1995, pp. 600-615.

FLANDRIN Roger, « Qualité et commande publique », *RFAP - Revue française d'administration publique*, janvier 1985, n° 33, pp. 61-67.

FLOGAÏTIS Spyridon, « Contrat et acte administratif unilatéral », *Mélanges Braibant*, 1996, pp. 229-251.

FLORENCE Jean-Claude, « Du nouveau dans la maîtrise d'ouvrage et dans la maîtrise d'oeuvre », *Marchés publics*, 1986, n° 218, p. 9.

FLORENCE Jean-Claude, « Les opérations de conception-construction d'ouvrages publics », *Marchés publics*, octobre 1988, n° 237 pp. 29-36.

FLORENCE Jean-Claude, « Une réforme ambitieuse : le régime des rémunérations d'ingénierie et d'architecture », *RFAP - Revue française d'administration publique*, janvier 1985, n° 33, pp. 27-46.

FLORY Thiébaud, « le droit du GATT et les "entités publiques" », *LPA*, 19 août 1988, n° spécial, p. 60.

FLORY Thiébaud, « Remarques à propos du nouveau système commercial mondial », *Journal du droit international (Clunet)*, octobre 1995, n° 4, pp. 877-891.

FOMBEUR Pascale et RAYNAUD Fabien, « Note sous CE Section 20 mai 1998 Communauté de communes du Piémont de Barr, service des eaux et de l'assainissement du Bas-Rhin », *AJDA*, 20 juillet 1998, p. 553 et s..

FOUASSIER Christophe, « Vers un véritable droit communautaire des concessions ? Audaces et imprécisions d'une communication interprétative. », *RTDEur*, octobre 2000, n° 36(4), p. 675.

FOUGERE Louis, « Les voies et moyens de la corruption », *Pouvoirs*, 1984, n° 31 « La corruption », p. 13

FOURRE J, « Les codifications récentes et l'unité du droit », *LPA*, 18 novembre 1985, 18 nov, n° 138 p. 1.

FOURRE J, « Les codifications récentes et l'unité du droit en France », *Rev. Jur et pol indep et coopé*, 1986, 738 et s.

FRANCOIS Monique, « La communicabilité du bordereau de prix », *Marchés publics*, 1993, n° 271, p. 33.

FRANCOIS Monique, « La communication des procès verbaux des commissions et jurys », *Marchés publics*, septembre 1993, n° 274, 25-26.

FRANCOIS Monique, « La résiliation des marchés », *Marchés publics*, mars 1993, n°272., p. 53.

FRANCOIS Monique, « Le décret "transparence" », *Marchés publics*, avril 1993, n°274, pp. 29-30.

FRATACCI Michel, « La réception, le décompte général et définitif et le solde des marchés publics de travaux », *Marchés publics*, 1993, mai, n° 271, p. 35.

FRATACCI Stéphane, « Conclusions sur Conseil d'Etat 19 février 1996 Sté Aubette », *CJEG*, juin 1996, n° 522, pp. 236-241.

FRATACCI Stéphane, « Conclusions sur Conseil d'Etat 6 décembre 1995 Sté JC Decaux », *CJEG*, juin 1996, n°522, pp. 225-235.

FRATACCI Stéphane, « Les garanties à première demande dans les Marchés publics (conclusions) », *RFDA*, février 1997, n° 1, pp. 79-82.

FRATACCI Stéphane, « le critère du mieux disant social et l'attribution des Marchés publics (conclusions sous CE 10 mai 1996 Fédération nationale des travaux publics et fédération nationale du bâtiment) », *RFDA*, février 1997, n° 1, pp. 73-78.

FRATACCI Stéphane, « Conclusions sur Conseil d'Etat 10 mai 1996 FNTP, FNB fédération nationale des travaux publics, fédération nationale du bâtiment », *CJEG*, décembre 1996, n°527, pp. 427-432.

FRATACCI Stéphane, « Conclusions sur CE 28 juillet 1995 Préfet de la région Ile-de-France », *RDP*, avril 1996, n° 2, pp. 569-589.

FRILET Marc, « Les marchés publics à Hong-Kong », *Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation*, mai 1993, , n° 3, pp. 529-537.

FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Le poids des idées dans la répartition des compétences (Loi du 8 février 1995) », *Gaz. Pal.*, 30 juin 1995, n° 181, pp. 3-11.

FROMENT-MEURICE Anne, « La responsabilité pécuniaire des comptables publics à raison du paiement irrégulier de commandes hors marché », *La revue administrative*, 1994, n° 277, pp. 23-28.

FROMONT Michel, RIEG Alfred, « Introduction au droit allemand », *Cujas éd.*, 1984, Tome 2, Droit public - droit pénal spé. "l'action de l'administration" p. 121 - 143,

FURESTIER Max, « Une nouvelle forme de mise en concurrence : "la mise en concurrence permanente" Marchés publics novembre 1993 52-55, n° 277 », *Cujas éd.*, 1984, Tome 2, Droit public - droit pénal spé. "l'action de l'administration" p. 121 - 143,

GANDOLFI Guisepe, « Pour un Code européen des contrats », *RTDCiv*, octobre 1992, pp. 707-728.

GARDIES Jacques, « La nature des travaux des sociétés d'économie mixte créées pour l'aménagement de zones industrielles ou zones d'habitation », *AJDA*, 1957, doctrine I p. 81.

GARRIGOU-LAGRANGE Jean-Marie, « Les sociétés d'économie mixte, instrument d'interventionnisme des collectivités locales », *Mélanges Péquignot*, 1984, T 1, pp. 309-319.

GAUDEMET Jean, « Les écoles historiques du droit en France et en Allemagne au XIXe siècle », *Revue d'histoire des facultés de droit*, 1998, p. 21.

GAUDEMET Mathieu, « Marchés publics, un nouveau régime juridique pour les contrats des EPIC », *MBTP*, 25 janvier 2002, p. 81.

GAUDEMET Mathieu, « Note sous CE Sect. 19 octobre 2001 Syndicat intercommunal de Guzet-Neige », *CJEG*, juillet 2002, pp. 444 à 453.

GAUDEMET Yves, « L'arbitrage : aspects de droit public, état de la question », *Revue de l'arbitrage*, 1992, p. 241.

GAUDEMET Yves, « La commande publique et le partenariat public-privé. Quelques mots de "synthèse" », *RDI*, novembre 2003, pp. 534-538.

GAUDEMET Yves, « La maîtrise d'ouvrage publique : délégations et transferts », *LPA*, 2 février 2000, n° 23 p. 17.

GAUDEMET Yves, « Le "Précontentieux". Le règlement non juridictionnel des conflits dans les marchés publics », *AJDA*, 1994, Spécial p. 84-90.

GAUDEMET Yves, « Le marché d'entreprise de travaux publics », *MTPB*, 23 décembre 1988, p. 44.

GAUDEMET Yves, « Libre propos sur le droit des contrats administratifs (La réforme de la commande publique et le partenariat public-privé) », *CJEG*, janvier 2004, n° 605, pp. 1-6.

GAUDEMET Yves, « Ouvrage complexe et domanialité publique », *RDI*, octobre 1999, pp. 507-521.

GAUDEMET Yves, « Prolégomènes pour une théorie des obligations en droit administratif français », *Mélanges J. Gaudemet, Nonagesimo anno*, 1999, pp. 613-627.

GAUDEMET Yves, « Superposition de la propriété privée et du domaine public », *Dalloz*, 1978, chron., p. 293.

GENEVOIS Bruno, « La distinction entre concession de service public et marché de travaux publics », *CJEG*, 2001, chron., p. 179.

GENEVOIS Bruno, « Les principes généraux du droit », *Encyclopédie juridique Dalloz - Répertoire de contentieux administratif*, 2000.

GERY Philippe de, « Analyse de coûts et de prix dans les marchés publics », *Marchés publics*, septembre 1993, n° 276, pp. 70-78.

GHESTIN Jacques, « commentaire de la directive sur les produits défectueux », *Dalloz*, 1986, chr., p. 135.

- GHESTIN Jacques, « La notion de contrat », *Droits*, 1990, n° 12 pp. 7-24.
- GILLI Jean-Paul, « Maître d'ouvrage et sous-traitant dans les marchés publics - compétence du juge des référés », *AJDA*, 1989, p. 458.
- GILLI Jean-Paul, « Le sous-traitant, le fabricant et l'assureur au Palais-Royal (suite) », *Marchés publics*, 1985, n° 212, pp. 16-17.
- GILLI Jean-Paul, « Marchés de travaux publics et compétence administrative », *AJDA*, 1984, I, p. 524.
- GINTRAND Eric & GOUAISLIN Gérard, « Redevances dues par les délégataires du service public », *Droit administratif*, novembre 1997, chron. n° 19, pp. 4-7.
- GINTRAND Eric & GOUAISLIN Gérard, « La contractualisation des subventions publiques. Incidences fiscales », *Droit administratif*, mai 1998, Chron. n° 9, pp. 4-8.
- GIRARDOT Thierry-Xavier, « L'évolution de la jurisprudence en matière de marchés publics », *Cahiers de la fonction p. et de l*, octobre 1994, n° 128, pp. 6-10.
- GLENARD Guillaume, « La notion de délégation dans le droit de la délégation de service public (2ème partie) », *Droit administratif*, mars 2002, chron., 6 pp. 11-16.
- GLENARD Guillaume, « La notion de délégation dans le droit de la délégation de service public (1ère partie) », *Droit administratif*, février 2002, chron. 3, pp. 4-9
- GLIOZZO Thomas, « L'utilisation de critères additionnels dans la passation des marchés publics par appel d'offre », *AJDA*, 23 décembre 2002, n° 24, pp. 1471-1477
- GODFRIN Philippe, « Une prudente audace: la loi du 25 juillet 1994 (droits réels sur le domaine public) », *CJEG*, 1995, janvier p. 1
- GOHON Jean-Pierre, « Le délit de favoritisme », *AJDA*, 20 juillet 1994, n°, Spécial pp. 109-116
- GOHON Jean-Pierre, « Les frontières du champ d'application du titre 2 de la Loi du 31 décembre 1975 », *RDI*, 1996, n° 2 p. 139-148
- GOHON Jean-Pierre, « Sous-traitance, délimitation du droit au paiement direct », *MTPB*, 29 mars 1996, p. 16, n° 4818
- GOHON Jean-Pierre, « le Code des marchés publics est-il toujours un code de la mise en concurrence ? », *Marchés publics*, juin 1988, n° 234, pp. 11-20
- GOOSSENS Paul, « Normes européennes et normes nationales », *Marchés publics*, 1995, , n° 1, pp. 48-51.
- GORDON Daniel I. : « In the Beginning : The Earliest Bide Protests Filed with the US General Accounting Office » *Public Procurement Law Review* 2004/5.
- GOSSELIN Bernard, « Actualité des travaux de la Commission Centrale des marchés », *AJDA*, 1994, n°Spécial p. 34.
- GOULARD Guillaume, « Marchés publics, la jurisprudence récente, 1991-1992 », *AJDA*, 20 mars 1993, n° 3, pp. 164-170.
- GOURDOU Jean, « La validation législative du contrat du Stade de France », *CJEG*, 1997, Chron. p. 203.

GOURDOU Jean et BOURREL Antoine, « Les “marchés publics administratifs” : Etat des lieux et perspectives. A propos de l’avis du Conseil d’Etat, 29 juillet 2002, Société MAJ blanchisserie de Pantin », *CJEG*, 2003, n° 596, p. 163.

GRAFF Michèle, « Délégation de service public et concurrence », *Revue de la conc et de la conso*, septembre 1996, 4-9, n 93

Gravier Laurent et ROUX Richard, « Juge administratif et droit de la concurrence dans les contrats publics », *ACCP*, mars 2003, n° 20 pp. 34-38

GRENON Jean-Yves, « L’accord de libre échange nord américain comparé à la Communauté économique européenne (CEE) », *Revue du marché commun et de l’Union européenne*, avril 1993, n° 367, pp. 306-320.

GROS Manuel, « Le sursis à exécution judiciaire en matière de concurrence », *LPA*, 8 mars 1991, 8 mars p. 4.

GROS Manuel, « Droit public des affaires », *Droit et patrimoine*, février 1997, n°46, pp. 33-39.

GROSHENS, « La codification par décret des lois et règlements », *Dalloz*, 1958, chr., p. 157.

GROVE VALDEYRON (de) Nathalie, « Le principe de l’égalité de traitement des soumissionnaires et la cour de justice des communautés européennes », *Marchés publics*, février 1996, n° 2, pp. 25-30.

GROVE VALDEYRON (de) Nathalie, « La pratique du référé par la Cour de justice des communautés européennes (CJCE, 22 avril 1994, Commission c/ Belgique) », *LPA*, 16 juin 1995, , n° 72, pp. 27-33.

GUERRIER Claudine, « Les marchés de service dans la directive secteurs exclus », *Rev. du droit de l’informatique et des télécommunications*, avril 1993, n° 2, pp. 70-74.

GUERRIER Claudine, « La nature des contrats visés par la directive secteurs exclus », *LPA*, 24 juin 1994, n° 75, pp. 25-28.

GUEZOU Olivier, « Droit de la concurrence et droit des marchés publics : vers une notion transversale de mise en libre concurrence », *ACCP*, mars 2003, pp. 43-47.

GUEZOU Olivier, « Les centrales d’achat dans le nouveau code », *AJDA*, 23 février 2004, n° 7, pp. 371-377.

GUGLIELMI Gilles J, « La portée du contrôle de cassation dans le Contentieux des marchés publics », *AJDA*, 20 avril 1993, n° 4, pp. 301-307.

GUIAVARC’H Gweltaz, « Concession d’ouvrage public, financement privé des infrastructures et droit communautaire », *Revue des concessions et des délégations de service public*, avril 1998, n° 1, pp. 103-159.

GUIBAL Michel, « A propos de la force obligatoire du Code des marchés publics », *Marchés publics*, janvier 1985, n° 207 jan-fev pp. 31 à 35.

GUIBAL Michel, « Droit des marchés publics », *JCP E (Cahier du droit de l’entreprise)*, 24 mars 1994, 178-182, n° 12.

GUIBAL Michel, « Favoritisme, concurrence et contrats publics », *JCP E (Cahier du droit de l’entreprise)*, 4 juillet 1991, n° 27.

GUIBAL Michel, « La transposition de la réglementation communautaire en France », *Revue du marché commun et de l’Union européenne*, 1994, p. 863.

GUIBAL Michel, « A propos de la codification administrative », *JCP E (Cahier du droit de l'entreprise)*, 1995, n° 3, p. 1.

GUIBAL Michel, « Codification et simplification du droit des marchés publics », *AJDA*, 20 juillet 1994, n° Spécial, p. 6.

GUIBAL Michel, « Réponse au Paradoxe sur les contrats administratifs de Drago (titre à vérifier) », *Marchés publics*, 1982, n° 184, p. 20.

GUIBAL Michel, « Le dualisme des contrats passés entre personnes publiques et personnes privées », *JCP E (Cahier du droit de l'entreprise)*, 9 septembre 1993, n° 32, pp. 26-29.

GUIBAL Michel, « L'ouverture des marchés publics européens et les petites et moyennes entreprises (PME) », *Journal of international Arbitrage*, décembre 1996, n° 4, pp. 851-901.

GUIBAL Michel, « Droit public des contrats et concurrence : le style européen », *JCP G*, 14 avril 1993, I, 3667, pp. 161-164.

GUIBAL Michel, « Lignes de force du droit administratif de la vente », *JCP E (Cahier du droit de l'entreprise)*, 7 juin 1990, n° 3, p. 17.

GUIBAL Michel, « Dommage de travaux publics : qui est le meilleur juge ? », *Le Moniteur des travaux publics et du bâtiment*, 20 janvier 1989, p. 46.

GUIBAL Michel, « Les contrats d'accompagnement de la maîtrise d'ouvrage publique », *JCP E (Cahier du droit de l'entreprise)*, 29 juin 1995, n° 26, pp. 14-17.

GUIBAL Michel, « Egalité et conclusion des marchés publics », *Etudes en l'honneur du Doyen Georges Péquignot*, mai 1984, L'interventionnisme économique de la puissance publique. Etudes en l'honneur du Doyen Georges Péquignot. Tome 2, Faculté de droit et de sciences économiques, université de Montpellier I CERAM, pp 355-364.

GUIBAL Michel, « Note sous CAA Paris 11 octobre 1994 S.A.R.L Editor Tennog c/ Commune de Houille », *JCP E (Cahier du droit de l'entreprise)*, 13 mai 1995, n° 15/16, pp. 65-67.

GUIBAL Michel, « Chronique de législation. Marchés publics. Commentaire de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence », *AJDA*, 20 avril 1991, pp. 296-300.

GUIBAL Michel, « Chronique de législation. Marchés publics et délégations de service public. Commentaire de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique [Sapin] », *AJDA*, 20 mars 1993, n° 3, pp. 186-191.

GUIBAL Michel, « L'autorité du code des marchés publics. Réglementation et pratique des marchés publics », *Dalloz éd.*, 1985, p. 20.

GUIBAL Michel, « Un nouveau code des marchés publics ? », *AJDA*, 20 avril 2001, n° 4 p. 360.

GUIBAL Michel, « La réforme du code des marchés publics », *JCP*, 25 avril 2001, p. 793.

GUIBAL Michel, « Transparence et droit public des contrats », *Mélanges en l'honneur de Louis Constans, Collection études, presses universitaires de Perpignan*, 1998, pp. 287-293.

GUILLLOT Jean-Louis, « La banque et les marchés publics », *AJDA*, 20 juillet 1994, n° spécial, p. 77.

GUILLLOT Jean-Louis, « Note sous TA Nice 19 mars 1996 », *Banque*, septembre 1996, n° 573, pp. 92-93.

GUIMET Jacques, « Marchés publics et procédures collectives », *Marchés publics*, octobre 1994, n° 284, pp. 37-48.

GUISOLPHE Ghyslaine, « Commentaire de la directive 93/37 Travaux », *MTPB*, 6 octobre 1989, p. 48

GUISOLPHE Ghyslaine, « Les règles communautaires dans les marchés publics de service, réalité ou utopie ? », *Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation*, mars 1993, n° 2, p. 257.

GUYOMAR Mattias et COLLIN Pierre, « Tribunal des Conflits 14 février 2000 Groupement d'intérêt public, "habitat et interventions sociales pour les mal-logés et les sans-abris" c/ Mme Verdier », *AJDA*, 2000, pp. 410-413.

GUYOMAR Mattias et COLLIN Pierre, « Revue de jurisprudence. Concurrence. Avis du Conseil d'État, 8 novembre 2000, Société Jean-Louis Bernard Consultants, requête numéro 222208 », *AJDA*, 20 décembre 2000, pp. 987-992.

HACHE O. et JACOB M., « le cadre communautaire et national des contrats de partenariats public privé », *ACCP*, novembre 2003, p. 54.

HAHN Michaël, « Le droit des Etats membres à se prévaloir en justice [...] du GATT », *Revue générale de DIP.*, avril 1995, n° 2, pp. 367-384.

HAÏM Victor, « Le choix du juge dans les contrats administratifs », *JCP G*, 1992, I, 3586.

HAÏM Victor, « Procédure contentieuse et règlement amiable des litiges », *Marchés publics*, novembre 1994, n° 285, pp. 24-28.

HAÏM Victor, « Une délégation de service public est elle assimilable à un marché public », *LPA*, 26 juillet 1995, n° 89, pp. 38-43.

HAÏM Victor, « Délégué d'un avenant à un marché public entre personnes privées », *JCP G*, 31 janvier 1996, n° 5, pp. 62-64.

HAÏM Victor, « Marché public et transaction, a propos CE 28 janvier 1994 Sté Camus », *LPA*, 30 novembre 1994, n° 143, pp. 27-29.

HAÏM Victor, « Les départements et les marchés des lycées », *Marchés publics*, 8 septembre 1994, n° 283, pp. 28-34.

HAÏM Victor, « Le nouveau droit de l'exécution des marchés publics », *Contrats et marchés publics*, juin 2001, chron. 11, pp. 4-7

HASTINGS-MARCHADIER Antoinette, « Les contrats de droit privé des personnes publiques et la liberté contractuelle », *AJDA*, septembre 1998, pp. 683-693.

HAURIOU Maurice, « La déclaration de volonté en droit administratif », *RTDCiv.*, 1903, p. 625.

HAURIOU Maurice, « Note sous CE 22 juin 1928 Epoux de Sigalas c/ Société hydro électrique et métallurgique du Palais », *Sirey*, 1928, IIIème partie, p. 113.

HAURIOU Maurice, « Note sous CE 19 mai 1922 Legal, Le mécanisme de conclusion des marchés par adjudication », *Sirey*, 1924, IIIe partie, p. 1.

HAURIOU Maurice, « Note sur l'influence exercée par les institutes en matière de classification du droit », *Revue critique de législation*, 1887, p. 82.

HECQUARD-THERON Maryvonne, « La notion d'Etat en droit communautaire », *RTD Eur.*, 1969, p. 30.

HEIN Christian, « L'ouverture des marchés publics européens et les petites et moyennes entreprises PME », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, décembre 1993, n° 373, pp. 851-895.

HEN Christian, « Les incidences du droit européen sur le droit français des marchés publics », *AJDA*, 1975, p. 484

HEIN Christian et GUILLERMIN Guy, « Commentaire de la directive 93/36 Fournitures », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 1989, p. 637.

HEIN Christian et GUILLERMIN Guy, « Le droit communautaire des marchés publics », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 1993, p. 852.

HENRY et THYS, « Les marchés publics et le droit de la Communauté économique européenne », *Revue de droit des affaires international*, août 1985, n° 8 p. 909.

HERVET Josette, « Corruption et marchés publics : connivences et compérages sur la base de fonds publics », *Revue Française de Finances publiques*, mars 2000, n° 69, pp. 47-60.

HETIER Véronique, « Les lois de janvier et février 1995 concernant la corruption », *CJEG*, mai 1995, pp. 186-191.

HOMONT, « Marchés de fournitures et de services », *Jurisclasseur administratif*, , fascicule 525.

HOMONT, « législation des marchés, formes et techniques nouvelles », *Droit administratif*, 1963, p. 37.

HUET Jérôme, « Les sources communautaires du droit des contrats », *LPA*, 21 mars 1997, n° 35, pp. 8-13.

HUET Michel, « Maîtrise d'œuvre privée et maîtrise d'ouvrage publique (interrogations sur les fondements et l'application des décrets du 29 novembre 1993 de la loi " MOP ") », *RDI*, octobre 1994, n° 4, p. 619-632.

HUET Michel, « L'oeuvre architecturale confrontée aux contrats globaux », *RDI*, janvier 2004, pp. 43-49.

HUGLO Christian, « Point de vue sur une notion très discutée : la délégation de service public », *LPA*, 16 mai 1994, n° 58, pp. 12-16.

HUYNH Duong Ngoc, « Les marchés industriels et leurs fournisseurs », *Marchés publics*, juillet 1993, n° 275, pp. 32-60.

HUYNH Duong Ngoc, « Les marchés publics d'informatique et leurs fournisseurs », *Marchés publics*, 1994, n° 279, pp. 34-44.

HUYNH Ngoc Duong, « Analyse des résultats du recensement annuel : les marchés publics de 1987 à 1991 », *Notes bleues de Bercy*, 16 juin 1993, n° 17, pp. 1-8.

HUYNH Ngoc Duong, « Analyse des résultats du recensement annuel : les marchés publics de 1987 à 1991 », *Marchés publics*, mars 1993, n° 272,

IMPALLOMENI Luigi, « Le marché unique européen, les marchés de travaux publics [...] attention les soumissionnaires », *Gaz. Pal.*, 19 mai 1993, n° 139, pp. 18-19.

IMPALLOMENI Luigi, « Le marché unique européen, les marchés publics en Italie et la législation anti-mafia », *Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation*, 1993, n° 1, pp. 187-191.

INSTITUT INTERNATIONAL DE TERMINOLOGIE JURIDIQUE ET ADMINISTRATIVE (REDACTION), « Glossaire européen de terminologie juridique et administrative », *Langenscheidt / Dunod*, 1972, 72 p.

IZORCHE Marie-Laure, « A propos du “mandat sans représentation” », *Dalloz*, 1999, chr., p. 369.

J.S., « La conclusion des marchés de travaux publics des communes et des établissements communaux de bienfaisance et d'assistance », *AJ Travaux*, août 1946, août p. 336 ; septembre p. 380.

JANICOT Laëtitia, « La réforme du statut des sociétés d'économie mixte locales », *Revue générale des Collectivités territoriales*, 2001, p. 1121.

JANOT Pierre, « Une nouvelle directive communautaire pour les marchés publics de travaux », *Marchés publics*, octobre 1989, n° 245, pp. 30-36.

JANOT Pierre, « Les accords internationaux sur les marchés publics : des résultats réels mais limités », *Marchés publics*, août 1985, n° 212, pp. 26-29.

JANOT Pierre, « Les accords internationaux sur les marchés publics : des résultats réels mais limités », *RFAP - Revue française d'administration publique*, janvier 1985, n° 33, pp. 69-76.

JEGOUZO Yves, « L'administration contractuelle en question », *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, *Dalloz éd.*, 2004, pp. 553-556.

JEGOUZO Yves, « Les principes généraux du droit de l'environnement », *RFDA*, mars 1996, pp. 209-217.

JESTIN Geneviève, « Le financement des grands équipements collectifs », *Rev. Frise de finance P*, 1988, n° 22 p. 144.

JEZE Gaston, « Régime juridique des adjudications publiques - notes sous Conseil d'Etat, 30 mars 1906 Ballande », *RDP*, 1906, pp. 668-678.

JEZE Gaston, « Sanction de la règle que les marchés de travaux publics ou de fournitures doivent être passés avec concurrence et publicité - note sous Conseil d'Etat 5 février 1909 Barla », *RDP*, 1910, p. 61.

JEZE Gaston, « Théorie générale des contrats de l'administration. De l'exécution générale des contrats de l'administration. », *RDP*, 1933, pp. 51-94.

JEZE Gaston et BLUM Léon, « Nature de la concession de service public - Conclusions et note sous Conseil d'Etat 11 mars 1910 Ministre des travaux publics contre Compagnie générale française des tramways », *RDP*, 1910, p. 270.

JEZE Gaston et CORNEILLE Louis, « Le régime juridique des marchés de service public - note et conclusions sur Conseil d'Etat, 8 février 1918 Société d'éclairage de Poissy », *RDP*, 1918, pp. 219-249.

JMD, « Eurotunnel : les contrats relatifs a la construction du tunnel sous la manche », *LPA*, 20 septembre 1995, n° 113, pp. 4-12.

JORION Benoît, « Les groupements d'intérêt public : un instrument de gestion du service public administratif », *AJDA*, 16 février 2004, n° 6, pp. 305-314.

JOSSAUD Alain, « Pour un droit public des marchés », *AJDA*, 23 décembre 2002, n° 24, pp. 1481-1486.

JOSSE, « conclusions sur CE 22 juin 1928 Epoux de Sigalas c/ Société hydro électrique et métallurgique du Palais », *Sirey*, 1928, IIIème partie pp. 113-119.

JOSSE P.-L., « Coup d'arrêt à la dégradation continue de la notion de marché de travaux publics », *EDCE*, 1956, p. 34.

JOUANJAN Olivier, « Réflexions sur l'égalité devant la loi », *Droits*, n° 16 pp. 131-139.

JOUANDET Thierry-Pierre, « Le conseil de la concurrence publie son tarif... », *Angle droit*, mars 1994, n° 29, pp. 7-9.

JOUANDET Thierry-Pierre, « Le rapport Cortesse : où en est la loi Sapin ? », *Angle droit*, mars 1994, n° 29, pp. 5-14.

JOUANDET Thierry-Pierre, « Les épines de la loi Sapin », *Angle droit*, mars 1993, n° 18 p. 5.

JOUGUELET Jean-Pierre, « Le contrôle du juge administratif et le droit communautaire - colloque Marchés publics et délégations de service public face au droit communautaire », *LPA*, 2 février 2000, n° 23 pp. 60-63.

JUEN Philippe, « Les pouvoirs du juge du contrat en cas de résiliation irrégulière d'un contrat nul », *RFDA*, décembre 2000, pp. 1219 – 1231.

KAHN Jean, « La notion juridique de marché public », *Marchés publics*, 1968, n° 78 p. 37.

KAN-LACAS Daniel, « les marchés publics en Espagne », *Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation*, septembre 1994, n° 5, pp. 1003-1011.

KARPENSCHIF Michaël, « Définition du pouvoir adjudicateur par la Cour de justice des communautés européennes », *AJDA*, 15 mars 2004, n° 10, pp. 526-533.

KDHIR Moncef, « Le principe de la liberté du commerce et de l'industrie : mythe ou réalité ? », *Dalloz*, 1994, chr., pp. 30-33.

KELSEN Hans, « a théorie juridique de la Convention », *Archives Phil. Droit*, 1940, p. 33.

KING M & DE GRAAF G, « L'accord sur les marchés publics dans le cadre de "l'Uruguay round" », *Revue du marché unique européen*, octobre 1994, n° 4, pp. 67-82.

KUPFERMAN Fred, « La corruption dans la République », *Pouvoirs*, 1984, n° 31 "La corruption", p. 5.

L'HUILLIER Jean, « Les contrats administratifs tiennent-ils lieu de loi à l'Administration ? », *Dalloz*, 1953, Chron. p. 87.

LABETOULLE Daniel, « La jurisprudence administrative. Réglementation et pratique des marchés publics », *Dalloz éd.*, 1985, p. 129.

LAFARGUE Frédéric, « Les nouvelles formes de contrôle administratif de légalité », *Cahiers du CNFPT*, juin 1995, n° 44, pp. 93-113.

LAFFONT Jean-Yves, « Les marchés publics hospitaliers », *Cahiers de la fonction publique*, octobre 1994, n° 128, pp.11-13.

LAGRANGE Philippe, « La qualification des contrats entre personnes publiques. A propos d'un arrêt de la Cour de cassation, 1ère civ. 16 mars 1999 Chambre de commerce et d'industrie de Valence c/ Crédit local de France », *Droit administratif*, mars 2000, pp. 7-12.

LAGUERRE Alain, « Le groupement momentané d'entreprises et le droit des ententes », *Marchés publics*, mars 1994, n° 280, pp. 47-55.

LAGUERRE Alain, « Concurrence, favoritisme et sanction pénale dans les marchés publics », *Marchés publics*, 1993, n° 271, p. 26.

LAGUERRE Alain, « Le contentieux juridictionnel des marchés publics. Perspective et prospective », *Marchés publics*, juillet 1993, n° 275, pp. 19-26.

LAGUERRE Alain, « L'office du juge en matière de passation des marchés publics », *Marchés publics*, avril 1988, n° 233, pp. 27-29.

LAGUERRE Alain, « Aspects juridiques de la négociation dans la passation des marchés publics », *Marchés publics*, juillet 1988, n° 235, pp. 21-26.

LAGUMINA Sandra et PHILIPPE Edouard, « Le référé précontractuel : bilan et perspective », *AJDA*, 2000, pp. 283-289.

LAIDIE Yann, « La concurrence entre établissements publics et opérateurs privés dans l'accès aux contrats publics », *Droit administratif*, avril 2001, Chron. n° 8, pp. 4-9.

LAINÉ, « Concl. sur TA Poitiers 19 octobre 1995 Préfet de charente maritime », *CJEG*, août 1996, n° 523, pp. 273-279.

LAMARQUE Danièle et MILLER Gilles, « L'évaluation par les chambres régionales des comptes du contrôle interne dans les procédures d'achat des collectivités locales », *AJDA*, 20 décembre 2000, pp. 1018-1023.

LAMBERT Christian, « Régie intéressée et marchés publics. Conclusions sur Cour administrative d'appel de Paris, 11 décembre 1997 Syndicat des eaux d'Ile-de-France et Compagnie générale des eaux », *RFDA*, mars 1998, p. 298.

LAMSON, « Une nouvelle catégorie de contrats administratifs : Les Marchés industriels », *Revue pratique de droit administratif*, 1955, p. 126, IV, B, 2 p. 130.

LASVIGNES Serge, « Conclusions sur CE Assemblée 10 juin 1994 Commune de Cabourg », *RFDA*, 1994, p. 728.

LAUBADERE (de) André, « Chronique générale de législation (directives européennes sur les marchés publics de 1971 et 1971 71/305/CEE et 71/304/CEE », *AJDA*, 1979, p. 35.

LAUBADERE (de) André, « Chronique générale de législation », *AJDA*, 1973, p. 321.

LAUBADERE (de) André, « L'évolution récente du régime juridique des marchés de l'Etat », *AJDA*, 20 février 1959, Doct. pp. 17 et s.

LAUBADERE (de) André, « L'extension de la notion de travaux publics Commentaire de l'arrêt Conseil d'Etat 12 avril 1957 Mimouni », *AJDA*, 1957, page 272.

LAUBADERE (de) André, « La nouvelle réglementation des marchés de l'État », *RDP*, janvier 1958, p. 5

LAUBADERE (de) André, « La règle de la décision préalable devant les nouveaux tribunaux administratifs », *Dalloz*, 1955, p. 144.

LAURENT Dominique et ROUSSET Olivier, « Convention de délégation de service public local et loi Sapin », *LPA*, 11 mars 1994, n° 30 p. 4.

LAVERGNE (de) Béatrice, « La transposition en France des directives Marchés publics », *Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation*, avril 1994, n° 2, pp. 253-267.

LAVERGNE (de) Béatrice, « La transposition en France des directives "Marchés publics" », *Marchés publics*, avril 1994, n° 281, pp. 52-61.

LAVERGNE (de) Béatrice, « L'obligation de moyen et l'obligation de résultat dans le contrat de prestation de services : jurisprudence et doctrine », *Marchés publics*, mars 1993, n° 272, p. 41.

LAVERGNE (de) Béatrice et MELAIN Yves, « Secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications : de nouvelles règles de passation des contrats », *Marchés publics*, novembre 1993, n° 277, pp. 62-65.

LAVIALLE Christian, « Délégation de service public et domanialité publique », *Droit administratif*, 1998, Chron. n° 3, pp. 4-7.

LAVIALLE Christian, « L'article 13 de la loi du 5 janvier 1988 et l'évolution du droit de la domanialité publique », *CJEG*, 1988, p. 163.

LAVIALLE Christian, « Les conventions de financement des équipements publics de sécurité intérieure et la loi 2002-1094 du 29 août 2002 », *Contrats et marchés publics*, novembre 2002, pp. 4-6.

LAVIALLE Christian, « Une privatisation peut en cacher une autre », *AJDA*, 2004, p. 1729.

LAVIOLETTE-VANDERPOOTEN, « Les directives européennes relatives aux marchés publics de travaux », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 1972, p. 474.

LAVOLE Alain, « La rationalisation technique des marchés publics », in Christine BRECHON-MOULENNES (dir.) et alii, *Réglementation et pratique des marchés publics*, Dalloz éd., 1985, p. 84.

LE BAUT-FERRARESE Bernadette, « Le juge communautaire - colloque Marchés publics et délégations de service public face au droit communautaire », *LPA*, 2 février 2000, n° 23, pp. 65-69.

LE GALL J.-P., « La fiscalité du financement privé des équipements collectifs », *AJDA*, 1990, p. 3.

LE MIRE Pierre, « Les répercussions de la construction UE sur les coll. loc. », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, novembre 1991, n° 352, pp. 785-796.

LEBEN Charles, « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *RDP*, 1982, pp. 295-353.

LEBON Vanessa, « Les marchés sans formalités préalables, un miroir aux alouettes ? », *AJDA*, 30 septembre 2002, n° 12 pP 843 à 847.

LEBOUTEILLER Philippe, « Rapides commentaires sur les modifications apportées par le décret du 15 décembre 1992 en matière de prix », *Marchés publics*, novembre 1993, n° 277, pp. 43-46.

LEMAITRE Marie-Françoise, « Collectivités locales et marchés publics », *Marchés publics*, 1993, n° 271, p. 38.

LEMAÎTRE Marie-Françoise, « Collectivités locales et marchés publics : nouvelles réalités », *Revue Française de finances publiques*, 1992, n° 40, pp. 124-130.

LEMARCHAND Stéphane, « une nouvelle notion jurisprudentielle, la contrefaçon de concept », *Expertises et systèmes d'informa*, septembre 1995, n° 186, pp. 308-310.

LEPAGE Corinne, « Le Code de l'environnement : Acte de naissance officiel du droit de l'environnement ? », *Gaz. Pal.*, 1996, n° 66, doct., p. 215.

LEPETIT-COLIN Hélène, « La nouvelle circulaire relative aux marchés publics d'assurance : clarification et questions en suspens », *BJCP*, 2000, p. 2.

LESGUILLONS, « L'accord sur les marchés publics », *rev. droit et prat. du com.international*, décembre 1980, p. 545.

- LESQUINS Jean-Louis, « Le droit de la concurrence et les personnes publiques », *Rev. de la conc et de la cons*, 1995, n° 87, p. 39.
- LESQUINS Jean-Louis, « Les services d'intérêt économique général », *Rev. de la conc et de la cons*, 1996, n° 90, p. 4.
- LEVY Jean-Philippe et LIGNIERE Paul, « Un PFI à la française : les nouveaux PPP dans la sécurité et la justice », *Droit administratif*, décembre 2002, pratique 11, pp. 34-35.
- LIBERT Xavier, « Les modifications du marché en cours d'exécution : avenants.. », *AJDA*, 1994, n° Spécial p. 65.
- LICHERE François, « Le régime exorbitant du droit commun, nouvelle exception au critère organique du contrat administratif. Note sous TC 10 mai 1993 Société Wanner Isofi Isolation et Sté NERSA », *Droit administratif*, mai 1996, Chron. n°6 pp. 1-3.
- LICHERE François, « La définition contemporaine du marché public », *RDP*, novembre 1997, pp. 1753-1781
- LICHERE François, « La simplification du droit des marchés publics », *RDP*, novembre 2003, n°6, pp. 1529-1533.
- LICHERE François, « Le conseil constitutionnel, la commande publique et le partenariat public/privé : bis repetita non placent. Commentaire des considérants 13 à 20 de la décision n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 », *RDP*, juillet 2003, pp. 1163-1178.
- LIET-VEAUX Georges, « Identification de la concession de service public », *La revue administrative*, 1968, p. 715.
- LIET-VEAUX Georges, « Progrès et décadence de la notion de travail public », *La revue administrative*, 1960, page 605.
- LIET-VEAUX Georges, « Travail public et ouvrage public », *La revue administrative*, 1960, p. 133.
- LIET-VEAUX Georges, « Du contentieux des travaux de reconstruction effectués par l'intermédiaire d'associations syndicales », *AJDA*, 1959, n°1, page 165.
- LIET-VEAUX Georges, « commentaire de TC du 28 mars 1955 Association syndicale de reconstruction de Toulon c/ effimieff », *La revue administrative*, 1955, p. 285.
- LIGNIERES Paul, « Marchés publics et DSP : faut-il toujours mettre en concurrence ? », *La lettre Juris-Classeur du droit public des affaires (supplément à contrats et marchés publics)*, avril 2001, 4ème année, mensuel n° 4.
- LIGOT Maurice, « Rapport AN sur l'UE et les MP, présenté à l'AN en nov. 1990 », *Doc. Ass. Nat.*, 15 novembre 1990, 15 nov, rap n° 170.
- LIGOT Maurice, « Rapport An sur le mauvais vouloir des autres E à transposer », *Doc. Ass. Nat.*, 1991, n° 2292.
- LIMOUZIN-LAMOTHE Philippe, « La pratique de la délégation de service public », *AJDA*, 20 septembre 1996, pp. 572-576.
- LINDITCH Florian, « La loi n° 92-125 du 6 février 1992 et la gestion déléguée des services public locaux, vers un code des concessions et affermage ? », *Actualité législative Dalloz*, 15 octobre 1992, n° 17, page 159.

LINDITCH Florian, « La réception de la théorie allemande de la personnalité morale de l'État dans la doctrine française », in Olivier BEAUD et Patrick WACHSMANN, *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997, pp. 179-217.

LINDITCH Florian, « Recherches sur les règles de passation des marchés de travaux dans les ZAC », *RDI*, 1991, p. 447.

LINDITCH Florian, « Droit administratif, l'éternel retour. L'illustration des marchés publics », *La Revue administrative*, juillet 2002, n° 328, p. 358-372.

LINDITCH Florian, « Qui a peur de l'article 27 ? Réflexion sur les seuils dans le nouveau code des marchés publics », *Contrats et marchés publics*, février 2002, pp. 4 et s.

LINDITCH Florian, « La réforme de la double enveloppe », *Marchés publics*, juin 1994, n° 282, p. 36.

LINDITCH Florian, « L'accès des tiers aux documents contractuels », *Marchés publics*, mars 1991, n° 256, p. 22.

LINDITCH Florian, « Remise des offres : une variété de procédés », *MBTP*, 2 mars 1990, p. 56.

LINDITCH Florian, « Note sous Conseil d'État, Assemblée, 5 mars 2003, Union Nationale des Services Publics Industriels et Commerciaux et autres », *JCP E Semaine Juridique (édition entreprise)*, 17 avril 2003, n° 16, pp. 720-724.

LINDITCH Florian, « Le nouveau code français des marchés publics, utile contribution à la définition du périmètre administratif », *Revue internationale de droit économique*, juillet 2001, n° 3, pp. 325-338.

LINDITCH Florian, « Le nouveau droit des marchés publics de la culture », *AJDA*, 20 mars 2001, n° 3, pp. 210-217.

LINDITCH Florian, « Recherche sur la place de l'amortissement en droit administratif », *AJDA*, 20 février 1996, n° 2, pp. 100-110.

LINDITCH Florian, « Réforme du code des marchés publics : leçons d'un bricolage d'été », *JCP Administrations et collectivités territoriales*, 15 septembre 2003, n° 38, pp. 1184-1186.

LINDITCH Florian, « Le secret des offres à l'épreuve des nouvelles techniques de communication », *Marchés publics*, avril 1989, n° 241 pp. 51-52.

LINDITCH Florian, « Les partenariats public-privé devant le Conseil constitutionnel », *Contrats et marchés publics*, octobre 2003, chron. 18, pp. 4-7.

LINDITCH Florian, « Nouveau code des marchés publics et droit commun de la commande publique. Et si le Conseil constitutionnel avait vu juste ? », *JCP (A)*, 29 mars 2004, pp. 449-454.

LIGNIÈRE Paul et LEPRON Franck, « Les contrats "in house" et les sociétés d'économie mixte », *Droit administratif*, mai 2003, p. 42.

LINOTTE Didier, « Principes d'égalité, de liberté, de commerce et de l'industrie et droit de la concurrence », *Economica coll. Science et droit administratifs*, 1987, in *Droit public de la concurrence*, ouvrage collectif sous la direction J.-M. RAINAUD et R. CRISTINI, *Economica coll. Science et droit administratifs* 1987, pp. 9-20.

LINOTTE Didier, « Le droit public de la concurrence », *AJDA*, 20 février 1984, pp. 60-67.

LLORENS François et SOLER-COUTEAUX Pierre, « Le nouveau champ d'application du code des marchés publics », *Contrats et marchés publics*, avril 2001, n° spécial Réforme du code des marchés publics, chronique 4 p. 7.

LLORENS François et SOLER-COUTEAUX Pierre, « Marchés publics », *Répertoire Dalloz - droit communautaire*, 1993.

LLORENS François et SOLER-COUTEAUX Pierre, « Retour sur la loi MURCEF : la définition légale de la délégation de service public présente-t-elle un intérêt ? », *Contrats et marchés publics*, 2002, Repère n° 2.

LLORENS François et SOLER-COUTEAUX Pierre, « Un nouveau code pour les marchés publics », *Contrats et marchés publics*, avril 2001, n° spécial Réforme du code des marchés publics, p. 3.

LLORENS François, « Cadre général de la commande publique », *Contrats et marchés publics*, février 2004, chron. 2 pp. 25-28.

LLORENS François, « Concurrence et passation des marchés publics de travaux - à propos du projet de réforme du Code des marchés publics », *RDI*, octobre 1998, n° 4, pp. 489-513.

LLORENS François, « La définition actuelle de la concession de service public en droit interne », in Christine BRECHON-MOULENES et *alii*, *La concession de service public face au droit communautaire*, Sirey, 1992, p. 15.

LLORENS François, « La maîtrise d'ouvrage public », *RDI*, 1986, p. 283.

LLORENS François, « La mission du Maître d'ouvrage délégué », *RDI*, octobre 1996, n°4, pp. 463-482.

LLORENS François, « La réglementation communautaire des marchés publics et le droit des concessions. À propos des concessions en droit UE », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 1989, n° 332, p. 603.

LLORENS François, « Le nouveau statut de la maîtrise d'ouvrage publique », *Actualité législative Dalloz*, octobre 1985, n° 17 et 18.

LLORENS François, « Le recours des personnes publiques à la vente d'immeuble en l'état futur d'achèvement : une condamnation partielle », *CJEG*, septembre 1991, pp. 251-277

LLORENS François, « Les conventions d'aménagement de la loi SRU sous les feux de Bruxelles », *Contrats et marchés publics*, 2001, Repères n° 12.

LLORENS François, « Les marchés de l'UGAP à l'épreuve du droit communautaire. A propos de l'arrêt du Conseil d'État du 27 juillet 2001 Camif, req. n° 218067 », *Contrats et marchés publics*, octobre 2001, Chr. n° 14 pp. 4-9.

LLORENS François, « Les tribulations des marchés publics d'assurance. De la circulaire du 27 juillet 1998 à celle du 30 juillet 1999 », *RFDA*, janvier 2000, n° 1., pp. 29-57.

LLORENS François, « Mandat et code des marchés publics. A propos de l'application des dispositions du code des marchés publics aux marchés des mandataires », *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz éd., 2004, pp. 557-590

LLORENS François, « Marchés et travaux publics », *RDI*, 1994, p. 233.

LLORENS François, « Nature et contenu des contrats d'aménagement », *Contrats et marchés publics*, 2001, chr. n° 1.

LLORENS François, « Note sous CE 27 janvier 1984 Ville d'Avignon c/ Da costa Nunes », *LPA*, 5 avril 1985, p. 9.

LLORENS François, « Principe de transparence et contrats publics », *Contrats et marchés publics*, janvier 2004, pp. 4-12.

LLORENS François, « Régime des procédures de passation », *Contrats et marchés publics*, février 2004, chron. 8 pp. 42-45

LLORENS François, « Remarques sur la rémunération du co-contractant comme critère de la délégation de service public », in *Liber Amicorum Jean Waline*, Dalloz éd., 2002, pp. 301 et s.

LLORENS François, « Remarques sur la rémunération du cocontractant comme critère de la délégation de service public », *Dalloz, Mélanges Jean Waline*, 2002, p. 301.

LLORENS François, « Une nouvelle application du mandat en droit administratif : la délégation de maîtrise d'ouvrage public », *LPA*, 27 juin 1986, p. 10.

LLORENS François, « Unité et pluralité des délégations de service public », *Contrats et marchés publics*, 2003, Chron. n° 7.

LLORENS François et TERNEYRE Philippe, « Sur la codification des directives 93/36 et 93/38 », *RDI*, 1993, p. 500.

LLORENS François et SOLER-COUTEAUX Pierre, « Le futur partenariat public privé ou les limites de la troisième voie », *Contrats et Marchés Publics*, 2003, p. 7.

LLORENS François et SOLER-COUTEAUX Pierre, « Nature et contenu des contrats d'aménagement », *Contrats et Marchés Publics*, 2001, chr., p. 4.

LOMBARD Martine, « A propos de la liberté de la concurrence entre opérateurs publics et opérateurs privés », *Dalloz*, 1994, n°22, chron., 491-495.

LOMBARD Martine, « L'autonomie de la Banque de France », *LPA*, 20 juin 1994, n°73 spé., p. 33.

LOMBARD Martine, « La constitution de droits réels sur le domaine public expression d'un compromis ambigu entre protection et valorisation des propriétés publiques », *ALD*, 1994, n°18, pp. 183-185.

LOMBARD Martine, « Le nouveau statut de la Banque de France », *AJDA*, 1994, n° 7, pp. 491-495.

LONCHAMPT H., « Le contenu du code, son adaptation aux prestations modernes », in Christine BRECHON-MOULENNES (dir.) et *alii*, *Réglementation et pratique des marchés publics*, Dalloz éd., 1985, p. 30.

LONCHAMPT H., « Les marchés industriels », *RFAP - Revue française d'administration publique*, janvier 1985, n° 33, pp. 47-60.

LONG Marceau, « Système concessif et droit communautaire dans le domaine de l'eau », *La revue Administrative*, novembre 2001, n° 318 pp. 576-580.

LORIGNE Jean-Michel, « Expérimentation à la direction départementale de l'équipement d'angoulême », *Marchés publics*, avril 1993, n° 273, pp. 38-40.

LOSCHAK Danièle, « Les problèmes juridiques posés par la concurrence des services publics et des activités privées », *AJDA*, mai 1971, pp. 261-273.

LOY Michaël, « Droit communautaire et GATT », in Christine BRECHON-MOULENNES (dir.) et *alii*, *Réglementation et pratique des marchés publics*, Dalloz éd., 1985, page 138.

LUCAS Pierre-Yves, « Les agents dans les pays du GCC », *Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation*, octobre 1993, n° 6, pp. 1237-1260.

LUCCHINI L., « Le fonctionnement de l'ouvrage public », *AJDA*, 1964, p. 357.

- LUCHAIRE François, « Un janus constitutionnel : l'égalité », *RDP*, septembre 1986, pp. 1229-1274.
- LUTUN Bernard, « Les approvisionnements de la Marine (1661 - 1761) », *La revue administrative*, mars 2002, pp. 179-196.
- LUTUN Bernard, « Les approvisionnements de la Marine (1661 - 1761) », *La revue administrative*, mai 2002, pp. 292-311.
- MACKAAY E, « Les notions floues en droit ou l'économie de l'imprécision », *Langages*, 1979, n° 53 p. 33 et s.
- MALAURIE Philippe, « L'indétermination du prix dans les contrats de concession », *Rev. de la conc et de la cons*, 1995, n° 83, p. 64.
- MALAURIE Philippe, « La notion d'ordre public économique », *Rev. de la conc et de la cons*, 1995, n° 83 p. 48.
- MALINVAUD Philippe, « Les garanties de paiement du sous-traitant en chaîne », *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne, Dalloz éd.*, 2004, pp. 591-607.
- MALLOL Francis, « Le contrôle des qualifications professionnelles dans la procédure d'appel d'offre. Conclusions sur TA Besançon, 14 avril 1994 Groupement d'entreprises Bigoni-SMBTP-Livera c/ Syndicat intercommunal des eaux de Champagny », *RFDA*, 7 août 1994 n° 6, pp. 747-751.
- MALLOL Francis, « Conclusions sous TA Besançon 3 mars 1994 rectifiée par ordonnance du 21 avril 1994 M. Just Alain c/ département du Jura (s/ arrêté des comptes) », *Marchés publics*, février 1996, n° 2, pp. 12-13.
- MANIN Philippe, « A propos de l'accord instituant l'Organisation Mondiale du commerce et de l'accord sur les marchés public : la question de l'invocabilité des accords internationaux conclus par la communauté européenne », *RTDE*, juillet 1997, pp. 399-428.
- MARCOU Gérard, « La notion de délégation de service public après la loi 29 janvier 1993 », *RFDA*, 1994, 691 (I) et 875 (II)
- MARCOVICI Laurent, « Comment définir la délégation de service public. Note sous CAA Marseille 5 mars 2001 Préfet du Var (2 espèces) », *AJDA*, 20 novembre 2001, n° 11 p. 968.
- MARGUE, « L'ouverture des marchés publics dans la Communauté », *Revue du marché unique européen*, 1991, n° 2 p. 143, n° 3 p. 177, n° 4 p. 111.
- MARTEL, « Les délais de recours contentieux en matière de marchés de travaux publics. conclusions sur Cour administrative d'appel de Paris, 30 mars 1995, Société nationale de construction Quillery, No 94 P.A. 00445 », *LPA*, 14 août 1995, n° 97, pp. 4-6.
- MASSOT Jean, « Une procédure de règlement des litiges : la conciliation en MP », *Notes bleues de Bercy*, 16 juin 1995, n° 65, pp. 1-6.
- MASSOT Jean, « La place de la conciliation dans le règlement des litiges en matière de marchés publics », *Marchés publics*, 8 septembre 1994, n° 283, pp. 41-47.
- MATHIAS G, « A propos de la sous-traitance dans les marchés de travaux public », *Gaz. Pal.*, 3 juin 1982, doct. p. 291.
- MATTARELLA Bernardo Giorgio, « La codification du droit : réflexions sur l'expérience française contemporaine », *RFDA*, juillet 1994, pp. 668-685.

MATTERA Alfonso, « L'ordonnance du président de la CJCE du 22 avril 1994 Commission des Communautés européennes c/ Royaume de Belgique aff. des "bus Wallons". Un échec de la Commission, une victoire pour les marchés publics. », *Revue du marché unique européen*, avril 1994, n° 2, pp. 161-171.

MATTERA Alfonso, « Les nouvelles règles communautaire sur les marchés publics : Cheval de Troie dans la ... », *Revue du Marché unique européen*, 1995, n° 4 p. 157.

MATTERA Alfonso, « La politique communautaire des marchés publics, nécessité ou souci de perfectionnisme ? », *Revue du marché unique européen*, septembre 1996, n° 4, pp. 9-54.

MATTERA Alfonso, « Les marchés publics, derniers remparts du protectionnisme des Etats », *Revue du marché unique européen*, 1993, n° 3, p. 5.

MATTERA Alfonso, « La libéralisation des marchés publics et semi-publics dans la Communauté », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 1973, p. 205.

MATTERA Alfonso, « La communication interprétative de la Commission sur les concessions de services d'utilité publique : un instrument de transparence et de libéralisme », *RDUE*, 2000, p. 253-311.

MATTERA Alfonso, « Vers un code européen des marchés publics », *RDUE*, 2000, pp. 523-570.

MAUBLANC Jean-Pierre, « De l'unité de la notion de travail public », *Mélanges J-M AUBY, Dalloz éd.*, 1992, p. 227.

MAUGÜÉ Christine, « Bilan de l'actualité UE, législative et réglementaire 1991-1992 », *AJDA*, 20 mars 1993, n° 3, pp. 171-185.

MAUGÜÉ Christine, « L'actualité communautaire des marchés publics », *AJDA*, 1994, n° Spécial, pp. 38-42.

MAUGÜÉ Christine, « Sur la sélection de arrêts du recueil Lebon », *Revue de la recherche juridique*, 1996, n° 6, pp. 113 à 1128.

MAUGÜÉ Christine, « Les collectivités locales face au choix entre marchés publics ou délégations de service public : faire ou faire faire. », *Marchés publics*, mars 1999, n° 3, p. 20.

MAUGÜÉ Christine, « la distinction entre marchés publics et délégations de service public en droit français et en droit communautaire - colloque Marchés publics et délégations de service public face au droit communautaire », *LPA*, 2 février 2000, n° 23, page 26.

MAUGÜÉ Christine, « La réforme des procédures », *BJCP*, mai 2001, n° 16 spécial réforme du code des marchés publics p. 195.

MAUGÜÉ Christine, « Les variations de la liberté contractuelle dans les contrats administratifs », *AJDA*, septembre 1998, pp. 694-700.

MAUGÜÉ Christine, « La portée de l'obligation de transparence dans les contrats publics », *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne, Dalloz éd.*, 2004, pp. 609-624.

MAUGÜÉ Christine et TERNEYRE Philippe, « Achèvement (ou presque) de la transposition des directives marchés publics (commentaire de la loi du 22 janvier 1997 et des décrets du 27 février 1998). », *RFDA*, avril 1998, p. 593.

MAUGÜÉ Christine et TERNEYRE Philippe, « Les délégations de service public en questions », *CJEG*, avril 1997, pp. 131-146.

MAUGÜÉ Christine et TOUVET Laurent, « Note sous CE Ass. 10 juin 1994, Commune de Cabourg, in "Chronique générale de jurisprudence administrative française" », *AJDA*, 20 juillet 1994, p. 502.

MAZERES Jean-Arnaud, « Que reste-t'il de la jurisprudence "société entreprise Peyrot" ? (La qualification des marchés de travaux des sociétés d'économie mixte d'équipement et d'aménagement publics) », *Mélanges Paul Conzinet*, 1976, pp. 475-549.

MELLERAY Fabrice, « Le marché d'entreprise de travaux publics, un nouveau lazare juridique ? », *AJDA*, 2003, n° 24, p. 1260.

MENEMENIS Alain, « Le champ d'application du code des marchés publics », *BJCP*, mai 2001, n° 16 spécial réforme du code des marchés publics pp. 182-189.

MENEMENIS Alain, « Nature des contrats de mobilier urbain. Note sous CAA Paris 26 mars 2002 Sté J.-C. Decaux », *Droit administratif*, juillet 2002, n° 122 p. 17.

MENEMENIS Alain, « "Exécution des délégations de service public : rapports entre le délégant et le délégataire" in Dix ans des délégations de service public. Bilan et perspective », *Contrats et marchés publics*, mai 2003, chr. n° 11 p. 38.

MENEMENIS Alain, « Nouveau Code des marchés publics : l'avenir d'une ambition », *Droit administratif*, avril 2004, n° 4, chron. n° 7 pp. 5-7.

MENEMENIS Alain, « La loi MURCEF et l'ingénierie publique », *Droit administratif*, février 2002, pp. 18 et s.

MENEMENIS Alain, « La Constitution et les partenariats public-privé. Commentaire de la décision du Conseil constitutionnel du 26 juin 2003 », *Droit administratif*, octobre 2003, n° 191, pp. 24-26.

MENEMENIS Alain, « Centrales d'achat : une nouvelle chance », *ACCP*, mars 2004, n° spécial, p. 25

MENGOZZI Paolo, « Les droits des citoyens de l'UE et l'applicabilité directe de l'O », *Revue du marché unique européen*, octobre 1994, 165-174, n° 4

MENSI M, « L'ouverture à la concurrence des marchés publics de service », *Revue du marché unique européen*, novembre 1993, n° 3, pp. 59-86.

MESCHERIAKOFF Alain-Serge, « Le délit dit "de favoritisme" », *LPA*, 15 février 1995, n° 20, pp. 6-10.

MESCHERIAKOFF Alain-Serge, « Les ambiguïtés de la loi "Anticorruption" », *MTPB*, 5 février 1994, p. 34.

MESTRE Jacques, « Transparence et droit des contrats (colloque sur la transparence) », *Revue de jurisprudence commerciale*, octobre 1993, n° Spécial, pp. 77-88.

MESTRE Jean-Louis, « Des précédents de la jurisprudence Giry. Les juridictions judiciaires et le Contentieux des collectivités locales au XIXème siècle », *RDP*, janvier 1980, p. 5

MESTRE Jean-Louis, « Le Conseil constitutionnel, la liberté d'entreprendre et la propriété », *Daloz*, 1984, chronique I, p. 1.

MICHEL Georges & CANET Louis, « Le Conseil d'Etat et la codification », *Livre jubilaire du Conseil d'Etat*, 1952, pp. 467-559.

MICHEL Nicolas, « La jurisprudence de la Cour de justice sur les marchés publics : instrument essentiel pour leur ouverture à la concurrence », *Revue du marché unique européen*, juillet 1994, n° 3, pp. 135-176.

MIET J., « La composition de la commission d'adjudication ou d'appel d'offre. Conclusions sur Trib. adm. Strasbourg (4e ch.), 3 juin 1996 : M. Jean-Marie Lamy-Rousseau et autres c/ ville d'Amneville no 952399 », *LPA*, 18 septembre 1996, n° 113, pp. 4-5.

MILLET V T, « La dir. 89-665 21/12/89 recours MP de F et W », *Marchés publics*, juin 1990, n° 250, p. 41.

Ministère de l'Economie, « La réforme du code des marchés publics », *Notes bleues de Bery*, 1 avril 2001, n° 204 pp. 1-8.

Ministère de l'économie, « Concurrence, consommation et répression des fraudes : 1995 », *Notes bleues de Bery*, 16 octobre 1996, n° 97, pp. 1-8.

Ministère de l'économie, « L'activité de la DGCCRF en 1994 », *Notes bleues de Bery*, 16 septembre 1995, n° 71, pp. 1-12.

Ministère de l'économie, « Les délais de règlement des collectivités et EP locaux en 1995 », *Notes bleues de Bery*, mars 1997, n° 106, pp. 1-12.

Ministère de l'économie et des finances, « Circulaire du 5 juillet 1994 référence aux normes dans les marchés publics et les contrats soumis à certaines procédures communautaires, nor PRMX9400134C », *Marchés publics*, 26 août 1994, J.O., n° 283 p. 22

Ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, « communiqué de presse du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie du 6 mars 2001 relatif à la réforme du Code des marchés publics », *ACCP*, juin 2001, p. 14.

MODERNE Franck, « Actualité des principes généraux du droit », *RFDA*, mai 1998, n° 3, pp. 495-518.

MODERNE Franck, « Faut-il vraiment "administrativer" l'ensemble des marchés publics ? », *AJDA*, 20 septembre 2001, pp. 707-708.

MODERNE Franck, « Incertitudes sur la sous-traitance dans le projet de réforme du Code des marchés publics », *Gaz. Pal.*, 31 octobre 1997, p. 7.

MODERNE Franck, « L'évolution récente du droit des contrats administratifs : les conventions entre personnes publiques », *RFDA*, 1984, n°0, p. 1.

MODERNE Franck, « La nature des marchés passés par les sociétés d'économie mixte chargées de l'aménagement », *RD. Rur.*, janvier 1974, p. 1.

MODERNE Franck, « La nature juridique des travaux effectués par les sociétés d'économie mixte d'aménagement urbain », *AJPI*, 1981, p. 440.

MODERNE Franck, « La nature juridique des travaux effectués par les associations syndicales de lotissement », *AJPI*, 1981, p. 274.

MODERNE Franck, « Le sous-traitant, le fabricant et l'assureur au Palais-Royal ? (à propos d'une étude récente) », *Marchés publics*, 1985, n° 210, pp. 33-37.

MODERNE Franck, « Les arrêts et le contentieux de la concession de service public », *RFDA*, janvier 1987, p. 11.

MODERNE Franck, « Les contrats de maîtrise d'oeuvre des Sociétés d'économie mixte. Observations sur une réglementation éclatée. », *RFDA*, novembre 1994, p. 1071.

MODERNE Franck, « Les contrats de prestations de services techniques entre l'Etat et les collectivités locales après la loi MURCEF : vers de nouvelles relations ? », *Les collectivités locales. Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau, Economica éd.*, 2003, pp. 291-312.

MODERNE Franck, « Les dérogations aux textes-types », Christine BRECHON-MOULENES (dir.) et alii, *Réglementation et pratique des marchés publics, Dalloz éd.*, 1985, p. 58.

MODERNE Franck, « Les marchés publics de travaux entre les droits nationaux et le droit communautaire », *RDI*, octobre 1998, 20 (4) octobre-décembre 1998, pp. 581-590.

MODERNE Franck, « Les travaux des collectivités locales. », *Rep. Coll. Loc. Dalloz*, 1979, pp. 9020-1.

MODERNE Franck, « note sous CE 23/11/94 CNPBTPIC et autres », *CJEG*, avril 1995, avril p. 140.

MODERNE Franck, « Observations sur le concept d'exploitant public et sa place dans l'ordre juridique français », *Juris-PTT*, 1990, n° Spécial, p. 5.

MODERNE Franck, « Un marché d'entreprise de travaux publics doit-il être soumis aux règles de passation des marchés publics ? note sous CE 14 octobre 1988 S.A. Socéa-Balency (sobe) et autres », *Marchés publics*, mars 1989, n° 240 pp. 8-12.

MODERNE Franck, « Une figure juridique baroque : le marché public d'assurances », *CJEG*, 1999, p. 165.

MOLHO Jacques, « Concurrence et principe d'égalité dans les achats publics », *Marchés publics*, mars 1985, n° 212 pp. 30-33.

MOLHO Jacques, « Quelques réflexions sur le nouveau droit de la concurrence », *Marchés publics*, janvier 1987, n° 223, pp. 46-47.

MOLHO Jean, « Note sur la coordination locale des commandes publiques », *RFAP - Revue française d'administration publique*, janvier 1985, n° 33, pp. 23-24.

MOLTO DARNER, « L'application au droit communautaire européen de la réglementation en Espagne des contrats de travaux et de fournitures », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 1993, p. 891.

MONTI Mario, « Marchés publics et Marché unique. Livre vert du 27 novembre 1996 », *Revue du marché unique européen*, septembre 1996, n° 4, pp. 5-8.

MONTMERLE Jacques, « Les recours contre les adjudications irrégulières », *AJ Travaux*, septembre 1946, pp. 377-380.

MORANGE Georges, « Réflexions sur la protection accordée par le juge administratif à la liberté du commerce et de l'industrie », *Dalloz*, 1956, Chron. n° XXII, pp. 117-120.

MOREAU Jacques, « Les “matières contractuelles” », *AJDA*, 20 octobre 1998, n° 10 pp. 747-752.

MUTSUO Kawai & Revue des concessions et des délégations de service public, « La grande réforme des concessions au Japon : Entretien avec Monsieur Kawai Mutsuo, premier secrétaire de l'Ambassade du Japon à Paris », *Revue des concessions et des délégations de service public*, décembre 1999, p. 9-15.

N'GUYEN N, « L'actualité des contrats de mobilier urbain », *BJCP*, 1998, n° 1, p. 3.

NAESSARRY Samir, « Financement de projets : le vent en poupe », *Banque*, 1995, n° 559 pp. 64-67.

NANDOREN Paul, « Les relations eco entre l'UE et les USA après l'uruguay round », *Revue du marché unique européen*, octobre 1994, n° 4, pp. 25-66.

NGUYEN Nathalie, « L'actualité des contrats de mobilier urbain », *BJCP*, 1998, n° 1, p. 3.

NGUYEN QUOC Vinh, « L'argent public et le droit des contrats », *Mélanges en hommage à Roland Drago "L'unité du droit"*, 1996, pp. 292-313.

NICINSKI Sophie, « L'information des élus locaux et la nature des clauses du contrat de délégation de service public, note sous CE 19 décembre 1999 Commune de Port-Saint-Louis-du-Rhône », *LPA*, 7 juin 2000, pp. 17-23.

NICINSKI Sophie, « "Lease" américain, équipements publics et droit administratif », *AJDA*, 2001, Chroniques p. 538.

NOYER B et TERNEYRE Philippe, « Le bail emphytéotique comme technique de valorisation du domaine public des collectivités locales (1e partie) », *LPA*, 10 juillet 1996, p. 17.

NOYER B et TERNEYRE Philippe, « Le bail emphytéotique comme technique de valorisation du domaine public des collectivités locales (2e partie) », *LPA*, 12 juillet 1996, p. 8.

O'BRIEN, « Les dispositions communautaires visant à faciliter l'accès des PME aux marchés publics », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 1993, p. 869.

OLIVIER Frédérique, « La passation des marchés publics de communication », *Légicom*, octobre 1994, 42-45, n° 6.

OLIVIER Frédérique, « L'administration à l'épreuve d'internet et des services en ligne », *Droit administratif*, novembre 1996, n° 11, pp. 4-7.

OLIVIER Frédérique, « Offres anormalement basses dans les marchés », *Droit administratif*, juin 1998, Chron. n° 11, pp. 4-7.

OLIVIER Frédérique, « L'appel d'offre rénové », *Contrats et marchés publics*, avril 2001, n° spécial Réforme du code des marchés publics chronique 7 p. 24

OLSEM Jean-Pierre, « L'ordre concurrentiel, l'immobilier et le BTP », *LPA*, 10 juillet 1995, 1ère partie n° 79 du 3 juillet 1995 ; 2ème partie n° 82 du 10 juillet 1995

OPPETIT Bruno, « De la codification », *Dalloz*, 1996, Chr. p. 33.

OPPETIT Bruno, « Droit commun et droit européen des contrats », *Mélanges Loussouarn*, 1994, pp. 311 et s

OPPETIT Bruno, « L'expérience française de la codification en matière commerciale », *Dalloz*, janvier 1990, chr., p. 1.

OPPETIT Bruno, « La décodification du droit commercial français », *Mélanges Rodière*, 1982, , Dalloz éd., p. 189.

ORSONI, Gilbert, « Tribunal des Conflits, 17 décembre 2001, Société Rue Impériale contre Société Lyon Parc auto », *RTDCom*, 2002, n°2, pp. 285-287.

P.M., « Note sous Cour de Cassation, chambre commerciale, 8 décembre 1992 », *Le quotidien juridique*, 6 avril 1993, n° 27.

PAITRE Jean-Pierre, « Concl. sous CAA Paris 11 octobre 1994 S.A.R.L Editor Tennog c/ Commune de Houille », *AJDA*, 20 décembre 1994, 901-903, n° 12.

PANCRAZI Gérard, « Les difficultés d'application du délit d'avantage injustifié dans les marchés et les conventions de délégation de service public. L'article 432-14 du nouveau code pénal », *Marchés publics*, 1996, n° 2, pp. 18-22.

PANCRAZI Gérard, « Les difficultés d'application du délit d'avantage injustifié dans les marchés et les conventions de délégation de service public : l'article 432-14 du nouveau code pénal », *Gaz. Pal.*, 12 mars 1995, n° 71, pp. 2-8.

PANCRAZI Gérard, « Le contrôle de la légalité par la Mission interministérielle d'enquête sur les marchés (MIEM) », *ACCP*, n° 5, novembre 2001.

PANCRAZI Gérard, « Le délit de favoritisme et le nouveau code des marchés publics », *Contrats et marchés publics*, mai 2001, n° 5, p. 4.

PARE Michel, « Concurrence...marchés publics . En bref... », *Marchés publics*, 6 juillet 1994, n° 282, pp. 33-35.

PARE Michel, « Concurrence...marchés publics. En bref... », *Marchés publics*, décembre 1994, n° 286, pp. 23-24.

PELLISSIER Gilles, « conclusions sur TA Lille 28 mars 2000 Préfet de la région Nord-pas-de-Calais, Préfet du nord c/ commune de Marquette lez Lille », *BJCP*, 2000, p. 321.

PERALDI-LENEUF Fabienne, « La libération du marché des terminaux de télécom et la JP UE », *Europe*, février 1996, n° 2, pp. 1-5.

PEREZ-VERA Jorge, « La pratique des contrats d'Etat en colombie », *Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation*, mai 1993, n° 3, pp. 507-527.

PERINET-MARQUET Hugues, « Note sous CE 25 février 1994 Sofap Marignan immobilier », *AJDA*, juillet 1994, n° 7-8, pp. 550-555.

PEYLET Roland, « la délégation de gestion : entre idéologie et réalité », *Cahiers de la fonction p. et de l.*, décembre 1995, n° 141, pp.7-8.

PEYRICAL Jean-Marc et SABATIER C., « Collectivités locales et sociétés d'économie mixte : les limites du "in house" », *Contrats publics – Actualité de la commande publique*, janvier 2004, p. 32.

PEYRICAL Jean-Marc, « financement: dans le maquis des montages contractuels complexes », *MTPB*, 19 janvier 1996, n° 4808, pp. 41-43.

PEYRICAL Jean-Marc, « L'explosion du droit des services publics et le rôle de régulateur du juge administratif », *Marchés publics*, avril 1994, n° 281, pp. 30-36.

PEYRICAL Jean-Marc, « Le paradoxe des marchés publics. Le marché publics, repoussoir et modèle », *Droit administratif*, avril 2000, chron. n° 7, p. 4 et s.

PEYRICAL Jean-Marc, « Le marché d'entreprise de travaux publics : Une nouvelle atteinte au droit des services publics locaux », *LPA*, 7 mars 1994, n° 28, pp. 4-7.

PEYRICAL Jean-Marc, « Marchés et prix : un couple en voie de divorce (CAA Paris 11 octobre 1994 S.A.R.L Editor Tennog c/ Commune de Houille) », *Marchés publics*, août 1996, n° 3, pp. 51-53.

PEYRICAL Jean-Marc, « Marchés publics et délégations de service public : le rôle unificateur du droit communautaire », *MBTP*, 4 septembre 1998, p. 72.

PEYRICAL Jean-Marc, « Délégations de service public : une catégorie juridique à part », *MBTP*, 28 mars 1997, p. 46.

PEYRICAL Jean-Marc, « Les contrats de prestation entre collectivités publiques. Réflexions et interrogations », *AJDA*, juillet 2000, pp. 581-591.

PEYRICAL Jean-Marc, « Le critère de la rémunération dans les contrats publics : des incertitudes croissantes », *ACCP*, 2002, n° 17, p. 59.

PHILIPPE Loïc, « Vers la transparence des contrats passés par les pers p. », *Revue de la recherche juridique*, janvier 1996, n° 1, pp. 115-144.

PICARD Etienne, « Droit administratif. Chronique. », *JCP G*, 15 septembre 1993, n° 37, pp. 355-366.

PICARD Etienne, « La Liberté contractuelle des personnes publiques constitue-t-elle un droit fondamental ? », *AJDA*, septembre 1998, pp. 651- 666.

PICARD Etienne, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, juillet 1998, Numéro spécial, les droits fondamentaux, une nouvelle catégorie juridique ?, pp. 6-42

PIERRE-CAPS S, « La notion d'ouvrage public : tendance de la jurisprudence récent », *RDP*, 1988, p. 1671.

PIETRI J.-P., « Marchés publics : les comités consultatifs régionaux ou interrégionaux de règlements amiables des litiges », *Contrats et marchés publics*, septembre 2001, p. 28

PIETTE-COUDOL Thierry, « La "loi madelin" établit la télédéclaration entre entreprise et », *Expertises et systèmes d'informaton*, mars 1994, 109-110, n° 170

PIGNON Sophie, « les nouvelles directives communautaires portant coordination des procédures de passation des marchés publics », *AJDA*, 12 juillet 2004, n° 26, pp. 1411-1416

PIQUET Michel, « Durée des marchés. Quelle est la durée possible d'un marché public notamment s'il est fractionné ? », *Marchés publics*, septembre 1993, 85-92, n° 276

PIREYRE Bruno-André, « Corruption et trafic d'influence : l'approche du droit pénal », *Revue Française de Finances publiques*, mars 2000, n° 69 p. 33 à 46

PIROTTE Ch., « Simplification des règles d'ouverture des marchés publics », *Revue du marché unique européen*, février 1995, n° 2, pp. 167-169.

PLESSIX Benoît, « Une prérogative de puissance publique méconnue : le pouvoir de substitution d'action », *RDP*, mars 2003, n° 2, pp. 579-629.

PLESSIX Benoît, « Nicolas Delamare ou les fondations du droit administratif français », *Droits*, n° 38, 2003 pp. 113-133.

POCHARD Marcel, « Conclusions sous CE Section 8 février 1991 Région Midi-Pyrénées », *RFDA*, janvier 1991, page 48.

PONTHIER Jean-Marie, « Le CGCT », *La Revue administrative*, 1995, pp. 615-625.

PORTAIL Philippe, « La sous-traitance en chaîne dans les marchés publics de travaux », *Droit administratif*, novembre 1996, Chron. n° 14 p. 7.

POUJADE Bernard, « L'article L 22 : un espoir déçu ? », *Dalloz*, 1996, chr. p. 211-212.

POUJADE Bernard, « Le référé précontractuel : un premier bilan », *LPA*, 14 mai 1997, n° 58, pp. 17-20.

POULAIN de SAINT PERE Aude, « Marchés publics français : transparence et mise en concurrence », *Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation*, avril 1994, n° 2, pp. 269-282.

POULET-GIBOT N, « La contractualisation des rapports entre personnes publiques », *RFDA*, 1999, p. 551.

POURRET Gérard, « L'apparition des garanties à première demande dans le décret du 15 décembre 1992 portant simplification du Code des marchés publics », *LPA*, 9 juin 1993, n° 69, pp. 11-13.

POUYAUD Dominique, « Concurrence, transparence et libre administration. A propos de la décision du Conseil constitutionnel n° 92-316 DC du 20 janvier 1993 », *RFDA*, 1 septembre 1993, n° 5, pp. 902-920.

POUYAUD Dominique, « La sanction de l'irrégularité dans la passation d'un marché », *Droit administratif*, avril 1998, Chron. n° 7, pp. 4-7.

POUYAUD Dominique, « Stade de France : les problèmes juridiques de la concession », *Droit administratif*, décembre 1997, Chron. n° 22, pp. 4-7.

POUYAUD Dominique, « Note sous CE 27/11/96 Cne de Moulins c/ Mme Henriquès », *RFDA*, avril 1997, n° 2, p. 335.

PRADEL Jean, « Le nouveau code pénal (partie générale) », *Actualité législative Dalloz*, 14 octobre 1993, n° 17, pp. 183-202.

PREAT David, « EPIC nationaux et délit de favoritisme », *LPA*, 1996, n° 63 p. 4-6.

PREVOST J.-F., « A la recherche du critère du contrat administratif : la qualité des contractants », *RDP*, 1971, p. 817.

PUGEAULT Serge, « Les services publics locaux et le droit interne de la concurrence », *Dalloz*, 1999, 33ème cahier, chron., pp. 347 et s.

QUENNEHEN Jean-Marc, « La passation des marchés sans formalité préalable. A propos des articles 9 à 11 de la loi MURCEF n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 », *AJDA*, 23 décembre 2002, n° 24, pp. 1478-1480.

QUESTIAUX N., « Récents développements de la notion de travail public en tant que critère de compétence du juge administratif », *EDCE*, 1962, n° 16, page 73 et s.

RAJAOBELINA Thierry, « L'ouverture de la concurrence des marchés publics UE en 1993 », *Notes bleues de Bercy*, 1995, n° 54, pp. 1-12.

RAMBAUD Patrick, « Les groupements d'achats dans le secteur public », *AJDA*, juin 1976, pp. 276-290.

RAMUS G., « Maîtrise d'ouvrage : Les contrats-type de maîtrise d'oeuvre », *MTPB*, 17 novembre 1995, n° 4799, pp. 52-54.

RAPP Lucien, « La loi du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale (suite et fin) », *RFDA*, 1 juillet 1993, n° 4, pp. 639-652.

RAPP Lucien, « La prise en compte du critère économique et financier dans les contrats publics : le risque d'exploitation », *BJCP*, mars 2000, n° 9, pp. 82-91.

RAPP Lucien, « Les marchés des entreprises publiques et les accords du GATT », *AJDA*, 1 janvier 1995, n° 1, pp 9-19.

RAPP Lucien, « Les marchés et conventions complexes. Etendue et limites », *AJDA*, 20 septembre 1996, pp. 616-626.

RAYMUNDIE Olivier, « Gestion de service public : six étapes clés pour conclure une délégation », *MTPB*, 28 avril 2000, pp. 82 à 84.

RAYNAUD Martine, « Les MP dans l'UE, transposition dans chacun des Etats membres », *CJEG*, novembre 1994, n° 6, pp. 1327-1340.

RAYNAUD Martine, « Les MP ds la Cnauté, les disparités nationales ds les proc. de p. », *Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation*, juillet 1993, , n° 4, pp. 883-892.

RAYNAUD Martine, « Marchés publics : l'appui des EIC aux PME », *Marchés publics*, janvier 1995, n° 1, pp. 39-47.

REGLADE Marc, « De l'application aux marchés de fournitures de la séparation des autorités administratives et judiciaires », *RDP*, 1924, p. 191.

RENAUDIN Noël, « Transparence et concurrence (colloque sur la transparence) », *Revue de jurisprudence commerciale*, octobre 1993, n° spécial, pp. 77-88.

REPUSSARD, « Les normes techniques au service de la construction européenne », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 1996, n° 396 p. 222.

RIBEROLLES Armand, « Acheteurs publics, concurrence et devoir de probité », *Rev. de la conc et de la cons*, 1996, n° 90, pp. 47-53.

RIBEROLLES Armand, « Article 432-14 CP, Trib. Correc. Quimper 25/7/1995 », *Rev. de la conc et de la cons*, 1995, n° 88, pp. 97-101.

RIBOT Catherine, « fascicule juriscasseur : Marchés publics de fournitures courantes », *Juriscasseur collectivités territoriales*, , fasc. 779.

RIBOT Catherine, fascicule « Marchés publics de services courants », *Juriscasseur collectivités territoriales*, fasc. n° 775.

RICATTE, « MP CEE, qqes enseignements à tirer à l'occasion de l'affaire Dun », *Gaz. Pal.*, 4 avril 1993, n° 94-96.

RICHER Laurent, « note sous CJCE 7 décembre 2000 Teleaustria Verlags GmbH, Telephonadress GmbH - Aff. C-324/98 », *AJDA*, 20 janvier 2001, pp. 106 -12.

RICHER Laurent, « L'article 1er du Code des marchés publics doit-il être révisé ? », *AJDA*, 20 juillet 1994, n°Spécial, p. 13.

RICHER Laurent, « Le marché public : problèmes actuels de définition », *CJEG*, février 1986, n° 408 doctr. p. 37

RICHER Laurent, « Les travaux exécutés d'office », *CJEG*, 1985, page 35

RICHER Laurent, « Les personnes susceptibles d'être Maître d'ouvrage délégué », *RDI*, octobre 1996, n° 4, pp. 457-461.

RICHER Laurent, « L'utilisateur intermédiaire », *CJEG*, novembre 1996, pp. 371-377

RICHER Laurent, « Note sous CE 2 juin 1995 Société Cofreth, Société techni. », *AJDA*, 20 octobre 1995, n° 10, pp. 752-753.

RICHER Laurent, « Réforme de février 1995 relative aux délégations de service public et Marchés Publics », *AJDA*, 1995, p. 295.

RICHER Laurent, « Le contrat de mandat au risque du droit administratif », *CJEG*, 1999, p. 127.

RICHER Laurent, « La fin de la convention de délégation », *AJDA*, 20 septembre 1996, pp. 648-653

RICHER Laurent, « Le champ d'application du nouveau Code des marchés publics », *MBTP*, 22 juin 2001, cahier spécial. p. 4.

RICHER Laurent, « L'avis du Conseil d'Etat du 18 juin 1991 relatif aux METP », *CJEG*, 1992, p. 517.

RICHER Laurent, « L'application du droit de la concurrence aux marchés publics », *CJEG*, 1989, p. 295.

RICHER Laurent, « Le marché public : problèmes actuels de définition », *Marchés publics*, janvier 1987, n° 223, pp. 35-39.

RICHER Laurent, « Note sous CE 12/7/95 M Tatin et CE 13/9/95 Mme Favier », *CJEG*, 1996, n° 517, 17-22.

RICHER Laurent, « L'assistance technique de l'Etat aux communes peut-elle réellement d'affranchir de la concurrence ? », *AJDA*, 28 octobre 2002, n° 16, pp. 1056-1058.

RICHER Laurent, « Intervention publique et principe de spécialité. Note sous TA Amiens, 21 novembre 2002 Compagnie générale des eaux c/ Commune de Saint-Michel », *AJDA*, 19 janvier 2004, n° 2 pp. 73-75.

RICHER Laurent, « " Article 15 " in La déclaration des droits de l'homme et du citoyen », *Economica*, 1993, sous la direction de G. CONAC, M. DEBÈNE et G. TEBOUL, pp. 317-330, *AJDA*, 19 janvier 2004, n° 2 pp. 73-75.

RICHER Laurent, « Critère additionnel social, critère de choix des offres ou condition d'exécution. Note sous CE 25 juillet 2001, Commune de Gravelines, req. n° 229666 », *ACCP*, novembre 2001, n° 5 p. 30.

RIDEAU, « La réglementation communautaire des marchés publics dans les Etats membres de la communauté européenne », *Ann. Adm. Publ.*, 1989, vol XII p. 701.

RIVERO Jean, « Apologie pour les faiseurs de systèmes », *Dalloz*, 1951, chron. XXIII, pp. 99-102 & *Pages de doctrine*, Paris, *LGDJ*, 1980, Tome 1^{er}, pp. 3-10

RIVERO Jean, « Le huron au Palais-Royal ou réflexions naïves sur le recours pour excès de pouvoir », *Dalloz*, 1962, chron. VI pp. 37-40 & *Pages de doctrine*, Paris, *LGDJ*, 1980, T 2, pp. 329-334

RIVERO Jean, « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », *Travaux de l'association Henri Capitant*, 1961, 1961-1962, p. 343.

ROBINEAU Yves, « Droit administratif et codification », *AJDA*, 20 juin 1995, Spécial pp. 110-116.

ROCARD Michel, « La relance de la codification », *RFDA*, 1990, p. 303.

ROCFORT Michel, « L'appel d'offre sur performance à l'épreuve des faits », *Marchés publics*, novembre 1994, n° 285, pp. 40-42.

ROCFORT Michel, « Ephos 94, la pratique d'Ephos en France », *Marchés publics*, 8 septembre 1994, n° 283, pp. 52-53.

ROCFORT Michel, « La politique européenne d'achat public en matière de technologie de l'information », *Marchés publics*, octobre 1994, p. 50.

ROCFORT Michel, « Les nouvelles procédures de l'achat public d'informatique », *Marchés publics*, 1994, n° 279, pp. 31-33.

ROCFORT Michel, « Le contrôle de la commission des marchés d'informatique », *Marchés publics*, avril 1993, n° 273, pp. 64-65.

ROCFORT Michel, « Droit et gestion de l'achat public d'informatique », *Marchés publics*, juillet 1994, n° 282, pp. 39-42.

ROCFORT Michel, « L'exécution des marchés publics », *Marchés publics*, août 1996, n° 4 (290), pp. 35-36.

ROCHE Lionel, « Les conventions de DSP après la loi 95-127 », *Dt de l'environnement*, 1995, n° 30, pp. 45-48.

ROLLAND Claude, « La nécessité de textes-type, in Christine BRECHON-MOULENES (dir.) et alii, Réglementation et pratique des marchés publics, Dalloz éd., 1985, p. 49.

ROLLAND Claude, « Les problèmes particuliers de sous-traitance en matière industrielle », in *La sous-traitance dans les marchés publics*, Université Paris X - Nanterre, 1983, pp. 85-93

RONCIERE Michel, « La sous-traitance et le décompte général et définitif », *LPA*, 15 juillet 1996, n° 85, pp. 10-11.

RONCIERE Michel, « L'article L 22 TA-CAA : innovation et interrogations », *LPA*, 12 août 1994, n° 96, pp. 7-12.

RONCIERE Michel, « Du régime des MP des organismes consulaires », *LPA*, 30 mai 1994, n° 64, pp. 13-14.

RONCIERE Michel, « Les marchés publics des chambres de commerce », *Marchés publics*, 8 septembre 1994, n° 283, pp. 48-51.

ROUAULT Marie-Christine, « Les pièces à transmettre au [préfet] avec les marchés des coll. », *LPA*, 20 octobre 1993, n° 126, pp. 12-13.

ROUGEVIN-BAVILLE, « Concl sur CE 19/1/73 Sté d'exploitation de la rivière du Sant », *CJEG*, 1973, pp. 239-307.

ROUQUETTE Rémi, « les contrats de conception-réalisation dans un carcan », *MTPB*, 22 avril 1994, 22 avril, n° 4717, p. 52.

ROUQUETTE Rémi, « Les marchés semi-publics », *AJDA*, 20 juillet 1994, n° Spécial, p. 18.

ROUQUETTE Rémi, « La transposition des dispositions communautaires pour les services », *MTPB*, 3 avril 1998, n° 4923, p. 40.

ROUQUETTE Rémi, « Contentieux de l'exécution des contrats administratifs. Sur quelques vraies et fausses particularités procédurales du contentieux de l'exécution des contrats administratifs », *ACCP*, juin 2001, p. 71

ROUQUETTE Rémi, « De quelques dispositions de la loi MURCEF relatives aux marchés publics », *ACCP*, 2002, n° 8, p. 11.

ROUQUETTE Rémy, « Tableau synoptique du financement privé des équipements p. », *MTPB*, 26 novembre 1993, 26 nov 1993, p. 37.

ROUQUETTE Rémy, « Contribution à la classification des contrats synallagmatiques de l'administration », *AJDA*, 20 juillet 1995, pp. 483-495.

ROUSSET Olivier, « Délégation de service public, marchés publics, opérations immobilières des collectivités publiques : les règles nouvelles imposées par la loi du 8 février 1995 », *LPA*, 14 avril 1995, n° 45, pp. 4-8.

ROUSSET Olivier, « Concessions domaniales des collectivités locales : quels risques de requalification en convention de délégation de service public ? », *RFDA*, novembre 2002, n° 6 p. 1059.

ROUVILLOIS Frédéric, « Les effets de la conclusion du contrat sur la procédure de l'article L 22. Note sous CE 3 novembre 1995 Société Stentofon Communication et Chambre de commerce et d'industrie de Tarbes et des Hautes-Pyrénées », *LPA*, 24 mai 1996, , n° 63, pp. 19-23.

ROZENFELD Sylvie, « ... corruption et marchés publics informatiques », *Expertises et systèmes d'information*, mars 1994, n° 170, pp. 87.

ROZENFELD Sylvie, « Logiciels, l'Etat condamné pour comportement parasitaire », *Expertises et systèmes d'information*, septembre 1993, , n° 164, pp. p. 291.

ROZENFELD Sylvie, « Marchés publics informatiques : corrupteurs et corrompus condamnés », *Expertises et systèmes d'information*, juillet 1996, , n° 196, pp. 252-253.

ROZENFELD Sylvie, « Offres truquées par ordinateur, pratiques anticoncurrentielles.. », *Expertises et systèmes d'information*, juillet 1995, n° 185, pp. 247.

ROZENFELD Sylvie, « Réforme du Code des marchés publics : l'appel d'offre sur performance », *Expertises et systèmes d'information*, mars 1993, n° 159, p. 92.

SABIANI François, « L'habilitation des personnes privées à gérer un service public », *AJDA*, janvier 1977, p. 4.

SABIANI François, « L'opérateur Natura 2000 et le code des marchés publics », *Droit administratif*, août 2002, pp. 10-14.

SABLIER Bertrand, « Les relations entre acteurs : le cas de la sous-traitance », *AJDA*, 1994, n°Spécial p. 60.

SABLIER Bertrand, « Problèmes particuliers de sous-traitance en matière de bâtiment et de génie civil », in *La sous-traitance dans les marchés publics*, Université Paris X - Nanterre, 1983, pp. 73-84.

SABLIERE P, « Le nouveau cahier des charges type de la concession du réseau d'alimentation général en énergie électrique », *CJEG*, 1995, p. 87.

SABLIERE P, « Le nouveau modèle de cahier des charges pour la concession à EDF de la distribution d'énergie », *CJEG*, 1993, p. 1.

SABOURIN Paul, « Peut-on dresser le constat de décès du critère organique en droit administratif français ? », *RDP*, 1971, p. 589.

SAINT PULGENT Maryvonne de, « Compétence du juge judiciaire », *Droit administratif*, janvier 1993, n° 1, pp. 1-2,

SALETTE, « L'ouverture des marchés publics européens aux PME », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 1993, p. 877.

SANSON Christophe et TAUZIAC Véronique, « L'aide informatique à l'élaboration du code de l'environnement, bilan à mi-parcours de la première expérience française de codification assistée par ordinateur », *Lamy droit de l'informatique*, août 1993, n° 51, p. 2-9.

SANTACRU Dominique, « Garanties d'emprunt données par les Cnes ds les op de cons », *LPA*, 26 mai 1995, n063, pp. 9-13.

SARFATI Jean, « Nomenclature des achats : vers des marchés... de détail ? », *La lettre du cadre territorial*, 1 février 2002, pp. 59 et s.

SAURON Jean-Luc, « L'ouverture des services publics à la concurrence : le retour de Colbert ? », *Dalloz Affaire*, 8 mai 1997, n° 19, pp. 588-595.

SAVIGNAT Rémy, « Note sous CE 15/4/1996 Préfet des Bouches du Rhône », *CJEG*, août 1996, n° 523, pp. 270-272.

SAVOIE Henri, « A quelles conditions la responsabilité trentenaire des constructeurs peut-elle être engagée ? Conclusions sur CE 17 décembre 1999 Etablissement public du parc de la Villette », *BJCP*, mars 2000, p. 125 et s.

SAVOIE Henri, « Conclusions sur CE 17 décembre 1999 Société Ansaldo Industria, SA Bouygues », *BJCP*, mars 2000, pp. 136 et s.

SAVOIE Henri, « Conclusions sur CE 17 décembre 1999 Société d'aménagement du Lot-et-Garonne, Ville d'Agen », *BJCP*, mars 2000, pp. 131 et s.

SAVOIE Henri, « L'application de la directive (92/50) aux contrats entre personnes publiques. Conclusions sur CE Section 20 mai 1998 Communauté de communes du Piémont de Barr et autre », *RFDA*, mai 1998, p. 609.

SAVOIE Henri, « Quelles procédures suivre en cas de cession de créances issues d'un marché public de travaux sous-traité ? Conclusions sur CE 6 décembre 1999 Ville de Marseille », *BJCP*, mars 2000, pp. 117 et s.

SAVOYE José, « De la répression du délit de favoritisme et autres infractions en matière de marchés publics », *Dalloz* 1999, Chron. pp. 169-173

SAVY Robert, « La constitution des juges », *Dalloz*, 1983, chr. XIX, p. 105

SCHRAMECK Olivier, « Les modes de règlement des MP : une réforme législative », *Cahiers de la fonction p. et de l.*, octobre 1994, n° 128, pp. 4-5.

SCHWARTZ Rémi, « Réflexion sur l'avenir de la gérance après l'arrêt Guilhaumand-Granges », *Revue des concessions et des délégations de service public*, 1999, n° 5, p. 11.

SCHWARTZ Rémy, « Un contrat passé par une collectivité publique, soumis au code des marchés publics et faisant référence à un cahier des charges, est-il nécessairement un contrat administratif ? Conclusions sous TC 5 juillet 1999 Commune de Sauve c/ Société Gestetner », *BJCP*, septembre 1999, n° 6, p. 526.

SELINSKY Véronique, « La participation à des marchés publics par des entreprises groupées », *ACCP*, mars 2003, n° 20, pp. 47-52.

SERIAUX Alain, « La notion de contrat synallagmatique », *Etudes offertes à Jacques Ghestin. Le contrat au début du XXI^e siècle.*, 2001, pp. 777-788.

SESTIER Jean-François, « Les personnes soumises au droit communautaire : pouvoir adjudicateur et entité adjudicatrice - colloque Marchés publics et délégations de service public face au droit communautaire », *LPA*, 2 février 2000, n° 23, page 46.

SESTIER Jean-François, « Les oubliés du droit de la commande publique », *JCP (A)*, 19 avril 2004, pp. 577-584.

SESTIER Jean-François, « Mandats et marchés publics », *BJCP*, 2003, n° 30, pp. 342-353.

SILLARD Pierre, « Analyse et commentaire de l'instruction ministérielle du 21 mars 1957 du Ministre des Affaires économiques et financières pour l'application du décret du 13 mars 1956 relatif aux marchés passés au nom de l'Etat », *AJDA*, 1957, doctrine, p. 17.

- SILLARD Pierre, « Contrôle des marchés passés au nom de l'État. Analyse et commentaire de l'instruction ministérielle du 16/9/1957 du Ministère des affaires économiques et financières pour l'application du décret du 26 août 1957 », *AJDA*, 1957, doctrine, p. 61.
- SOLOVIEFF Sabine, « Les commissions spécialisées des marchés, leur activité en 93-94 », *Marchés publics*, janvier 1995, n°1, pp. 52-57.
- SOMMERMANN Karl-Peter, « Autorité et contrat dans l'administration moderne en Allemagne », *Annuaire européen d'administration publique*, 1997, Volume XX., pp. 19 – 33.
- SOUBELET Laurent, « La distinction droit public/droit privé à l'épreuve du droit communautaire des contrats publics : l'inopportune assimilation de la " communautarisation " à la privatisation du droit », *LPA*, 24 août 2004, pp. 3-7.
- SOULEZ-LARIVIERE Daniel, « Les élus et les fonctionnaires face au nouveau code pénal », *LPA*, 1995, n° 110 p. 26-32.
- SOUSSE Marcel, « Le principe de non-discrimination. Les rapports entre le système européen de protection et le système français », *AJDA*, 20 décembre 1999, pp. 985-991.
- STAHL Jacques-Henri, « Jurisprudence sur le référé précontractuel », *AJDA*, 20 décembre 1995, p. 888.
- STIRN Bernard, « La liberté contractuelle, un droit fondamental en droit administratif ? », *AJDA*, septembre 1998, pp. 673-675.
- STRUXIANO, « Le marché commun des achats publics de fournitures », *MBTP*, 6 février 1978, p. 12.
- SUBRA de BIEUSSES Pierre, « La transparence des contrats », in *La sous-traitance dans les marchés publics*, Université Paris X - Nanterre, 1983, pp. 53-72.
- SUBRA de BIEUSSES Pierre, « La spécificité de l'affermage », *AJDA*, 1996, p. 608.
- SUCHOD M, « Rapport de la loi du 4 janvier 1992 (L 22) », *Doc. Ass. Nat.*, 1991, n° 2467.
- SUR Marie-Thérèse, « Services publics locaux. L'ouverture européenne », *AJDA*, 20 novembre 1990, p. 779.
- SUR-LE-LIBOUX Marie-Thérèse, « Loi d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure : de nouveaux contrats pour de nouveaux financements », *ACCP*, 2002, n° 16, p. 62.
- SYMCHOWICZ Nil, « L'élaboration des marchés publics », *BJCP*, mai 2001, n° 16 spécial réforme du code des marchés publics, p. 190
- SYMCHOWICZ Nil, « La notion de délégation de service public. Critiques des fondements de la jurisprudence "Préfet des Bouches-du-Rhône" », *AJDA*, 2000, p. 697.
- SYMCHOWICZ Nil et PROOT Philippe, « Vers la mort des critères du contrat administratif », *ACCP*, juin 2001, p. 54.
- TAILLEFAIT Antony, « Les nouveaux groupements de commandes publiques. A propos de l'article 8 du Code des marchés publics », *Contrats et marchés publics*, août 2001, chron. 12 pp. 4-9.
- TAILLEFAIT Antony, « Coordination, groupements de commande et centrales d'achat », *Contrats et marchés publics*, février 2004, chron 4 pp. 31-32
- TCHAKALOFF Marie-France, « Les mesures françaises d'application des normes communautaires », *RFDA*, février 1995, n° 1, 178-183.

TENAILLEAU François, TIXIER Jean-Luc, « Les marchés des établissements publics à caractère industriel et commercial de l'Etat après la loi MURCEF. Le clair obscur de la dépendance étroite à l'égard du droit communautaire. », *Contrats et marchés publics*, juin 2002, chron. 7, p. 4

TERNEYRE Philippe, « Commentaire sous CE 23 juin 1986 Société centrale immobilière de la caisse des dépôts », *Dalloz*, 1987, p. 281.

TERNEYRE Philippe, « Contentieux de l'exécution des marchés de travaux publics et répartition des compétences juridictionnelles », *Mélanges Chapus*, juin 1992, pp. 599-616.

TERNEYRE Philippe, « Dispositions législatives d'accompagnement du nouveau code des marchés publics et modifications du droit des délégations de service public », *BJCP*, 2002, n° 21, p. 165.

TERNEYRE Philippe, « L'apport au droit des marchés publics de la loi anti-corruption », *RFDA*, septembre 1993, n° 5, pp. 952-961.

TERNEYRE Philippe, « L'émergence d'un recours contentieux du 3ème type (commentaire de la loi n° 92-10 du 4 janvier 1992 relative aux recours en matière de passation de certains contrats et marchés de fournitures et de travaux) », *Actualité législative Dalloz*, n° 8 du 23 avril 1992, p. 82.

TERNEYRE Philippe, « L'influence du droit communautaire sur le droit des contrats administratifs », *AJDA*, 20 juin 1996, n° spécial, pp. 84-91.

TERNEYRE Philippe, « La Liberté contractuelle est-elle un droit fondamental ? Le point de vue constitutionnel », *AJDA*, septembre 1998, pp. 667-672.

TERNEYRE Philippe, « La notion de convention de délégation. Eléments constitutifs et tentative de délimitation sommaire », *AJDA*, 20 septembre 1996, p. 588

TERNEYRE Philippe, « La protection juridique des oeuvres architecturales des MP de », *JCP E (Cahier du droit de l'entreprise)*, 9 septembre 1993, n° 32, pp. 30-33.

TERNEYRE Philippe, « La qualification des montages contractuels complexes et le droit communautaire - colloque Marchés publics et délégations de service public face au droit communautaire », *LPA*, 2 février 2000, n° 23 pp. 39-45.

TERNEYRE Philippe, « Le bail emphytéotique administratif, comme technique de valorisation », *RFD*, 1996, p. 171.

TERNEYRE Philippe, « Le droit applicable aux conventions de délégation de services publics : quelques précisions du Conseil d'Etat. Note sous CE 23 juillet 1993, Compagnie générale des eaux », *RFDA*, mars 1994, n° 2, pp. 252-258.

TERNEYRE Philippe, « Le droit du contentieux des marchés publics dans la perspective de leur ouverture aux opérateurs communautaires », *LPA*, 10 décembre 1990, n° 148, pp. 13 et s..

TERNEYRE Philippe, « Le législateur peut-il abroger les articles 6 et 1123 du code civil ? Sur la valeur constitutionnelle de la liberté contractuelle », *Mélanges Peiser*, 1995, pp. 473-486.

TERNEYRE Philippe, « Les concessions en droit communautaire des marchés publics in "l'officiel en Bref." », *BJCP*, 1999, n° 6, pp. 560-562

TERNEYRE Philippe, « Les montages contractuels complexes », *AJDA*, 1994, n° Spécial pp. 43-58 ;

TERNEYRE Philippe, « Les paradoxes du contentieux de l'annulation des contrats administratifs », *EDCE*, 1988, n° 39 p. 69.

TERNEYRE Philippe, « Les Sociétés d'économie mixte locales et les contrats », *LPA*, 25 octobre 1995, n° 128, pp. 22-25.

TERNEYRE Philippe, « Les usagers publics de services publics sont-ils des acheteurs publics ? », *Mélanges en l'honneur de Franck Moderne*, Dalloz éd., 2004, pp. 625-631.

TERNEYRE Philippe, « Marchés publics, “contrats de travaux” et transparence (commentaire de la loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence) », *Actualité législative Dalloz*, 11 avril 1991, cahier 7 p. 41 et 25 avril 1991 cahier 8, p. 49.

TERNEYRE Philippe, « Note sous CE 15 avril 1996 Préfet des Bouches-du-Rhône », *RFDA*, août 1996, n° 4, pp. 718-722.

TERNEYRE Philippe, « Observations après les Conclusions sous TC 5 juillet 1999 Commune de Sauve c/ Société Gestetner par Rémy SCHWARTZ », *BJCP*, septembre 1999, n° 6, p. 534.

TERNEYRE Philippe, « Sommaire commenté Dalloz », *Dalloz*, 1987, p. 279, 307, 429 ; 1990, pp. 61 et 243 ; 1991, pp. 102, 186, 373 ; 1992, p. 187 et 410 ; 1993, p. 199 ; 1994, p. 83 et 225 ; 1995, p. 121, 245-249 ; 1996, p. 141 et 316.

TERNEYRE Philippe, « Une nouvelle technique de financement privé des ouvrages publics collectifs : le marché d'entreprise de travaux publics », *Mélanges J-M AUBY*, Dalloz éd., 1992, p. 315.

TERNEYRE Philippe, « Vade mecum sur les marchés publics in house », *Dalloz*, 2002, chr. pp. 669-670

TERRASSE Yves, « La réglementation des MP : bilan et perspectives », *Marchés publics*, 1995, n° 1, pp. 31-38.

TERRASSE Yves, « Les politiques d'achat en France », *Marchés publics*, avril 1993, n° 273, pp. 44-51.

TERRAZZONI André, « Marchés publics et transparence », *Revue Française de finances publiques*, 1992, n° 40, pp. 88-99.

TERRE François, « La codification », *European review of privat law*, 1993, p. 31.

TERRE François, « Codification : une loi nécessaire pour éliminer les lois inutile », *JCP G*, février 1996, n° Spécial fevr. p. 49.

TERRE François et OUTIN-ADAM Anne, « Codifier est un art difficile », *Dalloz*, 1994, pp. 99-100.

TESSIER Alain, « Les nouvelles directives communautaires sur les procédures de passation des marchés publics : quelles innovations ? », *Droit administratif*, juillet 2004, n° 7, Etude 13, pp. 7-13.

THOMAS Béatrice, « Infractions et manquements des Etats membres au dt UE », *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, décembre 1991, n° 353, pp. 887-893.

TRASSY-PAILLOGUE Alfred, « Rapport sur la réforme du droit des marchés publics », *Marchés publics*, 1996, n° 3 supplément.

TRIANAFYLLOU Dimitris, « les règles de la concurrence et l'activité étatique y compris les marchés publics », *RTDE*, janvier 1996, 32e année, n° 1, pp. 57-76.

TRIANAFYLLOU Dimitris, « Marchés publics et sécurité juridique : les interventions des institutions communautaires », *RFDA*, 5 juin 1995, n° 3, pp. 616-626.

TRUCHET Didier, « Fusionner les juridictions administratives et judiciaires ? », *Mélanges J-M AUBY*, Dalloz éd., 1992, p. 335.

TRUCHET Didier, « Le contrat administratif, qualification juridique d'un accord de volonté », *Economica*, 1987, Le droit contemporain des Contrats, sous la direction de L. Cadet. pp. 185-205.

TRUCHET Didier, « Nouvelles récentes d'un illustre vieillard. Label de service public et statut de service public », *AJDA*, 20 juillet 1982, p. 427.

TRUCHET Didier, « La volonté des parties » *Réglementation et pratique des marchés publics*, Paris, Dalloz éd., 1985, p. 142.

TRUCHET Didier, « Le mythe de l'unification du contentieux de la concurrence », *Mélanges B. Jeanneau, Les mutations contemporaines du droit public*. Dalloz, 2002, p. 539.

TRUCHET Didier, « L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat : retour aux sources et équilibre », *EDCE*, 1999, n° 50, pp. 361-374.

TRUCHET Didier, « Le contrôle et la surveillance des délégations de service public », *RFDA*, 1997, p. 57.

TRUCHET Didier, « Unité et diversité de "grands principes" du service public », *AJDA*, 1997, n° spécial, "le service public, unité et diversité", p. 38.

V D S, « Actualité du droit des marchés publics. Dir 1/6/93 », *La vie judiciaire*, 8 novembre 1993, n° 2483, p. 3.

VALADOU, « Contrats des sociétés d'économie mixte et mise en concurrence », *AJDA*, 20 octobre 1992, p. 635.

VALADOU Patrice, « La notion de "pouvoir adjudicateur" en matière de marché de travaux », *JCP E (Cahier du droit de l'entreprise)*, 1991, I n° 14, p. 33.

VALADOU Patrice, « Les sociétés d'économie mixte locales », *Marchés publics*, avril 1987, n° 225, pp. 15-20.

VAN DOORNE Francine, « Le contrôle des opérations immobilières des coll. loc. », *JCP N*, 7 mars 1997, n° 10, pp. 370-381 ;

VANDERMEEREN Roland, « Le référé administratif précontractuel », *AJDA*, 1994, n° Spécial p. 91.

VANNI D'ARCHIRAFI Raniero, « L'après 1992 », *Revue du marché unique européen*, mars 1993, , n° 1, p. 5.

VDS, « Actualité du droit des marchés publics », *La vie judiciaire*, 8 novembre 1993, n° 2483, p. 3.

VEDEL Georges, « Remarques sur la notion de clauses exorbitantes », *Mélanges Mestre*, , pp. 527 et s.

VEDEL Georges, « Réflexions sur quelques apports de la jurisprudence du Conseil d'Etat à la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Mélanges René Chapus*, 1992, pp. 647-671.

VERGE Emmanuel et de SEGONE Roger, « Nouveau Répertoire de droit Dalloz 2ème édition. », *Dalloz éd.*, 1964, T 3, p. 212.

VIDAL Laurent, « Le juge administratif, l'économie et le contrat : réflexions à propos de deux arrêts du Conseil d'Etat », *RFDA*, novembre 1999, p. 1147.

VILLEY M, « Préface historique à l'étude des notions de contrat », *Archives de philosophie du droit*, 1968, t XIII Paris, pp. 1 et s.

VINCENT Claude, « L'avenir de la concession après le vote de la loi Sapin », *LPA*, 23 avril 1993, n° 49, pp. 5-8.

VINCENT Claude, « à propos des concessions en droit UE », *MTPB*, 8 mars 1981, p. 54

VINOIS Thierry, « L'ouverture des marchés publics à l'horizon 1993 », *RDI*, janvier 1990, p. 37.

VITU André, « Les préoccupations actuelles de la politique criminelle française dans la répression de la corruption. », *Mélanges Donnedieu de Vabre*, p. 128.

VIVIANO Michel, « L'exécution des marchés publics et délégations de service public - colloque Marchés publics et délégations de service public face au droit communautaire », *LPA*, 2 février 2000, n° 23, p. 31-38.

VOISSET Michèle, « Le service public autrement », *RFDA*, 3 avril 1995, n° 2, pp. 304-319.

WALINE Jean, « La théorie générale du contrat en droit civil et en droit administratif », *Mélanges Gesthin "le contrat au début du XXIème siècle"*, 2001, p. 965.

WALINE Marcel, « L'évolution récente des rapports de l'Etat avec ses cocontractants », *RDP*, 1951, pp. 5-34

WALINE Marcel, « Compte rendu sur la thèse de Mestre », *RDP*, 1974, pp. 604 à 610.

WALINE Marcel, « La notion de régie intéressée », *RDP*, 1948, pp. 337 à 346.

WALINE Marcel, « De l'influence de la durée de la période d'exécution d'un contrat administratif sur le régime de celui-ci », *Mélanges M. A. Dendias*, 1978, pp. 825-833.

WALINE Marcel, « Gratuité ou rémunération des services publics. Arrêtés de police et arrêtés intéressant le recouvrement des recettes publiques (Cass. Crim., 11 janvier 1951, Daronat) », *RDP*, 1951, pp. 497-508.

WALINE Marcel, « Empirisme et conceptualisme dans la méthode juridique : faut-il tuer les catégories juridiques ? », in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, Bruxelles et Paris, *Bruylant et Sirey*, 1963, pp. 359-371.

WEBER Yves, « Vers un nouveau droit des marchés publics », *RDP*, septembre 1982, p. 1185.

WEIL Prosper, « Le critère du contrat administratif en crise », *Mélanges Marcel Waline*, LGDJ éd., 1974, page 831.

WEIL Prosper, « Le renouveau de la théorie du contrat administratif et ses difficultés », *Mélanges Stassinopoulos*, 1974, p. 217.

WEISS Friedl, « Public procurement in European Community Law », *The Athlone Press, London & Atlantic Highlands, NJ*, 1993, European Community Law Series, n° 4, p. 234.

WOLFF Gérard, « Les marchés d'armement », *RDP*, 1996, pp. 733-758.

ZAVOLI Ph, « Le champ d'application et les procédures de passation du Code des marchés publics nouveau », *Revue Lamy droit des affaires*, juillet 2001, p. 5.

ZIMMER Willy, « L'incidence des considérations environnementales sur le droit des marchés publics. A propos de l'arrêt CJCE du 10 avril 2003 Commission contre république fédérale d'Allemagne », *Contrats et marchés publics*, juillet 2003, chron. 16 pp. 4-9

ZOLLER Elisabeth, « La crise des concessions d'autoroutes », *RDP*, 1979, pp. 167-212.

TABLE DES TEXTES CITÉS

Ordonnance du 10 août 1539 de Villers-Cotterêts, appelée parfois *Guillemine* : 658

Décret du 14 décembre 1789, *relatif à la constitution des municipalités* : 56, 60, 328, 342

Décret du 22 décembre 1789-janvier 1790, *relatif à la constitution des assemblées primaires et des assemblées administratives* : 60, 329

Décret 21 mai-27 juin 1790, *décret relatif à l'organisation de la municipalité de Paris* : 60, 328, 342

Décret du 7-11 septembre 1790, *relatif à la forme de procéder devant les autorités administratives et judiciaires, en matière de contributions, de travaux publics, et de commerce, et à la suppression des cours, tribunaux et juridictions d'ancienne création* : 62, 504, 615

Décret des 7-14 octobre 1790 *relatif au paiement des ouvriers* : 37

Décret des 2-17 mars 1791 *Décret portant suppression de tous les droits d'aides de toutes les maîtrises et jurandes, et établissement de patentes* : 872

Décret des 8-10 juillet 1791, *concernant la conservation et le classement des places de guerre et postes militaires, la police des fortifications et autres objets y relatifs* : 48, 53, 55, 99, 302, 560, 615

Décret 20 septembre-14 octobre 1791, *portant suppression du corps des commissaires des guerres, établissement des commissaires ordonnateurs, grand-juges militaires, et de commissaires auditeurs et ordinaires des guerres, et qui détermine leurs fonctions dans les différentes cours martiales* : 48, 53, 55, 58, 99, 177, 210, 317, 504, 560, 615, 823

Décret des 21 septembre – 12 octobre 1791, *concernant l'administration des ports et objets y relatifs* : 49

Décret du 13-21 mars 1792 *sur les transports militaires* : 190

Décret des 30 avril - 16 mai 1792, *relatif à la conservation de l'Hôtel des Invalides, à son organisation et à son administration* : 177, 317

Loi du 14 mars 1793, *relative à la caution des entrepreneurs et fournisseurs de l'État à la date de l'adjudication* : 58, 504

Décret 16-20 Frimaire An 2, *décret qui ordonne la réparation des routes et des ponts aux frais de l'État* : 50, 53, 55, 302

Décret des 26-29 frimaire An 2 (16-19 décembre 1793), *décret portant des peines contre les fonctionnaires publics, fournisseurs ou entrepreneurs qui auront touché deux fois leur traitement ou perçu des sommes plus fortes que celles qui leur revenait* : 504

Décret 22-27 nivôse An 2, *soumettant les marchés pour le service des armées à des formalités de signature en plus des procédures de passation* : 31, 177

Décret du 21 ventôse An 2 (11 mars 1794) *portant établissement d'une commission des travaux publics* : 61

Décret du 2 brumaire An 4, *concernant l'administration des ports et arsenaux de la marine* : 49, 53, 177, 302

Arrêté du directoire exécutif du 8 fructidor An 6 (25 août 1798) *concernant l'adjudication publique et aux rabais des fournitures du département de la guerre*: 177, 178, 823

Arrêté du 9 fructidor An 6 (26 août 1798) *du directoire exécutif, sur les marchés, entreprises et fournitures du département de la marine* : 49, 53, 56, 58, 87, 177, 178

Arrêté du 8 pluviôse An 8 (26 janvier 1800)-21 mars 1831 : *pour la formation d'un conseil d'examen des projets relatifs aux travaux maritimes auprès du ministre de la marine et des colonies* : 61

Loi du 28 pluviôse An 8 (17 février 1800), *concernant la division du territoire français et l'administration* : 37, 62, 67, 69, 103, 105, 152, 159, 160, 161, 163, (164), 203, 205, 254, 304, 307, 331, 434, 504, 560, 615, 623, 650, 752, 768, 770

Arrêté du 17 ventôse An 8 (8 mars 1800) *relatif au service des travaux maritimes* : 61

Loi du 28 ventôse An 9 : 321

- Arrêté du 19 ventôse An 11 (10 mars 1803) *relatif au mode d'adjudication des travaux des ponts et chaussées* : 50
- Loi des 3-13 floréal An 11 (23 avril, 3 mai 1803) *relatif au mode d'adjudication des travaux des communes* : 50, 53, 328
- Décret du 13 fructidor An 13 (31 août 1805) : *décret qui règle la compétence des ministres de l'intérieur, de la guerre et de la marine, relativement aux travaux à faire aux grandes routes, aux ponts, aux canaux de navigation, aux rades...* : 60, 99
- Décret du 10 brumaire An 14 (1^{er} novembre 1805), *décret relatif aux constructions, reconstruction et réparations de bâtiments appartenants aux hospices et autres établissements de charité* : 51, 53, 55, 58, 70, 99, 345, 865
- Loi du 28 décembre 1804 *sur les pompes funèbres* : 200
- Décret du 11 juin 1806, *sur l'organisation et les attributions du Conseil d'État* : 62, 203, 204, 205, 307, 334, 336, 434, 623, 649, 650
- Loi du 16 septembre 1807 *sur le dessèchement des marais* : 37
- Loi du 16 janvier 1808, *relatif aux actions de la Banque de France* : 85
- Décret du 17 juillet 1808, *décret sur les constructions et réparations des bâtiment communaux* : 70
- Loi spéciale du 23 décembre 1809 *qui autorise des aliénations, acquisitions, concessions à rentes et échanges en faveur des pauvres et hospices de différentes communes* : 345
- Loi du 8 mars 1810 *sur l'expropriation* : 37, 113
- Loi du 8 mars 1810 : *relative à la compétence de l'exécutif pour ordonner les travaux publics* : 60
- Décret 16 décembre 1811, *décret contenant règlement sur la construction, la réparation et l'entretien des routes* : 50, 53, 55, 58, 89, 99, 243, 328, 329, 560
- Ordonnance du 18 septembre 1816 (composition de la commission mixte des travaux publics) : 61
- Ordonnance 8-21 août 1821, *contenant des dispositions relatives à l'exécution des travaux d'entretien des routes départementales* : 50, 53, 55, 329
- Ordonnance de Louis XVIII du 26 février 1823 (créant la première ligne de chemin de fer entre le Rhône à Saint-Etienne et la Loire) : 64
- Ordonnance du 21 avril 1824 *concernant les « draps nécessaires à l'habillement des troupes »* : 177
- Ordonnance du 17 décembre 1828 - 3 avril 1829 *sur le service des ports* : 177
- Ordonnance du 28 décembre 1828-7 janvier 1829, *relative à la commission mixte de travaux publics* : 61
- Ordonnance 10-27 mai 1829 (F. MALAPERT la date du 16 mai 1829, mais A. DEBAUVE dans son *Dictionnaire des travaux publics* la date bien du 10 mai 1829 et en reproduit le titre 3) *relative à la distribution des fonds affectés aux travaux des ponts et chaussées, et au mode d'adjudication de ces travaux* : 50, 58, 195
- Ordonnance du 19 mai 1830 *relatif aux compétences du Ministère des travaux publics* : 72
- Ordonnance des 29 mai – 9 juin 1830 *qui dispense de l'approbation supérieure l'exécution, dans certains cas, des travaux concernant les routes départementales* : 329
- Ordonnance des 19 février – 21 mars 1831 *sur la création d'un conseil des travaux de la marine* : 61
- Ordonnance du 4 mars 1831 *sur l'adjudication publique du service des fourrages* : 177
- Loi de finances des 21-28 avril 1832 : 60, 619
- Loi du 31 janvier 1833 *portant règlement définitif du budget de 1829* : 43, 64, 67, 72, 178, 302, 550, 615, 866, 899
- Loi des 27 juin-6 juillet 1833 (ordonnant la création de routes « dites stratégiques » sur 350 lieux dans l'ouest de la France) : 64
- Loi du 7 juillet 1833 *sur l'expropriation* : 69, 113
- Ordonnance 18 février-7 mars 1834 (modifiée par l'ordonnance du 15 février-6 mars 1835) *portant règlement sur les formalités des enquêtes relatives aux travaux publics* : 69
- Ordonnance du 23 août 1835 *portant que les enquêtes qui doivent précéder les entreprises des travaux publics seront soumises aux formalités y déterminées pour les travaux d'intérêt purement communal* : 69

Ordonnance 4-7 décembre 1836 *portant règlement sur les marchés passés au nom de l'État* : 64, 71, 74, 76, 77, (122), (125), 178, 190, 302, 303, 329, 550, 615, 836, 899

Loi du 18 juillet 1837 (ouverture du recours des contribuables communaux après une autorisation de plaider du Conseil de Préfecture) : 199

Ordonnance 14 novembre-12 décembre 1837 *portant règlement sur les entreprises pour travaux et fournitures au nom des communes et des établissements de bienfaisance* : 64, 70, 71, 74, 76, 77, 107, 122, 125, 178, 190, 302, 336, 345, 434, 550, 615, 865, 899

Règlement d'administration publique du 31 mai 1838 : 64, 303

Ordonnance du 10 juin 1838 *sur la réparation et l'adoucissement des routes* : 64

Ordonnance du 19 septembre 1840 : 64

Loi du 22-24 mars 1841, *Loi relative au travail des enfants employés dans les manufactures, usines ou ateliers* : 930

Loi du 3 avril 1841 : 64

Loi du 3 mai 1841 *sur l'expropriation pour cause d'utilité publique* : 69, 113, 333, 345

Loi des 11-17 juin 1842 (qui met en place des « voies de lignes » en étoile autour de Paris, sous forme de marchés payés par le Trésor et en vue d'être ensuite concédées) : 64

Loi du 29 mai 1845, (rachat de canaux par l'État) : 64

Arrêté des 18 août – 13 septembre 1848 « sur les travaux publics à adjuger ou concéder aux associations d'ouvriers » : 64, 74

Décret du 24 mars 1849 *Fabrique de Sainte-Soulle* : 323

Loi des 7-13 août 1851, *sur les hospices et hôpitaux* : 345

Décret du 25 mars 1852 : 321

Sénatus-consulte 25 décembre 1852 : 60, 619

Circulaire non publique du 23 avril 1856 : 74

Décret impérial du 31 mai 1862 (remplace l'ordonnance de 1836) : 64, 190, 303

Règlement d'administration publique du 31 mai 1862 : 64

Loi du 21 juin 1865 : 322

Circulaire du 21 novembre 1866 d'application du CCAG du 16 novembre 1866 : 676

Loi du 27 juillet 1870 *sur la compétence respective du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif en matière d'autorisation de travaux publics* : 60, 69, 619

Loi du 10 août 1871 *relative aux conseils généraux* : 329, 510

Circulaire du ministre des travaux publics du 7 novembre 1874 *relative aux nouveaux moyens de publicité* : 74

Loi du 4 avril 1882 *relative à la restauration et conservation des terrains en montagne* : 95

Décret du 18 novembre 1882 : *relatif aux adjudications et aux marchés passés au nom de l'État* : 64, 74, 122, 125, 190, 191, 303, 329, 866

Loi du 5 avril 1884 : 64, 70, 199, 328, 345, 346, 510

Sherman Antitrust Act du 8 avril 1890 : 882

Loi du 22 mars 1900 : 346

Loi du 25 février 1901 : 321

Loi du 1^{er} juillet 1901 *relative au contrat d'association* : 377, 437, 504

Loi du 17 avril 1906 *portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1906* : 74

Loi du 15 juin 1906 *sur les travaux des concessionnaires d'électricité* : 95

Décret du 31 mai 1910 [...] *Modifiant l'organisation de la juridiction contentieuse du Conseil d'État* : 257

Décret du 20 mai 1914 (Modifié par le décret du 20 février 1919) *instituant un comité consultatif de règlement amiable des entreprises de travaux publics et des marchés de fournitures intéressant les départements et les communes* : 74

- Ordonnance du 2 avril 1917 (concernant les rentes de l'État qui appartiennent aux communes, aux établissements publics ou d'utilité publique) : 85
- Loi du 13 novembre 1917 : 346
- Loi du 17 juin 1918 : 64, 70, 328, 345
- Loi 25 oct. 1919 : 321
- Loi du 19 décembre 1922 *tendant à imposer aux soumissionnaires des marchés de travaux publics passés au nom de l'État, des départements et des communes, l'obligation de servir les allocations familiales à leur personnel* : 74
- Décret du 20 septembre 1920 : 317
- Loi du 15 janvier 1924 : 64, 70, 328, 345
- Décret du 5 novembre 1926 : 345
- Décret du 23 octobre 1935 *concernant les marchés passés par les communes et établissements de bienfaisance* : 338, 345
- Décret-loi du 17 juin 1938 : 293
- Loi du 5 octobre 1938 : 338
- Décret-loi du 12 novembre 1938 : 329, 338, 343, 551, 775, 907, 934
- Décret du 15 juin 1941 : 317
- Décret du 6 avril 1942 (remplace le décret du 18 novembre 1882 comme réglementation générale sur les marchés publics) : 190, 191, 869
- Ordonnance n° 45-2707 du 2 novembre 1945 *Relative à la réglementation des marchés des communes, des syndicats de communes et des établissements communaux de bienfaisance ou d'assistance* : 338, 346, 649, 883
- Décret du 1^{er} avril 1946 : 317
- Loi du 28 octobre 1946 *concernant les indemnités de dommages de guerre* : 85
- Loi du 16 avril 1948 *sur les associations syndicales de reconstruction* : 95
- Décret n° 53-405 du 11 mai 1953 *relatif au règlement des marchés de l'État et des établissements publics nationaux non soumis aux lois et usages du commerce* : 318
- Décret du 9 août 1953 : 883
- Décret n° 53-934 du 30 septembre 1953 *portant réforme du contentieux administratif* : 103
- Décret du 10 mai 1955 : 345
- Décret n° 56-256 du 13 mars 1956 *relatif aux marchés passés au nom de l'État* : 37, 79, 123, 191, 319, 869
- Circulaire du 21 mars 1957 *d'application du décret n° 56-256 du 13 mars 1956* : 191
- Décret du 22 mai 1957 : 338
- Loi n° 57-908 du 7 août 1957 *tendant à favoriser la construction de logements et les équipements collectifs* : 343, 551
- Loi du 29 mars 1958 *relative aux pipelines d'intérêt général* : 95
- Décret n° 60-724 du 25 juillet 1960 *relatif aux marchés passés au nom des départements, des communes, des syndicats de communes, des établissements publics départementaux et communaux* : 338, 343, 346
- Décret n° 62-928 du 3 août 1962 (qui crée les marchés d'études) : 223
- Instruction du 22 janvier 1963 d'application du Décret 62-928 du 3 août 1962 : 223
- Arrêté du 12 mai 1964 : 222
- Décret n° 66-665 du 31 août 1966, *Fixant des délais et des règles de procédure propres à accélérer les opérations de constatation, de liquidation et de règlement des travaux de construction effectués pour le compte de l'État, des collectivités et établissements publics et des organismes d'habitation à loyer modéré* : 725
- Décret n° 64-729 du 17 juillet 1964 *portant code des marchés publics* : 37, 127
- Loi du 16 décembre 1964 *sur la démoustication* : 95
- Loi du 29 juin 1965 *relative aux conduites de produits chimiques* : 95
- Loi du 16 juin 1966 *relative à la détection, l'enlèvement et la destruction des explosifs et pièges de guerre* : 95
- Loi n°66-455 du 2 juillet 1966 *relative aux entreprises pratiquant le crédit-bail* : 423

Décret n° 66-887 du 28 novembre 1966 : 343

Délibération n° 136 du 1^{er} mars 1967 : 340

Décret n° 68-54 du 17 janvier 1968 : 497

Directive 70/32/CEE du 17 décembre 1969 concernant les fournitures de produits à l'État, à ses collectivités territoriales et aux personnes morales de droit public : 193, 216, 225

Directive 71/304/CEE du Conseil du 26 juillet 1971, Concernant la suppression des restrictions à la libre prestation de services dans le domaine des marchés publics de travaux et à l'attribution de marchés publics de travaux par l'intermédiaire d'agences ou de succursales : 193, 225, 350, 351, 352, 617

Directive 71/305/CEE du Conseil du 26 juillet 1971 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux : 133, 143, 193, 228

Décret n° 72-198 du 13 mars 1972 modifiant le code des marchés publics : 138

Loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 modifiée, d'orientation du commerce et de l'artisanat : 877, 878

Loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance : 656, 967

Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 Relative à la sous-traitance : 215, 552, 725

Décret 76-87 du 21 janvier 1976 (CCAG Travaux) : 629, 960

Circulaire du 10 février 1976 relative à la détermination des prix de règlement dans les marchés publics : 222

Loi n° 76-539 du 22 juin 1976 loi de finances rectificative pour 1976 : 384

Loi du 10 juillet 1976, relative à la protection de la nature : 1011

Directive 77/62/CEE du 21 décembre 1976 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fournitures : 193, 228, 354, 953

Loi du 19 juillet 1977 relative au contrôle des concentrations économiques et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante : 883

Décret n° 77-699 du 27 mai 1977 approuvant le cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics de fournitures courantes et de services : 165, 193, 212, 629

Décret 78-494 du 31 mars 1978 Modifiant le droit des marchés publics : 318

Loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 portant diverses mesures d'amélioration des relations entre l'administration et le public et diverses dispositions d'ordre administratif, social et fiscal : 976

Arrêté ministériel du 17 novembre 1978 (donnant une définition générale des bâtiments) : 137

Décret du 26 décembre 1978 approuvant le CCAG prestations intellectuelles : 223

Instruction du 26 décembre 1978 complétant le décret du 26 décembre 1978 : 223

Directive du 80/723 CE du 25 juin 1980 relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques : 385, 388

Loi du 15 juillet 1980, art. 13, relative aux canalisations de transport d'énergie thermique dont la construction a été déclarée d'utilité publique : 95

Décret n° 80-809 du 14 octobre 1980 approuvant le Cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics industriels : 213

Circulaire du 14 octobre 1980 relative à l'approbation du cahier des clauses administratives générales applicables aux marchés publics industriels : 213

Décret n° 81-100 du 3 février 1981 (modifiant décret n° 77-699 du 27 mai 1977) : 193, 212

Décret n° 81-271 du 18 mars 1981 (modifiant décret n° 77-699 du 27 mai 1977 et n° 80-809 du 14 octobre 1980) : 193, 212, 213

Loi du 2 mars 1982 : 337, 633

Loi n° 82-610 du 15 juillet 1982 d'orientation et de programmation pour la recherche et le développement technologique de la France : 414

Loi du 22 juillet 1982 : 629

Loi n° 83-8 du 7 janvier 1983 relative à la répartition de compétences entre les communes, les départements, les régions et l'État : 515

Loi du 7 juillet 1983 relative aux Sociétés d'économie mixte locales : 376, 486, 487, 504, 750

- Loi n° 83-675 du 26 juillet 1983 *relative à la démocratisation du secteur public* : 383
- Décret n° 83-817 du 13 septembre 1983 *approuvant le cahier des charges des travaux de la SNCF* : 95
- Décret n° 84-74 du 26 janvier 1984 *fixant le statut de la normalisation est prévu à l'article 6 du Code des marchés publics* : 958
- Délibération n° 84-20 du 1^{er} mars 1984 *portant approbation du code des marchés publics de toute nature passés au nom du territoire de la Polynésie française et de ses établissements publics* : 340
- Loi 85-30 du 9 janvier 1985 *relative au développement et à la protection de la montagne* : 322
- Loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 *Loi relative à la maîtrise d'ouvrage publique et ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée* dite loi MOP : 138, 140, 143, 184, 223, 420, 425, 426, 427, 466, 475, 476, 477, 478, 480, 481, 482, 483, 490, 492, 493, 552, 571, 616, 655, 709, 713, 725
- Décret 85-801 du 30 juillet 1985 *relatif au statut et au fonctionnement de l'UGAP* : 497
- Décret n° 86-447 du 13 mars 1986 (modifiant décret n° 77-699 du 27 mai 1977 n° 80-809 du 14 octobre 1980) : 193, 212, 213, 337
- Décret n° 86-450 du 13 mars 1986 : 337
- Décret n° 86-619 du 14 mars 1986 (modifiant décret n° 77-699 du 27 mai 1977) : 193, 212
- Ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, *relative à la police des prix et de la concurrence* : 740, 803, 883, 891, 909, 910, 915, 916
- Loi n° 87-432 du 22 juin 1987 *relative au service public pénitentiaire* : 132, 425, 552
- Circulaire du 7 août 1987 *relative à la gestion déléguée des services publics locaux* : 252
- Loi n° 88-13 du 5 janvier 1988, *d'amélioration de la décentralisation* : 427, 573, 722
- Circulaire du 3 mai 1988 (donnant une liste indicative des travaux de bâtiments) : 137
- Décret n°88-591 du 6 mai 1988 : 960
- Loi n° 88-1090 du 1^{er} décembre 1988 *modifiant la loi 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage public et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée* : 490
- Décret n° 89-236 du 17 avril 1989 *modifiant le code des marchés publics* : 552
- Directive 89/440/CEE du Conseil du 18 juillet 1989 *modifiant la directive 71/305/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux* : 133, 137
- Décret n° 89-772 du 20 octobre 1989 : 138
- Directive 89/665/CEE du Conseil du 21 décembre 1989, *portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux* : 556, 737
- Directive 90/387/CEE du Conseil du 28 juin 1990 *dite « réseau ouvert »*, 391
- Décision de la Commission du 30 juillet 1990 : 358
- Règlement CEE 3037/90 du 9 octobre 1990 (sur la NACE) : 137
- Loi n° 90-1259 du 31 décembre 1990 (incorporée dans la loi du 31 décembre 1971) : 234
- La loi n° 91-3 du 3 janvier 1991 *relative à la transparence et à la régularité des procédures de marchés et soumettant la passation de certains contrats à des règles de publicité et de mise en concurrence* : 140, 157, 169, 170, 206, 216, 217, 218, 225, 241, 292, 380, 405, 406, 408, 411, 416, 418, 437, 438, 440, 443, 470, 487, 495, 499, 499, 500, 511, 531, 552, 592, 724, 732, 737, 739, 747, 750, 801, 804, 918, 942, 965
- Décret n° 91-472 du 14 mai 1991 (modifiant décret n°80-809 14 octobre 1980) : 213
- Loi n°92-125 du 6 février 1992 *d'orientation relative à l'administration territoriale de la République* 92 : 515, 523, 966, 967
- Directive 92/13/CEE du Conseil du 25 février 1992, *portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunication* : 556, 737

Décret n° 92-311 du 31 mars 1992, *Soumettant la passation de certains contrats de fournitures, de travaux ou de prestation de services à des règles de publicité et de mise en concurrence* : 440, 724, 732

Circulaire du 31 mars 1992, *prise en application de la loi du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République* : 976

Directive 92/50/CEE du 18 juin 1992 *portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services* : 144, 193, 225, 227 et s, 233, 236 et s, 246, 350, 431, 443, 469, 482, 504, 531, 617, 827, 829, 1043

Décret n° 92-964 du 7 septembre 1992 : 556

Loi n° 92-10 du 4 janvier 1992 *relative aux recours en matière de passation de certains contrats et marchés de fournitures et de travaux* : 737

Loi n° 92-1255 du 2 décembre 1992 : 515

Loi n° 92-1282 du 11 décembre 1992. *Procédures de passation de certains contrats dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications* : 169, 206, 225, 249, 292, 403, 445, 445, 470, 487, 495, 552, 592, 724, 732, 739

Décret n° 92-1310 du 15 décembre 1992 *portant simplification du Code des marchés publics* 143, 551, 717, 747, 801, 843, 918, 960

Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 *relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques* dite « loi Sapin » : 107, 200, 208, 256, 257, 262, 263, 269, 273, 275, 277, 279, 282, 291, 311, 373, 374, 474, 488, 501, 552, 590, 616, 656, 662, 663, 681, 703, 720, 723, 724, 728, 733, 737, 739, 741, 747, 801, 826 ; 844, 852, 942, 945, 949, 968

Décret en Conseil d'État n° 93-471 du 24 mars 1993 : 733

Décret n° 93-584 du 26 mars 1993 *relatif aux contrats visés au I de l'article 48 de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques* : 610, 721, 843

Décret n° 93-733 du 27 mars 1993 *sur les marchés de définition* : 223

Décret n° 93-746 du 27 mars 1993 (codifié aux articles R. 433-1 et suivants du Code de la construction et de l'habitation) : 490

Directive 93/36/CEE du 14 juin 1993 *portant coordination des procédures de passation des marchés publics de fourniture* : 145, 217, 246, 350, 497, 517, 617 821, 827, 1043

Directive 93/37/CEE du 14 juin 1993 *portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux* : 133, 136, 137, 140, 145, 154, 169, 251, 257, 272, 552, : 350, 352, 397, 430, 431, 437, 438, 443, 473, 617, 821, 827, 828 : 829, 1043

Directive 93/38/CEE du 14 juin 1993 *portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications* : 145, 225, 227 et s, 246, 272, 350, 380, 381, 385, 388, 389, 390, 445, 829

Décret n° 93-990 du 3 août 1993, *Relatif aux procédures de passation des contrats et marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications* : 225, 724, 725, 732

Décret n° 93-1268 du 29 novembre 1993, *Décret relatif aux missions de maîtrise d'œuvre confiées par des maîtres d'ouvrages publics à des prestataires de droit privé* : 223, 480, 655

Décret n° 93-1269 *Relatif aux concours d'architecture et d'ingénierie* : 480

Décret n° 93-1270 du 29 novembre 1993 *relatif aux contrats de conception réalisation* : 143, 490

Loi n° 93-1416 du 29 décembre 1993 *relative aux recours en matière de passation de certains contrats de fournitures et de travaux dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications* : 403, 445, 737

Arrêté du 21 décembre 1993 *sur la maîtrise d'ouvrage* : 223, 490

Loi n° 93-1416 du 29 décembre 1993. 403, 445

Loi n° 94-530 du 28 juin 1994 (modifiant loi sapin) : 262

Loi n° 94-631 du 25 juillet 1994 *constitution de droits réels sur le domaine public* : 573

Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 : 216

Loi n° 94-665 du 4 août 1994 *relative à l'emploi de la langue française* : 658

Loi n° 94-674 du 8 août 1994 (modifiant loi sapin) : 262

- Loi n° 94-679 du 8 août 1994, *Portant diverses dispositions d'ordre économique et financier* : 725, 321
- Loi n° 95-101 du 2 février 1995 *relative au renforcement de la protection de l'environnement* : 262, 967, 1011
- Loi n° 95-127 du 8 février 1995, *Relative aux marchés publics et aux délégations de service publics* : 262, 724, 725, 747, 868
- Loi n° 96-142 du 21 février 1996 (modifiant loi sapin) : 262, 414, 968
- Loi n° 96-609 du 5 juillet 1996 (modifiant loi sapin) : 262
- Loi n° 96-1077 du 11 décembre 1996 (validant le contrat du stade de France) : 256
- Loi 97-50 du 22 janvier 1997 *transposant les directives « services et fournitures »* : 133, 225, 230, 403, 437, 445, 487, 531, 552, 724
- Directive 97/52 du Parlement européen et du Conseil, du 13 octobre 1997, *modifiant les directives 92/50/CEE, 93/36/CEE et 93/37/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services, des marchés publics de fournitures et des marchés publics de travaux respectivement* : 350, 355, 358, 405, 556, 557
- Directive 98/4 du 16 février 1998 du Parlement européen et du Conseil *modifiant la directive 93/38/CEE portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications* : 556, 557
- Loi n° 97-210 du 11 mars 1997, *Relative au renforcement de la lutte contre le travail illégal* : 725
- Décret n° 97-638 du 31 mai 1997 : 725
- Décret du 27 février 1998 *transposant les directives Marchés Publics* : 133, 225, 437, 445, 487, 531
- Décret n° 98-111 du 27 février 1998 *transposant la directive services* : 225, 230, 233, 234
- Décret n° 98-112 du 27 février 1998 : 225, 230, 552
- Décret n° 98-113 du 27 février 1998 *transposant la directive secteurs spéciaux* : 225, 230
- Décret n° 98-608 du 17 juillet 1998 *relatif à la protection des secrets de la défense nationale* : 977
- Arrêté du 22 avril 1998 *modifiant et complétant l'arrêté du 9 février 1994, modifié par l'arrêté du 17 janvier 1996 relatif aux seuils de publicité des marchés publics et de certains contrats soumis à des règles de publicité* : 557
- Arrêté du 2 novembre 1998 *portant organisation des sous-directions de la direction des affaires juridiques du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie* : 608
- Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie* : 341
- Décret n° 99-634 du 9 juillet 1999 : 233
- Loi 99-586 du 12 juillet 1999 *relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale* : 347
- Circulaire du 30 juillet 1999 : 232
- Directive 1999/93/CE du parlement européen et du Conseil *sur un cadre communautaire pour les signatures électronique* : 659, 735
- Loi du 30 décembre 1999 *portant budget pour l'année 2000* : 515
- Loi 2000-230 du 13 mars 2000 *portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique* : 659, 735
- Loi du 12 avril 2000 : 199
- Communication interprétative de la Commission sur les concessions en droit communautaire du 12 avril 2000 : 646, 811, 887, 924, 953, 998
- Directive du 10 mai 2000 : 824
- Loi n° 2000-597 du 30 juin 2000 *relative au référé devant les juridictions administratives* : 737
- Directive 2000/52/CE de la Commission du 26 juillet 2000 *modifiant la directive 80/723/CEE relative à la transparence des relations financières entre les États membres et les entreprises publiques*, 385, 388, 391
- Ordonnance n° 2000-912 du 18 septembre 2000, *Relative à la partie législative du Code de commerce* : 718, 1011
- Loi du 16 janvier 2001 *relative à l'archéologie préventive* : 412
- Décret n° 2001-184 du 23 février 2001 : 372

Décret 2001-210 du 7 mars 2001, *Portant code des marchés publics* : 343, 488

Ordonnance 2001-321 du 11 avril 2001 *relative aux transpositions des directives communautaires dans le domaine de l'environnement* : 1011

Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, *Relative aux nouvelles régulations économiques* : 725

Communication interprétatives de la Commission sur le droit communautaire applicables aux marchés publics et les possibilités d'intégrer des considérations environnementales dans lesdits marchés du 5 juillet 2001 : 1036, 1039, 1052

Décret n° 2001-738 du 23 août 2001, *Relatif aux règles selon lesquelles les marchés publics peuvent tenir compte des variations des conditions économiques* : 685

Décret n° 2001-797 du 3 septembre 2001, *Relatif aux comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics pris en application de l'article 131 du Code des marchés publics de 2001* : 721

Instruction d'application du Code des marchés publics de 2001 en date du 9 septembre 2001 : 919

Décret n° 2001-846 du 18 septembre 2001, *Pris pour l'application du 3° de l'article 56 du Code des marchés publics et relatif aux enchères électroniques* : 725

Décret 2001-887 du 28 septembre 2001. 497

Arrêté du 7 novembre 2001 *fixant la liste des renseignements et/ou documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics* : 919

Loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 *portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier dite loi MURCEF* : 76, 152, 155, 159, 160, 162, 169, 205, 206, 262, 263, 268, 307, 341, 397, 405, 411, 416, 418, 440, 504, 511, 514, 523, 552, 572, 597, 608, 616, 641, 656, 662, 683, 724, 725, 738, 769, 951, 952

Arrêté du 31 janvier 2002, *Portant règlement sur les marchés des organismes de sécurité sociale* : 723

Décret n° 2002-677 du 29 avril 2002, *Relatif à l'obligation de décoration des constructions publiques et précisant les conditions de passation des marchés ayant pour objet de satisfaire à cette obligation* : 725

Loi n° 2002-1094 du 29 août 2002 *d'orientation et de programmation pour la sécurité intérieure* : 425, 427, 552

Loi n° 2002-1138 du 9 septembre 2002 *Loi d'orientation et de programmation pour la justice* : 132, 425, 552

Décret n° 2002-1209 du 27 septembre 2002 *relatif à l'assistance technique fournie par les services de l'État au bénéfice des communes et de leurs groupements* : 523

Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 *pour la sécurité intérieure* : 425, 552, 748

Loi n° 2003-591 du 2 juillet 2003 *habilitant le gouvernement à simplifier le droit* : 984

Ordonnance n° 2003-850 du 4 septembre 2003 *portant simplification de l'organisation de système de santé* : 425, 552

Décret n° 2004-16 du 7 janvier 2004, *Pris en application du code des marchés publics et concernant certains marchés publics passés pour les besoins de la défense* : 721, 924

Décret d'application du n° 2004-18 du 6 janvier 2004 pris pour l'application de l'article L. 34-3-1 du code du domaine de l'État issu de l'ordonnance sur les marchés de la justice : 538

Circulaire du 7 janvier 2004 *portant manuel d'application du code des marchés publics* : 343 584

Arrêté du 26 février 2004, *pris en application de l'article 45, alinéa premier, du code des marchés publics et fixant la liste des renseignements et/ou documents pouvant être demandés aux candidats aux marchés publics* : 982

Décret n° 2004-216 du 11 mars 2004, *Portant organisation et fonctionnement de l'économat des armées* : 499, 977

Directive 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 *portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux* : 137, 145, 151, 169, 227, 229 et s, 231 et s, 252, 264, 272et s, 283, 285, 350, 358, 380, 381, 386, 388, 389, 390, 391, 440, 445, 482, 499, 500, 505, 507, 523, 526, 531, 552, 580, 584, 585, 593, 617, 647, 654, 656, 658, 659, 663, 682, 732, 733, 741, 953, 960, 961, 969, 976, 992, 998, 1011, 1045, 1052

Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004, *relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services* : 133, 136, 137, 142, 144, 154, 169, 210, 217, 225, 227 et s, 231 et s, 236 et s, 246, 251, 252, 264, 272 et s, 283, 285, 350, 358, 367, 381, 395, 430, 437, 440, 443, 473, 482, 499, 500, 505, 507, 523, 526, 527, 531, 552, 557, 580, 584, 585, 593, 617, 647, 654, 656, 658, 659, 662, 682, 684, 686, 732, 733, 735, 740, 741, 742, 827, 953, 960, 961, 969, 976, 982, 992, 998, 1011, 1038, 1039, 1040, 1052

Ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 *sur les contrats de partenariat* : 132, 252, 398, 434, 440, 513, 514, 516, 538, 552, 572, 585, 616, 662, 699, 721, 733, 742, 771, 773, 950

Ordonnance n° 2004-566 du 17 juin 2004 *portant modification de la loi no 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'œuvre privée* : 478, 481, 483, 552, 571, 616, 655

Ordonnance n° 2004-632 du 1^{er} juillet 2004 *relative aux associations syndicales de propriétaires* : 322, 425

Décret n° 2004-732 du 26 juillet 2004 *modifiant le décret d'application du n° 2004-18 du 6 janvier 2004* : 538

Décret n° 2004-1119 du 19 octobre 2004 *portant création de la mission d'appui à la réalisation des contrats de partenariat*, J.O. n° 246 du 21 octobre 2004, p. 17821, texte n° 19, qui est venu mettre en place un « organisme expert » : 398, 434, 516 ; 721

Décret n° 2004-1145 du 27 octobre 2004 *pris en application des articles 3, 4, 7 et 13 de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat et L. 1414-3, L. 1414-4 et L. 1414-10 du Code général des collectivités territoriales* : 398, 425, 513, 514, 516, 721

CODES

Code de l'Aviation :

- R. 253-4 : 151

Code des assurances :

- L. 124-3 : 161
- L. 432-1 à 4 : 466

Code Civil :

- 16 : 216
- 16-1 : 216
- 16-9 : 216
- 516 : 83, 173
- 517 : 85
- 518 : 87
- 520 : 87, 89
- 521 : 87, 89
- 524 al.2 : 91
- 525 : 93
- 528 : 86
- 552 : 87, 88
- 637 : 83
- 1101 : 627
- 1102 : 643
- 1103 : 631
- 1184 : 645
- 1289 à 1299 : 699
- 1316 à 1316-4 : 659, 735
- 1325 : 645
- 1382 : 882
- 1383 : 882
- 1370 et suivants : 632
- 1371 : 632
- 1582 : 183
- 1601-1 : 85
- 1674 : 83
- 1710 : 184
- 1779 : 184
- 1779 2° : 190
- 1779 3° : 42
- 1787 : 104, 132, 185
- 1792-6 : 933
- 1984 : 447, 451, 454, 470
- 1986 : 451, 470, 471
- 1988 : 464
- 1998 : 456
- 2206 : 83
- 2279 : 83

Code de commerce

- L. 132-1 : 453
- L. 462-1 : 740
- L. 410-1 : 751, 891, 883, 910

Code de la construction et de l'habitation

- L. 433-1 du CCH : 723
- L. 481-4 du CCH : 723

Code du domaine de l'État

- L. 34-1 : 722

- L. 34-1 à L. 34-9 : 573
- L. 34-7 : 711
- L. 69 : 608

Code de l'environnement

- L. 110-1 : 1014, 1015, 1027
- L. 541-2 : 656

Code général des collectivités territoriales :

- L. 1311-1 et s. : 573
- L. 1311-2 : 427, 722
- L. 1311-1 : 427
- L. 1411-1 : 262, 263, 506, 511, 514, 616, 656, 662, 720, 728, 733, 801, 854
- L. 1411-3 : 968
- L. 1411-5 : 826
- L. 1411-12 : 581
- L. 4111-13 : 967
- R. 1411-1 : 733
- L. 1414-1 : 398, 662, 721
- L. 1414-3 : 425, 733
- L. 1414-4 : 425
- L. 1414-10 : 425
- L. 1521-1 et s. : 486, 750
- L. 1523-2 : 504
- L. 2131-1 : 478
- L. 2131-2 : 656
- L. 2132-5 : 199
- R. 2132-1 et s. : 199
- L. 2221-2 : 372
- R. 2222-5 : 278
- L. 2224-5 : 967
- L. 3131-1 : 478
- L. 3131-2 : 656
- L. 3133-1 : 199
- R. 3241-5 : 278
- L. 4141-1 : 478
- L. 4141-2 : 656
- L. 4143-1 : 199
- L. 5111-1 : 521
- L. 5221-1 : 510

Code général des impôts

- 1585 C : 741

Code de justice administrative :

- R. 421-1 : 164
- R. 431-3 : 168
- L. 521-2 : 879, 880, 993
- L. 551-1 : 517, 556, 608, 737, 740, 741, 742, 743, 747, 801, 832 : 915
- L. 521-2 : 933
- R. 421-1 : 164

- R. 431-3 : 168

Code des Marchés Publics

- 1^{er} (1964) : 125 et ss, 134, 136, 138, 141, 144, 212, 225, 395, 424, 504, 616
- 1^{er} (2001) : 216, 221, 245, 246, 616, 706, 747, 919
- 2 (2001) : 151, 539, 919
- 1^{er} (2004) : 169, 171, 216, 221, 241, 249, 395, 420, 539, 616, 662, 706, 747, 801, 1042, 506
- 1^{er} I (2001 et 2004) : 506
- 1^{er} II (2001 et 2004) : 217, 225, 246, 249
- 1^{er} II al.1 (2001 et 2004) : 134, 142, 143, 145, 150, 571
- 1^{er} II al.4 (2001 et 2004) : 144
- 3 : 217, 230, 241, 667
- 3-1 (2004) : 526, 527
- 3-2 : 531
- 3, 4^o (2004) : 242
- 3, 5^o (2004) : 233
- 3, 7^o (2004) : 210
- 5-II : 498
- 6 : 982, 1040
- 7-3 (2001) : 477, 801
- 7 à 9 : 493
- 9 : 241, 499
- 10 (2001) : 710
- 10 (2004) : 710
- 11 (2001 et 2004) : 143, 652, 653, 656
- 13 (2001 et 2004) : 629
- 14 : 982, 984, 1053
- 14 (2001) : 1051
- 15 (2001 et 2004) : 652
- 18 : 686
- 19 (2001 et 2004) : 861
- 22-IV (2001) : 751
- 22-V : 751
- 24 : 992
- 26 : 143, 241
- 27 : 552
- 28 : 448, 497, 552, 581
- 29 (2004) : 224, 230, 233
- 30 (2001) : 234
- 30 (2004) : 224, 230, 234, 482, 732
- 32 (2004) : 500, 821
- 33 (2004) : 1042
- 35 II 2^o (2001) : 210
- 35-II (2004) : 821, 1038
- 35-III : 740, 822
- 36 (2004) : 241, 584, 980, 992
- 37 (2001 et 2004) : 143, 992

- 38 : 241
 - 39 (1964) : 128, 151, 652
 - 39 (2001) : 732
 - 39 : 732
 - 39-1 (1964) : 233
 - 40 : 732
 - 40-1 : 828
 - 43 (2001 et 2004) : 725, 982
 - 44 (2004) : 882, 982
 - 44 (1964) : 960
 - 45 (2004) : 982, 1039
 - 46 : 982
 - 47 (1964) : 747, 918
 - 47 (2004) : 801, 843, 982
 - 53 (2001) : 732
 - 53 (2004) : 993, 1042, 1045
 - 55 (2001 et 2004) : 960, 961
 - 56 (2001 et 2004) : 659, 735
 - 57 (2004) : 732
 - 58 (2001) : 732
 - 59 (2004) : 1042
 - 62 (2004) : 653, 732
 - 63 (2001) : 653
 - 64 (2004) 961, 1042
 - 65 (2001) : 1042
 - 66 (2004) : 653
 - 67 (2001) : 653
 - 67 (2004) : 584, 980
 - 68 (2004) : 584
 - 70 (2004) : 143
 - 71 (2004) : 653
 - 73 (2004) : 223
 - 74 (2004) : 223
 - 76 (2004) : 653, 916
 - 78 (2004) : 961
 - 80 (2004) : 732, 960
 - 83 (2004) : 380
 - 84 (2004) 380
 - 94 (2001 et 2004) : 569
 - 95 (2004) : 653
 - 96 (2004) : 725
 - 97 ter (1964) : 993
 - 98 (1964) : 143
 - 99 (1964) : 143, 853
 - 104, I, 8° (1964) : 232, 233, 234
 - 104, I, 10° (1964) : 448
 - 107 (1964) : 223
 - 108 (1964) : 504
 - 119 (2001) : 138
 - 119 à 124 : 750, 965
 - 133 (2004) : 138
 - 181 (1964) : 504
 - 206 à 221 (1964) : 138
 - 250 (1964) : 128, 652
 - 250 bis (1964): 233
 - 297 bis (1964) : 993
 - 300 (1964) : 993
 - 308 (1964) :234
 - 308 al 1 (1964) : 232
 - 314 (1964) : 904
 - 372 ter : 504
 - 375 (1964) : 993
 - 378 (1964) : 134, 136, 142, 225
 - 379 (1964) : 241, 504
 - 379-1 (1964) : 229, 230, 234, 504
 - 382 (1964) : 229, 230, 234
 - 388 (1964) : 504
 - 389 (1964) : 504 et 993
 - 395 (1964) : 504
 - 397 (1964) : 993
- Code monétaire et financier**
- L. 313-7 : 423
- Code pénal**
- 226-13 : 976
 - 433-3 : 748
 - 432-10 : 744, 969
 - 432-11 : 744
 - 432-12 et 13 : 744
 - 432-14 : 634, 745, 746, 748, 860, 918, 964
 - 432-25 et 26 : 744
- Code de procédure pénal**
- l'article 40 al. 2 : 750, 751
- Code rural**
- L. 451-1 : 428
- Code de la santé publique :**
- L. 6141-7 : 723
 - L. 6145-6 : 656
 - L. 6148-7 : 552
- Code de la sécurité sociale**
- L. 124-4 : 723
- Code du travail :**
- L. 152-7 : 976
- Code des Tribunaux administratifs et des Cours administratives d'appel :**
- L. 22 : 517, 737, 801, 832
- Code de l'Urbanisme :**

- L. 300-4 : 107, 256, 268, 741
- L. 321-1 à L. 321-5 : 466
- R. 321-20 : 466

Nouveau code de procédure civile :

- L. 1441-1 à 3 : 556, 743
- L. 1441-1 et s : 738

**TRAITÉS, CONSTITUTIONS
DÉCLARATIONS DE DROITS**

Traité de l'Union : 216 (note 451)

Traité CE

- 4 et 3 G : 887
- 6 : 1008, 1044
- 13 : 808
- 30 : 284
- 45 : 284, 290, 997
- 46 : 284
- 55 : 284
- 43 à 55 : 285, 290
- 86 : 803, 834
- 90 : 536
- 141 : 806
- 174 : 1007, 1026
- 183 : 806
- 226 : 256
- 249 : 556

**Charte européenne des droits
fondamentaux**

- Préambule, 2e alinea : 809
- Article 6, (à vérifier) : 808

Projet de Constitution pour l'Europe

- Titre IV : 997
- Article I-9 : 997
- Article II-20 à 26 : 809

- Article III-129 : 1007
- Article 7-2 : 808
- Article 7-3 : 808

**Convention européenne de sauvegarde des
droits de l'Homme et des libertés**

- Article 14 : 806
- 11e protocole : 806

Accord sur les marchés publics, article 17 :
957

Constitution du 4 octobre 1958 :

- Article 2 : 658
- article 34 : 343, 551
- article 37 : 343
- article 72 : 339
- article 74 : 342

**Déclaration des droits de l'homme et du
citoyen de 1789**

- Article 1 : 796, 947, 949
- Article 4 : 873, 937
- Article 6 : 715, 796, 949
- Article 13 : 796
- Article 14 : 941, 945, 949, 974, 984 ;
989
- Article 15 : 989
- Article 16 : 715

Déclaration de l'An I

Article 17 : 876

Constitution de l'An II

Article 355 : 877

Constitution de 1848 :

Article 13 : 876

Charte de l'environnement : 1014

TABLE DES JURISPRUDENCES

*Les arrêts sont cités par ordre de date, quelle que soit la juridiction qui les a rendu.
Les numéros renvoient aux paragraphes.*

Avant 1900

- Arrêt du Conseil du 10 septembre 1602, *relatif aux travaux de réparation du pont de Nevers sur la Loire* : 439
- Arrêt du 7 février 1809 *concernant les travaux d'embellissement d'une ville* : 68
- CE 17 mai 1813 *Procureur-gérant du lycée de Toulouse* : 70
- CE 3 juin 1831 *Ferri-Pisani* : 195
- CE 28 février 1834 *M. Janet* : 195
- CE 28 janvier 1836 *Charles Seguin et Colin c/ Jules Seguin* : 198
- CE 11 avril 1837 *Gavarini c. le ministre de la guerre* : 186
- CE 3 mai 1839 *Selles et compagnie c/ le préfet de police* : 335
- CE 24 juin 1840 *Hindenlang* : 68
- CE 1^{er} septembre 1841 *département de Seine et Oise* : 329
- CE 17 janvier 1849 *Cosse* : 195
- CE 26 juillet 1851 *Martin* : 198
- CE 15 avril 1857, *Velut* : 68
- CE 22 août 1858, *Seyte* : 322
- CE 1^{er} mars 1866 *Martin* : 198
- CE 29 novembre 1866 *Gris* : 198
- CE 9 janvier 1868 *Servat* : 198, 865
- TC 12 décembre 1868 *Clément* : 105
- CE 20 février 1869 *Pinard* : 621
- TC 8 février 1873, *Blanco* : 837
- TC 8 février 1873 *Dugave et Bransiet c/ Commune de Caluire, le département du Rhône et l'État* : 837
- CE 4 juillet 1873 *Lefort* : 76, 199
- CE 13 février 1874 *Dussausoy et autres c. Ville de Lille* : 89
- CE 7 mai 1880 *Ministre des travaux publics c/ Meikle* : 87
- CE 14 mai 1886 *Augustinety* : 196, 330, 510
- CE 4 mars 1887 *Mainguet c/ Durenne* 199
- CE 21 mars 1890 *Chambres syndicales des entrepreneurs de la Ville de Paris et sieurs Borgaux et Autres (1^{ère} esp)* : 198
- CE 21 mars 1890 *Caillette* : 198
- CE 30 juin 1893 *Cauvin-Yvose c/ Dame veuve Mamet* : 87
- CE 9 janvier 1894 *Lbermite* : 108, 132
- CE 13 avril 1894, *Syndicat du Canal de Gignac* : 676
- TC 24 novembre 1894 *Loiseleur* : 288
- CE 17 mai 1895 *Crébessac* : 195
- CE 7 mai 1897 *Cimetière* : 109
- CE 3 février 1899, *Joly* : 311

1900-1950

- TC 10 novembre 1900 *Préfet des Bouches-du-Rhône* : 87
- CE 14 février 1902 *Blanleuil et Vernaudon c/ Ville d'Angoulême* : 254, 257
- CE 8 novembre 1902 *Sieur Faillette c/ Sieur Chardin et comm. De Charpentry* : 185
- CE 6 février 1903 *Terrier* : 335, 434
- TC 3 juin 1905 *Sieur de Richard d'Aboncourt c/ Sté des Hauts Fourneaux de Denain et Anzjn* : 113
- CE 9 juin 1905 *Société des anciens établissements Henri Satre* : 199
- CE 20 janvier 1906, *Paternoster* : 305
- CE 30 mars 1906 *Ballande* : 198, 199
- TC 23 mars 1907 *Sieur Roumens c/ Ville de Paris et Compagnie générale des eaux* : 100
- CE 12 juillet 1907 *Ministre des travaux publics* : 650
- CE 5 février 1909 *Barla* : 76, 122, 200
- CE 4 mars 1910 *Thérond* : 257
- CE 31 juillet 1912 *Sté des Granits Porphyroïdes des Vosges* : 108, 204
- CE 9 mai 1913, *Sieur Roubeau et autres* : 801
- CE 19 décembre 1913 *Drapeyron* : 252
- CE 30 mars 1916, *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux* : 679
- CE 7 avril 1916 *Astruc* : 117
- CE 8 février 1918, *Société d'éclairage de Poissy* : 679
- CE 24 janvier 1919 *Sieur Clauzel* : 252
- CE 28 février 1919 *Bariller* : 109
- CE 23 juillet 1919 *Delclaux* : 109
- CE 20 février 1920 *Thérés* : 204
- CE 23 juillet 1920 *Marianne et autres* : 107
- TC 22 janvier 1921, *Société commercial de l'ouest africain* dit « Bac d'Eloka » : 121, 315, 360
- CE 10 juin 1921, *Commune de Monséguir* : 39, 111, 114, 115, 118, 119, 120, 151, 156
- TC 7 novembre 1922 *Manon* : 190
- CE 12 novembre 1921 *Husson* : 649
- CE 7 mars 1923 *Société Hellenic Transport Steamship* : 190
- TC 18 juillet 1923 *Sté des magasins généraux c/ Ministre de la Guerre* : 204
- Cass. Civ. 7 décembre 1923 : 89
- CE 26 novembre 1924 *Ministre de la Guerre* : 115
- CE 27 mars 1925 *Sieur Lunel* : 108
- CE 19 novembre 1926 *Decuty* : 196, 201
- CE 24 décembre 1926 *Société anonyme l'Entreprise de l'Est* : 865, 867
- CE 21 janvier 1927 *Cie des eaux c/ dame veuve Berluque* : 100
- CE 7 février 1927 *Sieurs Sultana et Galby* : 108, 132
- CE 11 mars 1927 *Bareau c/ Ville de Guérande* : 633
- Cons. Préf. de Grenoble, 24 juin 1927, *Sté. Civile des souscripteurs d'actions de la Sté. Viennoise de distribution d'énergie c/ Ville de Vienne* : 333
- CE 4 août 1927 *Sté des établissements Charmasson* : 108
- CE 30 mars 1928 *Compagnie des Polders de l'Ouest* : 107
- CE 31 mars 1928 *Rauch* : 108
- CE 8 février 1930 *Ministre des travaux publics c/ Kieffer* : 100
- CE 15 janvier 1930 *Sté des ateliers de la Loire* : 115
- CE 22 janvier 1930 *Vuitton* : 633
- CE Sect. 30 mai 1930, *Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers* : 872, 889
- Cour d'appel de Lyon du 5 nov. 1930 : 890

- CE 7 novembre 1930 *Quignard* : 108
- CE 17 juin 1932 *Ville de Castelmaudary* : 290
- CE 26 octobre 1932 *Lemaître* : 100
- CE 24 novembre 1933 *Zénard* : 890
- TC 27 novembre 1933 *Verbanck* : 108
- CE 25 avril 1934 *Compagnie Havraise péninsulaire* : 93
- CE 29 avril 1934 *Ordre des architectes* : 343, 903, 904
- Cass. Civ 20 juin 1934 : 890
- CE 1^{er} mars 1935 *Ministère des travaux publics* : 93
- CE 8 mars 1935, *Commune de Chassey-sur-Beaupré* : 93
- CE 22 mai 1935, *Foyer* : 634
- CE Ass. 20 décembre 1935 *Établissements Vézia* : 872
- Cour de cassation, civ. 15 janvier 1936 *Compagnie des omnibus et tramways de Lyon c/ Bon* : 890
- CE 21 février 1936 *Sieur Retail* : 321
- CE Sect. 12 juin 1936 *Sieur Boyaval* : 87
- CE Sect. 30 octobre 1936 *Sieurs Sibille et autres* : 252
- CE 10 mars 1937 *Société Robion du Pont et Henri Martin* : 865
- CE 17 juin 1938 *Dupuy* : 87
- CE 28 octobre 1938, *Dame Veuve Alaise* : 320
- CE 15 février 1939 *Ville de Paris c/ Touquet* : 87
- CE 25 juillet 1939 *Dame Veuve Gautron* : 845
- CE 16 juillet 1941 *Syndicat de défense des contribuables de Goussainville* : 347
- CE 22 mai 1939 *Dme Vve Chabaud* : 76, 649
- CE Ass. 13 février 1942 *Cne de Sarlat et Sté mutuelle française* : 113
- CE Ass. 31 juillet 1942 *Monpeurt* : 152, 293
- CE 28 août 1942 *Sté des autocars rouges* : 108
- TC 24 octobre 1942 *Sieur Chaumard* : 114
- CE 27 novembre 1942 *Sté Bongrand et Dupin* : 345
- CE Ass. 2 avril 1943 *Bouguen* : 152
- CE 19 novembre 1943 *Commune d'Izel-les-Equerchin* : 109
- CE 1^{er} mars 1944 *Association dite Syndicat des lotis exploités de Porchefontaine* : 322
- TC 10 février 1949 *Roubaud* : 116
- CE 9 juillet 1949 *Ville d'Ajaccio* : 120
- CE 10 mars 1950 *Département de la Seine c/ Sté des transports en commun de la région parisienne* : 278
- CE 15 décembre 1950 *Mathiot* : 109

1950- 1960

- CE 9 février 1951 *Ministre des armées c/ Société entreprises Bornhauser, Molinari et Cie* : 109
- CE 7 mars 1951 *Douville* : 109
- CE 28 juillet 1951, *Dame Foucher, veuve Perrossier* : 649
- CE 5 mai 1952, *Département du Rhône* : 93
- Cass. Civ. 1^{ère} section civ. 12 janvier 1954 : 89
- CE 24 février 1954 *Sté des ateliers de construction Schwartz-Haumont* : 293, 456
- CE 4 février 1955 *de Saverne* : 198
- TC 28 mars 1955, *Effimieff* : 39, 100, 111, 119, 120, 121
- CE 19 mars 1956 *Sieur Jean dit François Rolland-Nouvelles* : 458
- CE 20 avril 1956 *Ministre de l'agriculture c/ Consorts Grimouard* : 87, 120
- CE Sect. du 20 avril 1956 *Epoux Bertin* : 656

TC 10 juillet 1956 *Société des Steeple-Chases de France* : 262

CE Ass. 11 juillet 1956 *Amicale des Annamites de Paris et sieur Nguyen-Duc-Frang* : 776

CE 12 octobre 1956 *Foucault* : 87

CE Ass. 16 novembre 1956 *Union syndicale des industries aéronautiques* : 360

CJCE 26 novembre 1956, *Fédération charbonnière de Belgique c/ Haute autorité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier* : 997

CE 11 janvier 1957 *Le Palace* : 97

CE 12 avril 1957 *Mimouni* : 120

CE 27 avril 1957 *Cabessut* : 109

CE 27 mai 1957 *Sieur Artaud et autres* : 456

CE 16 novembre 1957 *Ville de Marseille c/ Poro* : 114

Cass. Civ. 1^{ère}, 9 janvier 1958 : 101

CE Sect. 24 janvier 1958 *Association des anciens combattants et victimes de la guerre du département d'Oran* : 776

CE 17 octobre 1958 *Ville de Tlemcen c/ manufacture de tapis d'Orient* : 151

CE 22 mai 1958 *Cie centrale de travaux publics* : 97

CE 15 juillet 1958, *Dame Meyer et autres* : 320

CE 22 octobre 1958, *Sieur Gambéroni* : 856

CE 28 novembre 1958 *Dame Veuve Langlois et Sieur Rolland de Chambaudouin d'Erceville* : 625

CE Sect. 17 avril 1959 *Abadie*, 409

TC 20 avril 1959 *Sté nouvelle d'exploitation des plages, piscines et patinoires* : 456, 779

CE 11 mai 1959 *Dauphin* : 87

CE 1^{er} juillet 1959 *Ministre des Affaires étrangères* : 97, 120

TC 23 novembre 1959 *Société mobilière et immobilière de meunerie*, 410

TC 22 février 1960 *Sieur Borel c/ M.R.L.* : 139

CE Ass. 27 mai 1960 *Sieur Lagailarde* : 343

CE 13 juin 1960 *Cne de Rigny-la-salle* : 108

CE Sect. 28 octobre 1960, *Sieur [Martial] de Laboulaye* : 872

1961-1970

CE Sect. 14 avril 1961 *Ministre de la Reconstruction et du Logement c/ Société Sud-Aviation* : 632

CE Sect. 2 juin 1961 *Leduc* : 156, 457, 465

TC 20 novembre 1961 *Sieur Garreau c/ sieur Elkouken* : 161

CE 30 mai 1962 *Poplin* : 120

CE 5 juillet 1962 *Entreprise Leclerc* : 97

CE 19 décembre 1962, *Louye* : 93

CJCE 5 février 1963 *Van Gend & Loos c/ administration fiscale néerlandaise* : 294

CE 18 mars 1963, *Sieur Lauterfing* : 347

CE Ass. 22 juin 1963 *Syndicat du personnel soignant de la Guadeloupe* : 876

TC 8 juillet 1963 *Société entreprise Peyrot* : 156, 157, 162, 293, 448, 459, 473

CJCE 17 juillet 1963, *Italie c/ Commission* : 808

CE 11 décembre 1963, *Ville de Colombe* : 569, 442

CE Ass. 26 février 1965 *Société du vélodrome du Parc des Princes* : 456

Cass. Civ. 2^e, 5 avril 1965 : 93

CE 23 juin 1965 *Société aérienne de recherche minière* : 889

CE 21 janvier 1966 *Ville d'Avignon* : 165

CE 26 janvier 1966 *Société Ouest Peinture* : 853

CE 4 octobre 1967 *Sieur Trani* : 420

CE 16 octobre 1966 *Ville de Montdidier (Somme)* : 465

CE 12 octobre 1966 *Association des entrepreneurs de Metzwiller et a.* : 120

CE 24 avril 1968 *Société concessionnaire française pour la construction et l'exploitation du tunnel routier sous le Mont-Blanc* : 156

CEDH, 23 juillet 1968, *Affaire linguistique belge* : 806

CE 2 octobre 1968, *Ministre de l'équipement, Commune de La Chapelle-Vieille-Forêt et Sté auxiliaire génie civil* : 515

TC 3 mars 1969 *Sieur Esposito c/ Cie La Foncière* : 161

CE 30 avril 1969 *Société française d'alimentation saine* : 343

Cass. Civ. 3^e 30 mai 1969 : 89

CE 1^{er} octobre 1969, *Société des établissements Privé* : 652

Cons. Const. n° 69-576 DC du 24 octobre 1969 : 776

CE 26 novembre 1969 *Sté Vincent* : 166

CE 19 décembre 1969, *Société Socosat* : 904

CE 7 janvier 1970 *Ville de Cassis* : 101

CEDH 17 janvier 1970, *Delcourt c/ Belgique* : 974

TC 12 janvier 1970 *GDF c/ Société d'économie mixte d'aménagement et d'équipement du grand ensemble de Masy-Antony* : 465

CE 6 mars 1970 *Ville de Paris* : 120

CE 10 avril 1970 *Beau et Lagarde* : 257

CE 12 juin 1970 *Sieur Louis et Entreprise Loth* : 161

CJCE 25 juin 1970 *France c/ Commission* : 374

CE 14 octobre 1970 *Ville de Cavaillon* : 256

CE 16 octobre 1970 *Trésorier-payeur général des Hauts-de-Seine et receveur municipal de Rueil-Malmaison. Ville de Rueil-Malmaison* 166

CE 23 décembre 1970 *Commune de Bessèges* : 91

1970-1980

Cons. Const. n° 71-44 DC du 16 juillet 1971 *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association* : 776

CE 15 décembre 1971 *Sieur Comroy* : 161

Cass. Com. 21 décembre 1971 : 89

CE 17 déc. 1972, *Ville de Cayenne*, req. 78728 : 856

CE 19 janvier 1973 *Société d'exploitation électrique de la rivière du Sant* : 757

TC 25 juin 1973 *Office national des forêts c/ Béraud et entreprise Machiari* : 151

CE 4 juillet 1973 *Syndicat national des entreprises de diffusion* : 891

CE 19 avril 1974, *Société Entreprise Louis Segrette* : 634

CJCE 30 avril 1974 *Sacchi* : 531

CE 24 mai 1974 *Société Paul Millet et Cie* : 161

CE 15 janvier 1973 *Société Quillery-Goumy c/ Société chimique routière et d'entreprise générale et Société bretonne de travaux publics* 161

Cass. Com. 1^{er} juin 1974 : 87

CE 26 juin 1974 *Port autonome de Marseille*, 409

CE 30 octobre 1974 *Commune de Saint-Pierre-les-Bois c/ Sieur Gobin* : 109

CE Sect. 22 novembre 1974 *Fédération française des articles de sport (FIFAS)* : 266

CE Ass. 14 février 1975, *Epoux Merlin* : 257

CE Sect. 30 mai 1975, *Société d'équipement de la région montpelliéraine* : 156

CE 11 juin 1975 *Sté d'équipement d'Auvergne* : 460

TC 7 juillet 1975 *Commune d'Agde* : 457, 460, 465, 467

CE 9 juillet 1975 *Ville des Lilas* : 853

Cons. Const., n° 75-56 DC du 23 juillet 1975, *Loi modifiant et complétant certaines dispositions de procédure pénale spécialement le texte modifiant les*

articles 398 et 398-1 du code de procédure pénale, dite « Juge unique »/ 788

CE Sect. 17 octobre 1975, *Commune de Canari* : 634

TC 17 novembre 1975 *Sieur Leclert* : 151

CE Sect. 28 novembre 1975 *Office national des forêts c/ Abamonte* 151

CE 4 juin 1976 *Desforets* : 321

CE Sect. 18 juin 1976 *Dame Culard* : 156

CE 30 juin 1976 *Société d'économie mixte d'équipement de la vile d'Aix-en-Provence* : 460

Cons. Const. n° 76-67 du 15 juillet 1976, *Loi modifiant l'ordonnance n° 59-244 du 4 février 1959 relative au statut général des fonctionnaires, dite « Dossier des fonctionnaires »* : 788

CE, 23 juillet 1976, *Cne de Bray-sur-Somme* : 920

CE 15 octobre 1976 *Sté Nord-travaux et Banque Dupont* : 165

CE 22 octobre 1976 *Sté française Thomson-Houston* : 166

CE 15 décembre 1976 *Société civile immobilière de construction « Résidence Gallieni à Auxerre* : 457

CE 22 juillet 1977, *Sté Nord Océan Poisros et Cie* : 256

CE Sect. 20 janvier 1978 *Syndicat national de l'enseignement technique agricole public* : 928

CE 1^{er} février 1978, *Société Muller* : 93

Cons. Const. n° 79-104 DC du 23 mai 1979 *Loi relative au territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances* : 339

Cons. Const. n° 79-105 DC du 25 juillet 1979 *Loi modifiant les dispositions de la loi n 74-696 du 7 août 1974 relatives à la continuité du service public de la radio et de la télévision en cas de cessation concertée du travail* : 572

CJCE 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique* : 806

Cons. Const. n° 79-107 DC du 12 juillet 1979, *Loi relative à certains ouvrages reliant les voies nationales ou départementales, dite « Ponts à Péage* : 788

CE 30 novembre 1979 *Fédération nationale des travaux publics et association des jeunes architectes* : 137

CE 22 février 1980, *SA des sablières modernes d'Aressy* : 684

TC 14 janvier 1980 *Mme Le Crom c/ Commune de Saint-Philibert (Morbihan)* : 360

CJCE 18 mars 1980, *Spa Ferriera Valsabbia et autres c/ Commission des communautés européennes. Ronds à Béton* : 997

CJCE 8 oct 1980, *Peter Überschär c/ Bundesversicherungsanstalt für Angestellte* : 809, 811

1981-1985

CE 29 avril 1981 *Ordre des architectes* : 551

Cass. 3^e civ 7 juillet 1981 : 93

CE 18 décembre 1981 *Denic et Queinnec* : 165

CE Sect. 29 janvier 1982, *Martin* : 821

CC n° 82-138 DC du 25 février 1982 *Loi portant statut particulier de la Région de Corse* : 339

CE 7 mai 1982 *Verdier* : 360

CEDH 1^{er} octobre 1982, *Piersack c/ Belgique* : 970

CE 22 avril 1983, *Auffret et autres* : 853

Cons. Const. n° 81-132 DC du 16 janvier 1982 *Loi de nationalisation* : 305, 862, 873

CE 29 avril 1983 *SEM d'aménagement urbain de Saint-Jean-de-Luz* : 97

CE 27 janvier 1984 *Ville d'Avignon c/ Da Costa Nunes* : 462

CE 7 avril 1984 *Société d'entreprise générale de peinture SOGEP* : 161

Cons. Const. n° 84-172 DC du 26 juillet 1984, *Loi relative au contrôle des structures des exploitations agricoles et au statut du fermage* : 876

CE 27 juillet 1984 *Commune de la Teste-de-Buch* : 166, 901

- Cons. Const. n° 84-181 des 10 et 11 octobre 1984 *Loi relative aux entreprises de presse* : 945
- CE Sect. 12 octobre 1984 *Chambre syndicale des agents d'assurances des Hautes-Pyrénées* : 232, 652, 901, 903
- CEDH 26 octobre 1984, *De Cubber c/ Belgique* : 970
- TC 12 novembre 1984 *Société d'économie mixte du tunnel de Sainte-Marie-aux-Mines* : 156
- CE 8 mars 1985 *Association les Amis de la Terre* : 637
- CE 6 mai 1985, *Association Eurolat Crédit Foncier de France* : 572
- CJCE 18 juin 1985 *Steinhauser c/ Ville de Biarritz* Aff. 197/84 : 352, 353
- CE 1^{er} juillet 1985 *Commune de Rohrwiler* : 166
- CE 26 juillet 1985 *Société Degremont et société Frédéric Roudet* : 165
- CE 26 juillet 1985, *Société Lyonnaise des eaux et de l'éclairage* : 569
- CE 21 octobre 1985 *Société des transports automobiles Michel Delattre* : 278
- 1986-1990**
- TC 20 janvier 1986 *Ville de Paris c/ Roblot* : 290
- CE 7 février 1986, *Association force ouvrière consommateur et autres* : 933
- CE 18 février 1986 *Ville de Biarritz* : 288
- CE Sect. 28 février 1986 *Entreprise Blondet et autres* : 933
- CE Ass. 16 avril 1986 *Compagnie luxembourgeoise de télévision* : 778
- CE du 4 juillet 1986 *Berger*, 410, 412
- Cons. Const. n° 86-210 du 29 juillet 1986 *Loi portant réforme du régime juridique de la presse* : 945
- CE 24 octobre 1986 *Société Jan Kooren, Oude Hoofdoofdilein* : 87
- TC 12 janvier 1987 *Syndicat de la copropriété sis au 15 et 17 avenue de la Libération à Monistrol-sur-Loire* : 107
- Cons. Const. n° 86-224 DC du 23 janvier 1987 *Loi transférant à la juridiction judiciaire le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence* : 770
- CE 7 novembre 1986, *Ville de Toulouse* : 845
- CE 6 février 1987 *Maurice*, 412
- CJCE 10 mars 1987 *Commission c/ Italie* : 284, 1037
- CE 13 mai 1987 *Société Wanner Isofi Isolation* : 845, 1048
- TC 26 octobre 1987 *Centre français du commerce extérieur*, 412
- CE 27 novembre 1987 *Société provençale d'équipement* : 460
- CE 9 décembre 1987, *Chambre d'agriculture des Deux-Sèvres* : 321
- Cons. Const. n° 87-232 DC du 7 janvier 1988, *Loi relative à la mutualisation de la Caisse nationale de Crédit agricole, dite « Mutualisation de la CNCA »* : 788
- CE Sect. 18 mars 1988, *Ministre des travaux publics c/ Société civile des Néo-Polders* : 107, 684
- Cons. Const. n° 88-244 DC du 20 juillet 1988, *Loi d'amnistie* : 935
- CJCE 20 septembre 1988, affaire 31/87, *Gebroeders Beentjes B.V. c/ Pays-Bas* : 351, 352, 353, 904, 957, 1043, 1048
- CJCE 22 septembre 1988, *Commission des communautés européennes c/ Irlande* : 354, 816
- CE 12 octobre 1988 *Ministre des affaires sociales c/ Société d'études, de réalisations, de gestion immobilière et de construction (SERGIC)* : 420, 427
- CE 14 octobre 1988 *SA Socca-Balency (SOBEA)* : 268
- CA Agen, 1^{er} décembre 1988 : 93
- CE Ass. 16 décembre 1988, *Association des pêcheurs aux filets et engins, Garonne, Isle et Dordognes maritimes* : 876

CE 20 janvier 1989, *SA G.B.A. Berry-Loire* : 933

CE 3 mars 1989 *Sté des autoroutes de la Région Rhône-Alpes* : 459, 1007

CAA Paris 18 avril 1989 *S.C.I. Dubouchage et M. Rosset* : 107

CEDH 24 mai 1989, *Hauschildt c/ Royaume de Danemark* : 970

TC 6 juin 1989, *Préfet de la région Île-de-France, préfet de Paris c/ Cour d'appel de Paris et SAEDE* : 909

Cass. Com. 4 juillet 1989 *Société commerciale Union Insurance Company Limited et autres c/ SA Speichin et autres* : 214

CJCE du 11 juillet 1989, *Hermann Schröder HS Kraftfutter GmbH & Co. KG c/ Hauptzollamt Gronau, dit Schröder* : 997

CE Ass. 20 octobre 1989, *Nicolo* : 804

CE 29 novembre 1989 *Groupement permanent des architectes* : 165

CJCE 5 décembre 1989, aff. 3/88 *Commission c/ Italie* : 216, 248

CE 20 décembre 1989 *Gabrion et autres* : 165

CE 24 septembre 1990 *Commune de Tignes c/ Société des téléphériques de la Grande-Motte* : 281

1991-1995

CE sect. du 8 février 1991 *Région Midi-Pyrénées c/ Syndicat d'architecture de la Haute-Garonne* : 422, 571

CJCE 23 avril 1991, *Höfner et Elser c/ Macrotron* : 387

CE 6 mai 1991 *Syndicat intercommunal du bocage* : 505

CJCE 25 juillet 1991, *Alfred Stoeckel* : 792

Cons. Const. n° 91-302 DC du 30 décembre 1991, *Loi de finances pour 1992* : 788

Cons. Const. n° 91-304 DC du 15 janvier 1992, *Liberté de communication* : 788

CE 26 février 1992, *Raulin* : 887

CE 22 avril 1992 *Association syndicale autorisée des irrigants de la vallée de la Lèze, syndicat intercommunal d'aménagement de la Lèze c/ M Gaillard* : 120

CE 12 juin 1992, *Lacombe et autres* : 878

CE 24 juin 1992, *SARL « agence française de communication »* : 878

CJCE 7 juillet 1992, *Parlement c/ Conseil* : 887

CAA Lyon, 10 juillet 1992 *Sté Bethenod* : 495

Cons. Const. n° 92-316 du 20 janvier 1993 : 826, 935, 945

CE Ass. 3 mai 1993, *Assoc. des amis de la Forêt de Saint-Germain et de Marly et autres* : 854

TC 10 mai 1993 *Sté. Wanner Isofi Isolation et Sté. Nersa* : 156

CJCE 22 juin 1993 *Commission des communautés européennes contre Royaume de Danemark, dit « Storebaelt »* : 813, 814

CJCE 27 octobre 1993 *Dr Pamela Mary Enderby c/ Frenchay Health Authority et Secretary of State for Health* : 999

CJCE 17 novembre 1993 *Commission c/ Espagne* : 284

Cour de discipline budgétaire et financière, 15 décembre 1993, *A. et B., service d'information et de relations publiques des armées* : 652

Cons. Const. n° 93-335 21 janvier 1994, DC, *Loi portant diverses dispositions en matière d'urbanisme et de construction* : 945, 949

CJCE 10 février 1994, *Mund et Festern* : 808

CE Sect. 11 février 1994, *Compagnie d'assurances Préservatrice Foncière* : 427, 574

CE Sect. 25 février 1994 *SA Sofap-Marignan Immobilier* :

TA Pau 7 mars 1994 *Schmeltz*, 321

CE 1^{er} avril 1994 *Commune de Reau* : 347

CE 1^{er} avril 1994 *Commune de Menton* : 290

- TA Besançon, 14 avril 1994, *Groupement d'entreprises Bigoni-SMBTP-Livera c/ Syndicat intercommunal des eaux de Champagny* : 740, 832
- CJCE 19 avril 1994 *Gestion Hotelera internacional SA* : 144
- CJCE ordonnance du 22 avril 1994 *Commission c/ Royaume de Belgique* : 218
- CJCE 25 avril 1994 *Gestion hotelera Internacional SA c/ comunidad Autonoma de Canarias et autres* : 246
- CJCE 3 mai 1994, aff. C-328/92 *Commission c/ Espagne* : 216
- CE 25 mai 1994, *Syndicat intercommunal des eaux de Gravelotte et de la vallée de l'Orne* : 521
- CE Ass. 10 juin 1994, *Commune de Cabourg* : 741
- CE 15 juin 1994, *Syndicat intercommunal des transports de la région de Douai* : 693
- CAA Lyon, 29 juin 1994, *Société Trédi* : 656
- Cons. Const. n° 94-346 DC du 21 juillet 1994, *Loi complétant le code du domaine de l'État et relative à la constitution de droits réels sur le domaine public* : 305, 572
- CE 29 juillet 1994 *Commune de Ventenac-en-Minervois* : 1048
- Cons. Const. n° 94-348 DC du 3 août 1994, *Loi relative à la protection sociale complémentaire des salariés et portant transposition des directives n° 92/49 et n° 92/96 des 18 juin et 10 novembre 1992 du conseil des communautés européennes, dite Transposition des directives communautaires* : 788, 935
- CE Sect. 7 octobre 1994 *Epoux Lopez* : 166
- CAA Paris, 11 octobre 1994, *SARL Editor Tennog c/ Communes de Houilles* : 684
- CA Paris, 31 octobre 1994, *UGAP c/ SA CAMIF, Contrat-Concurrence-Consommation* : 896
- Ordonnance du président du Tribunal Administratif de Paris, 2 novembre 1994, *Groupement des sociétés Eiffage, SPIE Batignolles, Fougerolles, SPIE Citra* : 740, 801, 833
- CEDH 9 décembre 1994, *López-Ostra c/ Espagne* : 1007
- Cass. Com. 3 janvier 1995 : 185
- CE 13 janvier 1995 *CCI de la Vienne* : 321 : 861
- CE Sect. 25 février 1995 *SA Sofap-Marignan Immobilier* : 118
- CJCE 4 mai 1995, aff. C-79/94 *Commission c/ Grèce* : 216
- CE 7 juin 1995 *M. Lagourgue et autres* : 376
- CE Sect. 23 juin 1995, *Ministre de la culture et de la francophonie c/ Association « Défense Tuileries »* : 637
- CE 3 novembre 1995 *Société Stentofon Communication et Chambre de commerce et d'industrie de Tarbes et des Hautes-Pyrénées* : 556
- CE 10 juillet 1995, *Contremoulin* / 793
- CE 28 juillet 1995 *Préfet de la région Ile-de-France, préfet de Paris c/ Société de gérance Jeanne d'Arc* : 487
- CE 13 septembre 1995 *Favier* : 322
- CJCE 17 octobre 1995, *Eckhard Kalanke c/ Land de Brême* : 792
- CE 8 décembre 1995, *Commune de Saint-Tropez* : 634
- TC 18 décembre 1995 *Préfet de la Région Ile-de-France* : 321
- ## 1996-1998
- TA Rennes, 30 janvier 1996, *Préfet des Côtes d'Armor c/ SEMIG 22 et département des Côtes d'Armor* : 504
- Cons. Const. n° 96-375 DC du 9 avril 1996, *Loi portant diverses dispositions d'ordre économique et financier, dite Transfert d'entreprises publiques au secteur privé* : 788
- CE 15 avril 1996 *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de Lambesc* : 44, 263, 671, 683
- CEDH 23 avril 1996, *Remli c. France* : 971
- CJCE 25 avril 1996, *Commission c/ Belgique* : 357, 814, 848, 953
- CAA Nancy *Consorts Koenig*, 2 mai 1996 : 324

CE Ass. *Cayzeele* du 10 mai 1996 : 640

CE 10 mai 1996, *Fédération nationale des travaux publics, Fédération nationale du bâtiment* : 1042

CE Ass. 3 juillet 1996 *Koné* : 776

CE Ass. 10 juillet 1996, *Cayzeele* : 306

CEDH 16 septembre 1996, *Gaygusuz c/ Autriche* : 806

CEDH 16 septembre 1996, *Gaygusuz c/ Autriche* : 806

CE 2 octobre 1996, *Commune de Sartrouville* : 970, 974

CE 15 novembre 1996 *Société « Guadeloupe entretien et maintenance »* : 913

CJCE 12 décembre 1996 aff. C-302/94 *The Queen c/ Secretary of State for Trade and Industry, ex parte British telecommunications plc*, 391

CJCE du 12 décembre 1996, 391

Cass. Civ. 1, 17 décembre 1996, *Société Locunivers* : 769

TA Rennes, 5 février 1997, *M. Guy Le Floch* : 878

CE 17 mars 1997, *Syndicat national du béton armé, des techniques industrialisées et de l'entreprise générale* : 144

CAA Bordeaux, 17 mars 1997, *Département de l'Hérault* : 504

CE 19 mars 1997 : *Ministre de l'agriculture, de la pêche et de l'alimentation c/ Sté Bull* : 853

Décision du Conseil constitutionnel n° 97-388 DC du 20 mars 1997 *Fonds de pension* : 935

CAA de Paris 18 avril 1997, *Compagnie Générale des Eaux (CGE)* : 571

CJCE le 29 mai 1997 *Commission c/ République Française* : 225

TPI, 19 juin 1997, *Air Inter SA c/ Commission des Communautés européennes* : 998

TA Lyon, 24 sept. 1997, *Cie européenne des Bains* : 733

CE 3 novembre 1997, *Sté Million et Marais* : 911

TA Versailles, 4 décembre 1997, *Préfet de l'Essonne c/ Département de l'Essonne* : 504

CAA Paris, Plen, 11 décembre 1997, *Syndicat des eaux d'Île-de-France et Compagnie générale des eaux* : 505

CJCE 15 janvier 1998 *Mannesmann Anlagenbau Austria e.a. / Strobal Rotationsdruck GesmbH*, aff : 355, 358, 360 et s., 369, 411, 556

CE 15 janvier 1998 *Syndicat départemental Interco 35* : 640

CE Sect. 29 janvier 1998, *Société Borg Warner* : 933

CE 18 février 1998, *Section locale du pacifique sud de l'ordre des médecins* : 878

CEDH 19 février 1998, *Guerra et autres c/ Italie* : 1007

Cons. Const. n° 98-397 DC du 6 mars 1998, *Loi relative au fonctionnement des conseils régionaux* : 788

CE 27 avril 1998, *Cornette Saint-Cyr et autres* : 933

CJCE 5 mai 1998 *National's farmer's Union ea* : 1026

CE Sect. 20 mai 1998 *Communauté de communes du Piémont de Barr, SDEA du Bas-Rhin* : 268, 517, 738

Cons. Const. n° 98-401 DC du 10 juin 1998, *Loi d'orientation et d'incitation relative à la réduction du temps de travail* : 935

CE 22 juin 1998 *Préfet du Puy-de-Dôme* : 861

CJCE du 14 juillet 1998, *Safety Hi-Tech Srl c/ S. & T. Srl* : 1009

CJCE du 14 juillet 1998, *Gianni Bettati c/ Safety Hi-Tech Srl* : 1009

CE 29 juillet 1998, *Garde des sceaux, Ministre de la Justice c/ Sté Génicorp* : 838

CE 29 juillet 1998 *Commune de Léognan* : 854

Cons. Const. n° 98-403 DC du 29 juillet 1998, *Loi d'orientation relative à la lutte contre les exclusions, dite Taxe d'habitation* : 788

TA Grenoble 7 août 1998, *M. Bernard Betto* : 861

CJCE 17 septembre 1998 *Commission contre Royaume de Belgique* : 311, 352, 815

CJCE 17 septembre 1998, *Commission des communautés européennes contre Royaume de*

CJCE 10 octobre 1998, *BFI Holding* : 355

CE 6 novembre 1998, *Assistance publique – Hôpitaux de Marseille* : 856

CJCE 10 novembre 1998, *Gemeente Arnhem c/ BFI Holding* : 358, 360 et s., 377, 402, 405

Cass. Civ. 12 novembre 1998, *Commune de Moulins* : 166

1999-2000

Cons. Const. n° 98-408 DC du 22 janvier 1999, *Traité portant statut de la Cour pénale internationale* : 802

CE 8 février 1999, *Préfet des Bouches-du-Rhône c/ Commune de la Ciotat* : 442, 569

CE 8 février 1999, *Préfet de Seine et Marne c/ EPA* : 821

CEDH 18 février 1999, *Larkos c/ Chypres* : 806

CE 24 février 1999, *Sté Pro-Nat* : 1029, 1031

CE Ass. 5 mars 1999 *Président de l'Assemblée nationale* : 311

CE 12 mars 1999, *Entreprise Porte* : 824

CE 7 avril 1999 *Commune de Guilberand-Granges* : 262, 268, 275

CE Ass. 9 avril 1999, *Mme Toubol-Fisher, M. Bismuth* : 234, 903

CJCE 29 avril 1999, *Royal Bank of Scotland plc* : 811

CJCE 19 mai 1999, *Commission c/ République française* : 737

CE 14 juin 1999, *Conseil de fabrique de la cathédrale de Strasbourg* : 323

CE 30 juin 1999 *syndicat mixte du traitement des ordures ménagères centre ouest seine-et-*

marnais (SMITOM) : 262, 268, 277, 692, 693, 838

CE 2 juillet 1999, *SA Bouygues et autres* : 740, 912

TC 5 juillet 1999, *Société international management group* : 668

Cons. Const. n° 99-416 DC du 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle* : 935

TC 18 octobre 1999, *Aéroports de Paris* : 911

Cons. Const. n° 99-419 DC du 9 novembre 1999, *Loi relative au pacte civil de solidarité* : 935

CJCE 18 novembre 1999 *Teckal Srl c/ Comune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziata (AGAC) di Reggio Emilia*: 495, 507, 526, 527, 530

CJCE 18 novembre 1999 *Teckal Srl c/ Commune di Viano et Azienda Gas-Acqua Consorziata* : 497

C.Cass. civ. 1^{ère}, 14 décembre 1999 *Société Bretagne Hydraulique c/ M. Dagorn* : 214

Cass. Civ. 1, 14 décembre 1999 : 185

Cons. Const. n° 99-421 du 16 décembre 1999, *Loi portant habilitation du Gouvernement à procéder, par ordonnances, à l'adoption de la partie législative de certains codes* : 715

CE 17 décembre 1999 *Société Ansaldo Industria et SA Bouygues* : 461

Cons. Const. n° 99-423 DC du 13 janvier 2000, *Loi relative à la réduction négociée du temps de travail* : 935

CE 21 février 2000, *Syndicat Sud Travail*, 919

CE 22 mars 2000 *M. et Mme Lasaulce* : 268

CE 29 mars 2000, *Société Fromagerie Le Centurion et autres* : 878

TA Rennes, 28 avril 2000, *Entreprise Jean Lefebvre Normandie* : 912

Cass. Com. 16 mai 2000, *Chambre syndicale nationale des ventes et de services automatiques (NAVSA) contre Société d'économie mixte d'aménagement et de gestion du marché d'intérêt national de la région parisienne (SEMMLARIS)* : 256

Cass. Crim. 14 juin 2000 : 744

CE 21 juin 2000 *Syndicat intercommunal de la Côte d'Amour et de la Presqu'île Guérandaise* : 282, 853

CE 28 juillet 2000, *Commune de Villefranche-de-Rouergue* : 853

CE 28 juillet 2000, *Jacquier* : 821

CE 26 septembre 2000 *Commission c/ France, Région Nord-Pas-de-Calais et département du Nord* : 828

CJCE 26 septembre 2000, *Commission des Communautés européennes contre République française* : 816

CJCE 3 octobre 2000 *The Queen et HM Treasury, ex parte University of Cambridge*: 374

CE Sect, avis, 8 novembre 2000, *Société Jean-Louis Bernard Consultants* : 518, 519, 802, 889, 891, 895

CE 20 novembre 2000, *Commune de Païta* : 340

CJCE 7 décembre 2000, *Luxembourg c/ Parlement et Conseil* : 809, 935

CJCE 7 décembre 2000 *Telaustria Verlags GmbH, Telephonadress GmbH c/ Post & Telekom Austria AG, partie intervenante* : *Herold Business* : 283, 284, 740, 952, 960, 961, 970

2001

CJCE 1^{er} février 2001, *Commission c/ France* : 355, 358, 373, 375, 489

CJCE 4 avril 2001, *EFTA Surveillance Authority/Norway*, 1027

CE 6 avril 2001, *Syndicat national des enseignants du second degré (SNES)* : 776

CJCE 10 mai 2001, *Agora Excelsior* : 355, 357

CEDH 7 juin 2001, *Kress c/ France* : 974

CE 15 juin 2001, *Syndicat intercommunal d'assainissement de Saint-Martin-en-Ré et La Flotte-en-Ré* : 981

CJCE 7 juillet 1992, *Parlement c/ Conseil* : 887

Cons. Const. n° 2001-450 DC du 11 juillet 2001 *Loi portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel* : 892

CJCE, 12 juillet 2001 *Ordine degli architetti delle province du Milano e Lodi, Piero de Amicis, Consiglio nazionale degli architetti et Leopoldo Freyrie c/ Comune di Milano* : 431, 684, 741, 887

CE 27 juillet 2001, *Compagnie générale des eaux* : 658

CE 27 juillet 2001, *Coopérative de consommation des adhérents de la mutuelle assurance des instituteurs de France (CAMIF)*: 497, 802, 802, 803, 834, 887, 923

CE Sect. 5 septembre 2001, *M. Guiavarc'h* : 836

CEDH, 2 octobre 2001, *Case of Hatton and Others c/ The United Kingdom*: 1007

CE 16 octobre 2001 *Compagnie méditerranéenne d'exploitation du service des eaux* : 891

CJCE 18 octobre 2001, *SLAC Construction ltd c/ County Council of the County of Mayo*: 950, 951, 1043

CE ord. 12 novembre 2001, *Commune de Montreuil-Bellay* : 933

CJCE 27 novembre 2001 *Impresa Lombardi Spa – Impresa Generale du costruzioni contre ANAS – Ente nazionale per le strade et Società Italiana per Condotte d'Acqua Spa* : 887, 890

CJCE du 3 décembre 2001, *Bent Mousten Vestergaard c/ Spottrup Boligselskab* : 953

Cons. Const. n° 2001-452 DC du 6 décembre 2001 *Loi portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier (MURCEF)* : 539, 788, 846, 995, 1048

Tribunal administratif de Lyon du 13 décembre 2001 : 891

2002

Cons. Const. n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, *Loi de modernisation sociale* : 936

CE ord. 1^{er} mars 2002, *M. Xavier Bonfils* : 878

TA Melun, 19 mars 2002 *Centre hospitalier Paul Giraud* : 424

CAA Paris, plén. 26 mars 2002, *Sté Jean-Claude Decaux, Contrats et marchés publics* : 684

CJCE 10 avril 2003, *Commission c/ République fédérale d'Allemagne* : 1037

CE ord. 25 avril 2002, *Société Saria Industries* : 880

CE, Avis, 16 mai 2002, *sur les contrats d'exploitation et des installations commerciales sur les aires de services situées sur le réseau autoroutier* : 951

CJCE 18 juin 2002, *Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbh (HI) contre Stadt Wien* : 853

CEDH 18 juin 2002, *Öneriyildiz c/ Turquie* : 1007

CE, Avis, 29 juillet 2002, *Sté MAJ Blanchisseries de Pantin* : 951

Cons. Const. n° 2002-460 DC du 22 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation sur la sécurité intérieure* : 539, 572, 608, 706, 771, 797, 798, 825, 892, 948

Cons. Const. n° 2002-461 DC du 29 août 2002, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice* : 539, 608, 771, 797, 798, 825, 948

CJCE 17 septembre 2002, *Concordia Bus Finland Oy Ab c/ Helsinki Kaupunki* : 1044

TA Amiens, 21 novembre 2002, *Compagnie générale des eaux c/ commune de Saint-Michel* : 521

CJCE 12 décembre 2002, *Universale Bau AG, Bietergemeinschaft : 1) Hinteregger & Söhne Bauges.m.b.H Salzburg, 2) Östüstettin Hoch- und Tiefbau GmbH c/ Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*: 367, 951

2003

Cons. Const. n° 2002-465 DC du 13 janvier 2003, *Loi relative aux salaires, au temps de travail et au développement de l'emploi* : 936

Cons. Const. n° 2003-466 DC du 20 février 2003, *Loi organique relative aux juges de proximité* : 802

CJCE 27 février 2003, *Adolf Truley GmbH contre Bestattung Wien Gm.* 365

CE Ass. 5 mars 2003, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris* : 343, 511, 551, 775, 907, 934

TPI 6 mars 2003, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale c/ Commission* : 531

CE ordonnance du 14 mars 2003 *Commune d'Evry* : 879

CE 2 avril 2003, *Gaec le Haut de l'Isle – établissements horticoles Foulon-Blondel et autres* : 877

CE 28 avril 2003, *Fédération nationale des géomètres experts et a* : 511, 828, 951

CE 28 avril 2003, *Fédération française du bâtiment* : 919

CE 28 avril 2003, *Fédération française des entreprises gestionnaires de services aux équipements à l'énergie et à l'environnement et autres* : 958

CJCE 22 mai 2003, *Arkkitehtuuritoimisto Riitta Korhonen Oy, Arkkitehti-toimisto Pentti Toivanen Oy et Rakennuttajatoimisto Vilho Tervomaa contre Varhkauden Taitotalo Oy* : 362 et s.,

CJCE 22 mai 2003, *Connect Austria* : 523

CE 23 mai 2003 *Communauté de communes Artois-Lys* : 518

CE 6 juin 2003, *Société Rasquer Sport* : 877

Cons. Const. n° 2003-473 DC du 26 juin 2003 *Loi habilitant le gouvernement à simplifier le droit* : 537, 539, 573, 608, 706, 707, 708, 713, 747, 771, 779, 788, 791, 797, 798, 801, 846, 847, 849, 940, 941 947, 948, 985, 988, 990, 999

CAA Nantes, 27 juin 2003, *Communes de Contres* : 911, 918

CE 9 juillet 2003 *Fédération française des entreprises gestionnaires de services, aux équipements, à l'énergie et à l'environnement et autres* : 526, 527

CJCE 9 septembre 2003, *Montesanto Agrocoltura Italia* : 1026

CJCE 16 octobre 2003, *Espagne c/ Commission* : 362

CJCE 16 octobre 2003, *Traunfellner GmbH c/ Österreichische Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierung AG (Asfinag)*: 958

CJCE 16 octobre 2003, *Traunfellner GmbH c/ Österreichische Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierung AG (Asfinag)*: 951

CE 22 octobre 2003, *M. Patrice X* : 878

CE 19 novembre 2003 *Ville de Nîmes c/ Sté Dalkia France* : 828

CJCE 4 décembre 2003, *EVN AG et Wienstrom GmbH c/ Republik Österreich* : 953

Cons. Const. n° 2003-486 DC du 11 décembre 2003, *Loi de financement de la sécurité sociale pour 2004* : 936, 937

CJCE 4 décembre 2003, *EVN AG* : 1036, 1031

CE 17 décembre 2003, *EURL Ecosphère et autres* : 880

Cons. Const. n° 2003-487 du 18 décembre 2003, *Loi portant décentralisation en matière de revenu*

minimum d'insertion et créant un revenu minimum d'activité : 936, 937

2004

CJCE du 5 février 2004, *Commission des Communautés européennes c/ République française* : 1026

CAA Lyon du 29 mars 2004 : 518

Cass. Crim. 30 juin 2004 : 747

CE 19 octobre 2004 *Jean-Pierre Sneur et autres*, 398, 434, 516

INDEX NOMINUM

Les numéros renvoient aux paragraphes

- ALIBERT, Raphaël
321, 458, 872, 889
- ALIBERT, Thierry
929
- ALLAND, Denis,
774, 862, 882, 898
- ARNOULT, Joël
283
- ARRIGHI,
650
- ARROWSMITH
391
- AUBY, Jean-Bernard
262, 290, 474, 510, 516, 537, 557,
558, 573, 706, 797, 940
- AUBY, Jean-Marie
84, 101, 109, 151, 156, 164, 422,
448, 459, 571, 579, 840, 933
- AUCOC, Léon
10, 75, 198, 254, 315, 439, 590,
621, 673, 865, 866
- BATBIE, Anselme
10, 113, 180, 254, 303
- BAZEX, Michel
486, 911
- BECHILLON, Denis
740
- BEDOS, Gérard
896
- BERGEAL, Catherine
282, 692, 838, 856
- BERGERES, Maurice-Christian
218
- BERNARD-CHATELOT, Jean
495, 608
- BERTHELEMY, Henri
303
- BETTINGER, Christian
257, 283, 285, 459, 646
- BEZANCON, Xavier
143
- BIENVENU, Jean-Jacques
946
- BIGOT, Grégoire
14, 70, 333, 560
- BIRNIE, P.W.
1004
- BLANQUET, Marc
997
- BLOCH, Georges-Philippe
91, 120
- BLUMANN, Claude
808, 887, 997
- BOITEAU, Claudie
268, 506, 692, 838, 974
- BOIZETTE, Edith
152, 293, 641
- BON, Pierre
84, 101
- BONNARD, Roger

- 152, 293, 641
- BOUCHERY, Robert
967, 969
- BOUFFET, Gabriel
180
- BOULOUIS, Jean
997
- BOYLE, A.E.
1004
- BRACONNIER, Stéphane
12, 143, 424, 431, 488, 497, 558,
569, 572, 684, 685, 741, 869, 740
- BRAIBANT, Guy
87, 656, 716
- BRECHON-MOULENES, Christine
7, 133, 144, 165, 216, 225, 227,
263, 355, 358, 411, 427, 715, 740, 801,
832, 903, 917, 918, 929, 942, 959, 969,
976, 981, 982, 983
- BRENET, Bernard
497
- BRENET, François
599, 684
- BRIAL, Fabien
685
- BURDEAU, François
14, 114, 620
- BUREAU, Dominique
718
- CABANES, C
684
- CABANTOUS, Louis Pierre François
10, 180, 335
- CANEDO, Marguerite
447, 448, 450, 455, 463, 475
- CANTIER, Bruno
- 952
- CAPITANT, René
116, 120, 139
- CARBONNIER, Jean
81, 83, 88
- CARO, Joseph
942
- CARRON, Olivier
557
- CARTOU, Louis
997
- CASAS, Didier
343, 448, 469, 520, 529, 551, 775,
907, 934
- CASSIA, Paul
775, 802, 808, 811, 834, 887, 923
- CAUDAL, Sylvie
989
- CHABANOL, Daniel
441, 495, 497, 569, 974
- CHAPUS, René
10, 40, 84, 106, 116, 118, 120, 156,
164, 280, 288, 409, 620, 633, 680, 776,
891, 970
- CHARBIT, Nicolas
218
- CHENOT, Bernard
19
- CHEROT, Jean-Yves
355, 706, 825, 892
- CHEVALLIER, Jacques
161, 769, 840, 942, 976
- CHEVALLIER, Roger-Michel
997
- CHRISTOPHE-TCHAKALOFF, Marie-
France

- 792, 794, 796
- CHRISTOPHLE, Albert
10, 70, 75, 79, 113, 114, 332, 345,
515
- CLAPIE, Michel
556
- CLERGERIE, Jean-Louis
997
- COLIN, Jean-Pierre
156, 293, 448, 459, 814
- COMBARNOUS, M
87, 343
- CONNOIS, René
315
- CORMENIN, Louis-Marie de LAHAYE
(Vicomte de)
335
- CORNU, Gérard
84, 238, 339, 453, 625, 699, 788
- COSSALTER, Patrice
143, 268
- COUTAUD, André
123, 319, 869
- CRISTINI, R
885
- DAHLGAARD DINGEL, D
557
- DAL FARRA, Thierry
745
- DANDELOT, Marc
165, 903
- DANIS-FATOME Anne
625
- DE SOTO,
278
- DEGOFFE, Michel
518, 891
- DELACOUR, Eric
891
- DELAIRE, Yves
44, 263
- DELCROS, B
308, 311, 422, 571
- DELELIS, Philippe
343, 448, 526, 527, 529, 551, 775,
832, 907, 934
- DELPIERRE, J.-J.
223
- DELUZ, Sophie
828
- DELVOLVE, Pierre
4, 6, 12, 93, 95, 107, 205, 262, 280,
285, 307, 319, 329, 343, 360, 384, 417,
425, 447, 458, 460, 462, 486, 526, 527,
538, 546, 551, 556, 594, 606, 631, 640,
641, 646, 651, 657, 680, 684, 755, 760,
776, 779, 788, 789, 869, 870, 871, 872,
875, 876, 879, 911, 927, 929, 942, 953.
- DENAGISCARDE, Camille
321
- DESGRANGES, Edouard
185
- DEVES, Claude
376, 486, 861
- DIDIER, Pierre
557
- DONNAT, Francis
343, 469, 529, 551, 775, 907, 934
- DOUENCE, Jean-Claude
290, 320, 474, 510, 671
- DRAGO, Guillaume
887

- DRAGO, Roland
164, 315, 862, 938, 974
- DREYFUS, Jean-David
128, 262, 365, 511, 515, 518, 625,
684, 891, 951
- DROUOT, Guy
942
- DUBIN, Laurence
824
- DUBOUIS, Louis
808, 997
- DUCROCQ, Théophile
10, 180, 254, 303, 309, 315, 316,
621
- DUFAU, Jean
79, 87, 91, 101, 114, 120, 166, 262,
285, 412, 427, 459, 574
- DUFOUR, Gabriel
113, 323, 332, 335
- DUGUIT, Léon
304, 502, 579, 625, 627, 629, 638,
641, 646, 926, 937
- DURAND, Guy
321
- ECKERT, Gabriel
367, 518, 891, 952
- EISENMANN, Charles
771
- EMERY, Cyrille
905
- ESPUGLAS, P
770
- ETTORI, Charles
716
- FABRE, Francis-J
138
- FASQUELLE, Daniel
997
- FATÔME, Etienne
28, 320, 410, 412, 420, 422, 427,
510, 516, 537, 570, 571, 572, 706, 708,
741, 797, 861, 940
- FAURE, Michael
898
- FAVOREU, Louis
339, 770, 796, 827, 862, 875, 892,
935, 941, 946
- FLAMME, Ph
848
- FLANDRIN, Roger
608
- FLOGAÏTIS, Spyridon
625, 639
- FLORY, Thiébaud
557
- FOMBEUR, Pascal
268, 311, 517, 738
- FOUASSIER, Christophe
283, 286, 392, 646
- FOUCART, Emile-Victor
10, 180
- FOURRE, J
156, 293, 448, 459, 876
- FRANCOIS, Monique
942
- FRATACCI, Michel
475, 1043
- FROMONT, Michel
588
- GARRIGOU-LAGRANGE, Jean-Marie
485
- GAUDEMET, Eugène

638

- GAUDEMET, Jean
21
- GAUDEMET, Pierre-Marie
941
- GAUDEMET, Yves
10, 88, 165, 252, 360, 476, 482,
520, 537, 551, 593, 595, 621, 638, 770
- GENEVOIS, Bruno
343, 551, 770, 788, 800, 845, 933,
974
- GHESTIN, Jacques
625, 628
- GILLI, Jean-Paul
161
- GIRARDOT, Thierry-Xavier
306, 640, 683, 690
- GLENARD, Guillaume
683
- GLIOZZO, Thomas
367, 952, 1048
- GOHON, Jean-Pierre
898, 903
- GRAVIER, Laurent
915
- GROS, Manuel
1027
- GROVE VALDEYRON (de), Nathalie
218, 811
- GRUBER, Annie
997
- GUEZOU, Olivier
12
- GUGLIELMI, Gilles
303, 615
- GUIBAL, Michel
123, 161, 437, 505, 552, 717, 925,
942, 972, 983
- GUYOMAR, Mattias
414, 518, 891, 911
- HAÏM, Victor
475, 487, 606, 635, 684
- HAURIOU, André
87, 116, 184
- HAURIOU, Maurice
82, 87, 116, 118, 180, 184, 190,
198, 254, 257, 304, 305, 309, 310, 311,
315, 321, 335, 427, 434, 619, 625, 674,
679, 685, 693
- HUBRECHT
510
- HUET, Jérôme
472
- HUET, Michel
476
- ISRAEL, Jean-Jacques
869, 885
- IZORCHE, Marie-Laure
453
- JANICOT, Laëtitia
486
- JEZE, Gaston
11, 24, 64, 65, 70, 75, 108, 118,
180, 204, 254, 257, 303, 305, 328, 329,
345, 427, 428, 590, 622, 674, 676, 679,
685, 693, 755, 989
- JORION, Benoît
414, 415
- JOSSAUD, Alain
596
- JOSSE, P.L.

- 76, 119, 121, 156, 293, 448, 459,
872
- JOUANJAN, Olivier
783
- JOUVE, Elzéar-Elie
4
- KAHN, Jean
4
- KARPENSCHIF, Michaël
361
- KELSEN, Hans
625, 783, 792
- KING M
557
- KIRAT, Thierry
898
- LABETOULLE, Daniel
44, 510, 928
- LAGUERRE, Alain
745, 910
- LAIDIE, Yann
518, 891, 911
- LAMBERT, Christian
769, 816
- LASSERRE, Bruno
942
- LASVIGNES, Serge
290, 741
- LAUBADERE (de), André
4, 12, 20, 24, 76, 164, 204, 205,
262, 280, 285, 317, 319, 329, 447, 458,
460, 462, 594, 627, 631, 641, 646, 651,
656, 657, 680, 755, 760, 869, 929
- LAURENT, Dominique
641
- LAVIALLE, Christian
- 101, 103, 770
- LEBEN, Charles
774, 783, 788
- LENOIR, Noëlle
942
- LEPAGE, Corinne
168, 715, 770
- LEPETIT-COLIN, Hélène
232
- LESGUILLONS,
557
- LICHERE, François
455, 461, 516, 537, 573, 706, 716,
791, 797, 940
- LIEGEOIS, Jules
10, 180, 335
- LIENEMANN, Ralf
587
- LIET-VEAUX, Georges
87, 120, 139, 262
- LINDITCH, Florian
304, 305, 448, 469, 516, 529, 537,
573, 706, 797, 940, 992, 1031, 1036
- LINOTTE, Didier
865, 885, 889, 891, 924
- LLORENS, François
4, 132, 144, 156, 183, 216, 246,
256, 263, 288, 422, 431, 459, 462, 472,
475, 476, 497, 516, 529, 537, 572, 573,
644, 684, 706, 741, 797, 802, 816, 834,
848, 860, 861, 876, 887, 913, 923, 940,
942
- LOMBARD, Martine
417, 427, 507, 811, 887
- LONG, Marceau
268, 275, 771
- LOSCHAK, Danièle

- 882
- LOY, Michaël
557
- LUCCHINI, Laurent
1004, 1005, 1023
- LUCHAIRE, François
770, 776, 788
- MACAREL, L.M.
303
- MALAPERT, Pierre-Antoine-Frédéric
14, 45, 50, 64, 209, 329, 439, 560,
590, 669, 676
- MALAURIE, Philippe
451, 597
- MANIN, Philippe
557
- MARCOU, Gérard
304
- MATHIEU, Bertrand
715, 827, 892
- MATTARELLA, Bernardo Giorgio
717
- MATTERA, Alfonso
536, 715, 953
- MAUGÜE, Christine
5, 133, 225, 230, 234, 262, 358,
364, 424, 437, 438, 441, 445, 474, 482,
487, 495, 518, 552, 683, 684, 740, 741,
832, 853, 854, 860, 861, 908, 913, 915,
929, 930, 938, 951, 952, 966
- MAURER, Hartmut
588
- MENEMENIS, Alain
363, 365, 367, 448, 469, 498, 511,
516, 526, 529, 537, 551, 573, 608, 684,
706, 712, 775, 797, 907, 934, 940, 951,
952
- MESCHERIAKOFF, Alain-Serge
275, 745, 747
- MESTRE, A
152, 293
- MESTRE, Jacques
942
- MESTRE, Jean-Louis
14, 873, 890
- MICHOUD, Léon
304, 305, 309, 315, 316, 321
- MIGEON, Pierre
120
- MODERNE, Franck
4, 12, 107, 151, 156, 161, 205, 222,
223, 232, 262, 268, 280, 285, 288, 321,
329, 447, 458, 460, 462, 476, 492, 510,
515, 594, 631, 632, 633, 634, 635, 641,
646, 651, 657, 680, 755, 760, 778, 929,
933
- MOLHO, Jacques
608, 924
- MONNIER, François
14
- MONTMERLE, Jacques
166
- MORAND-DEVILLER, Jacqueline
945, 1011
- MORANGE, Georges
977
- MOREAU, Jacques
288, 410, 412, 510, 572, 928
- NGUYEN, Nathalie
568
- NGUYEN QUOC, Vinh
350
- ODENT, Raymond
460, 838

- OGUS, Anthony
898
- PAITRE, Jean-Pierre
684
- PANCRAZI, Gérard
745
- PERIER, Léon
180
- PERINET-MARQUET, Hugues
427
- PEYRICAL, Jean-Marc
526, 692, 838
- PICARD, Etienne
238, 935, 938
- PIGNON, Sophie
262, 1044
- PLESSIX, Benoît
14, 173, 195, 333, 447, 595, 628,
632
- POCHARD, Marcel
312
- POUJADE, Bernard
556
- POUYAUD, Dominique
166, 510, 632, 826, 832, 946, 949
- PREAT, David
44
- PREBISSY-SCHNALL, Catherine
12, 744, 749
- PRIEUR, Michel
101, 1011, 1012, 1015
- PRIEUX, Henri
685
- RAINAUD, Jean-Marie
- 885
- RAMBAUD, Patrick
495, 997
- RAMBAUD, Thierry
776
- RAPP, Lucien
262, 268, 535, 557
- REGLADE, Marc
190
- RENAUDIN, Noël
957
- RIALS, Stéphane,
774, 862, 882, 898
- RICHER, Laurent
4, 12, 28, 123, 128, 227, 229, 238,
276, 280, 283, 284, 290, 311, 322, 355,
358, 367, 369, 410, 445, 448, 450, 457,
483, 515, 516, 521, 523, 537, 556, 572,
594, 602, 631, 637, 655, 696, 705, 706,
708, 741, 752, 755, 760, 797, 860, 908,
934, 940, 952, 989, 1046, 1051
- RIDEAU, Joël
809
- RIVERO, Jean
1, 19, 22, 776, 862
- ROBIN-OLIVIER, Sophie
808, 816
- ROLLAND, Louis
288, 572, 573
- ROMI, Raphaël
1011, 1013, 1040
- ROUAULT, Marie-Christine
427
- ROUSSET, Olivier
641
- ROUQUETTE, Rémi
12, 143, 230, 476, 489, 536

- ROUVILLOIS, Frédéric
556
- ROUX, Richard
915
- SABIANI, François
288
- SABLIÈRE, Philippe
427, 574
- SANDS, Philippe
1004, 1017
- SAVIGNAT, Rémy
44, 263, 683
- SAVOIE, Henri
903
- SAVOYE, José
744, 746
- SAVY, Robert
862, 873
- SCHWARTZ, Rémy
257, 275, 684, 716, 741, 832, 950,
953
- SEGONE de, Roger
212
- SELINSKY, Véronique
770
- SERRIGNY, Denis
113, 117, 322, 331, 332, 335, 345,
560
- SESTIER, Jean-François
396, 535, 552, 724, 770
- SFEZ, Lucien
22
- SILLARD, Pierre
293, 456
- SOLER-COUTEAUX, P
216, 516, 529, 537, 573, 706, 741,
797, 940
- SOUBELET, Laurent
596
- SOUSSE, Marcel
573, 806
- STAHL, Jacques-Henri
911
- STIRN, Bernard
933, 942
- SUBRA DE BIEUSSES, Pierre
942
- SYMCHOWICZ, Nil
12, 536, 571, 606
- TAILLEFAIT, Antony
493, 495
- TENAILLEAU, François
408
- TERNEYRE, Philippe
634, 640, 641, 671, 683, 740, 845,
848, 853, 861, 887, 913, 927, 929, 933,
935, 942, 952
- TERRE, François
89, 91, 92, 451, 625, 644
- TESSIER, Alain
516, 537, 573, 706, 735, 797, 940
- TROIZIER, Arnaud
952
- TROLLEY, Alfred
335
- TRUCHET, Didier
120, 121, 151, 263, 288, 572, 770
- VALADOU, Patrice
360
- VAN LANG, Agathe
1011, 1039

VEDEL, Georges

278, 776, 788, 798

VERGE, Emmanuel

212

VIDAL, Laurent

268, 275, 277, 692, 838

VIGNON, Eugène-Jean-Marie

562

VILLEY, Michel

625

WALINE, Jean

267, 625

WALINE, Marcel

19, 87, 93, 108, 151, 257, 262, 267,
277, 278, 305, 316, 410, 456, 656

WEIHRAUCH, Oliver

587

ZIMMER, Willy

1037, 1038

INDEX RERUM

A

A titre onéreux : 28, 469, 482, 509, **602**,
611, **682**, 686, 698

Abus de position dominante

v. Position dominante

Accord

-- de volontés : 618, 627, **628 et s.**, 636,
637, 641, 642

-- sur les marchés publics (AMP) : 557,
958

-- verbal : 655

Acte détachable : 422, 804, **830 et s.**,

Action « pour le compte de... » : 422,
453, 460, 462, 466, 945, 977

Adjudication : 23, 48 et s., 64, 70, **195 et s.**, **199 et s.**, 316, 326 et s., 335 et s.,
345, **560 et s.**, 590, 865 et s., 869,
938, 969, 986, 1036

Affermage : **280 et s.**, 441, 733

Affichage

v. Publicité

Aides publiques économiques : 374

Aléas d'exécution : **679**, **693 et s.**

- Imprévision : 685, 760

Allemagne 587, 1037 et s.

Allotissement : 710, 762, 825

Amortissement : 998

Annulation du contrat : 198, 347, 804 ,
857, 971,

Appel d'offres

- Avis d'appel à la concurrence : 820, 821,
826, 854, **903**, 991

- Avis de préinformation : 732, 828

- Avis pour douze mois : 828

- Commission d'appel d'offres : 853, 861,
899, 901, **929**, 966

- Définition des besoins : **359 et s.**, 832

- Information des candidats : 735, 753

v. publicité

- Normes : 234, 361, 701, 762, 958, 1018,
1039 et s.

- Variantes : 896, 958, 993

Arbitrage :

Architecte : 109, 143, 243, 872

Argent public : 324, 350, 374, 437, **443 et s.**, 523, 564, 577, 580, **974**, 989,
993, 995

Armée : 176, 210, 216

Assemblée parlementaire : **311**, 340, 353

Assistance technique : **514 et s.**, **523 et s.**, 532, 1042,

Associations

-- de propriétaires : **322**

Assurances : 231 et s., 238

Autorisation

-- de contracter

-- d'occupation temporaire (AOT)

Autorité administrative indépendante :
312, 353

-- de la commande publique : **749 et s.**

Avantage injustifié : 745, 747, 748, 860,
918, 964

v. Délit de favoritisme

Avenant : 505, 634, 725, 760, 763, 861,
982

Avis d'appel public à concurrence : 838, 991, 993

Avis de préinformation : 732, 828

B

Bail

-- emphytéotique administratif (BEA) : 747

Notion : 427 et s.

Montage complexe (v. Contrat)

- crédit bail immobilier (*v. le terme*)

Banque de France : 417 et s.,

Bâtiment : 48, 137, 328, 1018

Besoins de la personne publique : 869

Biens

-- de retour : 428, 463

-- de reprise : 463, 475

Bonne foi : 761

Bouleversement de l'économie du contrat : 861

C

Cahier des charges : 115, 193, 223, 629, 640, 845, 852 et s., 1051

Candidatures : 930

- Procédures électroniques : 659

- Redressement judiciaire : 982

Cantine scolaire : 1050

Caractère onéreux : 28, 128, 276, 431, 469, 471, 482, 509, 611, 682, 686, 698 et s.

Caserne : 48

Centrale d'achat : 347, 493 et s., 496 et s., 500, 555, 995

Chambres professionnelles : 321 et s.

Chambre régionale des comptes : 966

Choix

-- du cocontractant : 45, 221, 844, 852, 971, 982, 1040 et s.

-- économiquement intéressant : 58, 896, 993, 999

- libre -- : 76, 199

Clause

-- exorbitante : 456

Code de la commande publique : 13, 702, 713 et s., 726 et s.

Code général des collectivités territoriales (CGCT) : 339, 504, 716, 726, 742

Codification : 21, 123, 535, 585, 716 et s., 718 et s.

v. Code de la commande publique

Commission supérieure de la -- : 714, 716

Comité consultatif de règlement amiable des litiges : 165

Commande publique :

- Définition : 602

trop d'entrées pour être répertorié

Commanditaire : 501, 523, 528, 610, 660 et s.,

Commandité : 665, 700, 734

Commission d'appel d'offres :

v. Appel d'offres

Communication interprétative

- Concession : 283 et s

- Principes : 811, 953, 998

- Environnement : 1009, 1036, 1052

Complexité

v. Rationalisation

Conception-réalisation

v. Marchés

Concession

-- d'aménagement : 465 et s, 722

- - de plage : 458
- - d'endiguage : 107
- - de travaux publics
 - notion au sens interne* : 68
 - notion au sens communautaire* : 169, 272 et s., 397, 439
- de service
 - notion au sens interne (de service public)* : 208, 251 et s., 261 et s.
 - notion au sens communautaire* : 208, 261 et s., 270 et s., 283 et s., 441, 647, 733, 741, 827 et s.
- - hydrauliques : 116
- - distinction d'avec les marchés : 4, 23, 460 et s., 475, 590, **675 et s.**
- - et MOP : 428 et s.

Concessionnaire mandataire : 156

Concours : 143, 199, 241,

Concours technique

v. Assistance technique

Confiance légitime : 198

Continuité du service public : 280, 572, 675, 859, 982

Contrat

v. concession

- - administratif : 156, **160 et s.**, 202, **204 et s.**, 251, 293, 319, 434, 456 et s., 510 et s., 621 et s., 649 et s., **755 et s.**, 765 et s.
- - administratifs spéciaux : **594 et s.**
- - d'adhésion : 285, **629 et s.**, 647, 930
- - d'aménagement : 256, 465 et 466, 741
- - de délégation de service public,
 - v. Délégation de service public*
- - d'entreprise : 22, 31, 53, 132, 173, **182 et s.**, 214, 238, 422, 502, 564, 608
- - de partenariat : 7, 19, **285, 396 et s.**, **425 et s.**, 434, 440, 512 et s., 516, 537, 599, 606, 616, 662, 699, 702, 733, 742, **950**
- - entre personnes publiques : 510, 517, **531 et s.**, 555, 908
- - « in House »,
 - v. - contrats maison*
- - de la commande publique
 - v. Commande publique*
- - maison : **525 et s.**

- - de mandat,
 - v. Mandat*
- Nullité du - (*v. terme*)
- - d'occupation du domaine public, 572, 599, 765
- - nommés : 7, 421, 536, 568, 603, 609 et s., 741
- - spéciaux (*v. contrats administratifs spéciaux*)
- - synallagmatique : **626 et s.**, **643 et s.**, 741
- Accord de volonté (*v. le terme*)
- Clauses (*v. le terme*)
- Équilibre financier du - (*v. le terme*)
- Forme du - (*v. le terme*)
- Marché (*v. le terme*)
- Montage contractuel complexe : 441, 536, 682, 741
- « Private Finance Initiative » (PFI) (*v. le terme*)
- Union (*Vereinbarung*) (*v. Terme*)
- Tiers (*v. Terme*)

Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme : 805 et s., 808

Convention d'aménagement

v. Contrat d'aménagement

Convention de délégation de service public

v. Délégation de service public

Corruption : 562, 564, 744, 792, **826 et s.**, 969, **973 et s.**

Crédit-bail immobilier : 214, **423 et s.**, 537, 567 et s., 684, 711, 791

D

Délégation de service public

v. Affermage

v. Commande publique

v. Concession

v. Mise en concurrence

v. Principes

v. Régie intéressée

- Contrats de gérance : 275

- Contrats de partenariat : 396 et s., **604 et s.**

- – Délégation et concession : 257
- Distinction avec le marché public : **268 et s.**, 590
- Écrit : 656
- Égal accès : 800 et s.
- Égalité de traitement : 858 et s.
- Liberté contractuelle : 928 et s.
- Libre concurrence : 891 et s.
- Loi MURCEF : 268, 506, 616
- Loi Sapin : 262
- Maîtrise d'ouvrage public : **428 et s.**
- Mandat de la commande publique : 470 et s., **474 et s.**, 480
- Prix (*v. le terme*)
- Notion de service : **263 et s.**
- Rémunération : **669 et s.**
- Risque (*v. le terme*)
- Transparence : 955 et s.

Délit de favoritisme : 745 et s., 971, 973
v. Avantages injustifiés

Dématérialisation : 659, 725, 992

Deniers publics : 28, 37, 64, 195, 296,
374, 662, 664, 985, 988

Développement durable
v. Principes environnementaux

Dialogue compétitif : 241, 584, 980, 992

Distinction contrat de délégation de service public et marché public
v. Délégation de service public
v. Prix
v. Rémunération
v. Risque

Domaine public
- Occupation du – : 572 et s., 765,

Droit de la commande publique
v. Commande publique

Droits exclusifs et spéciaux : 389, 391,
401 et s., 445, 531, 663

Droits subjectifs : 305 et s., 629 et s., **639 et s.**

Durée du marché : 253, **258 et s.**, 280 et s., 427 et s., 679 et s., 695, 998, 1016

E

Échelle de mise en concurrence : 579 et s.

« **Écran législatif** » : 804

Écrit : 961
- Droit – : **843 et s.**

Efficiency : 898, **985 et s.**, **994 et s.**, 1000, 1016, 1049

Égalité

- – d'accès : 735, **784 et s.**, **795 et s.**, **800 et s.**, **810 et s.**, **818 et s.**, **840 et s.**, 893, **918 et s.**, **922 et s.**, 947 et s., 1021, 1047 et s.

- – de traitement des candidats : 284, 788, 793, 798, 806, **810 et s.**, 824, 832, **840 et s.**, **850 et s.**, 923 et s.

- – de traitement en droit communautaire : **848 et s.**, **952 et s.**

Ententes : 883 et s., 908, 913, 916

Environnement

v. Principes environnementaux

EPA : 321, **318 et s.**, 410, 412

EPIC : 151, 296, **318 et s.**, 357, **400 et s.**, 412, 494

Équilibre financier du contrat : 505

F

Favoritisme

v. Délit de favoritisme
v. Avantage injustifié

Financement : 166, 233, **249 et s.**, 259, **360 et s.**, **374 et s.**, 415, 423 et s., 443 et s., 460, 481 et s., 697 et s., 742

Forme du contrat : 613 et s., 645, 651, **657 et s.**

Fortification : 48,

Fourniture : 208 et s
v. Marché

G

Généalogique
v. Méthode

General procurement agreement
v. Accord sur les marchés publics

Gérance
- Contrat de gérance : **275 et s.**, 474

Gestion déléguée
v. Délégation de service public

Grand stade : 256, 568, 801, 833

Groupement de commandes : **493 et s.**,
762, 916, 995

Groupement d'intérêt public (GIP) :
349, **414 et s.**

H

Hypothèques
- *v. BEA*

I

Impartialité : 802, 844, 950, 966, **969 et s.**

Imprévision
v. Théorie de l'imprévision

Inaliénabilité du domaine public : 573

Influence publique : 28, 438, 543, **663 et s.**

Information des candidats : 753, 900,
976, 998, **1021 et s.**
v. Avis de préinformation

« **In house** »
v. « Contrat-maison »

Intuitus personae : 221, 229, 233, 235,
257, 448, 469, 484, 929, 971, 980

Investissement : 254, 257, 276, 280, 462,
515, 568, 691, 998, 1033, 1018

L

Langue française : 657, **658**

« **Lease** » américain : 569
- *v. Crédit bail*

Liberté d'accès : 745 et s., 748, 875, **918 et s.**,
924, 946, 964, 968, 984, 1021, 1047, 1049

Liberté contractuelle : 219, **565 et s.**, **570 et s.**,
926 et s., **932 et s.**, **937 et s.**, 980

Liberté d'entreprendre : 534, 781, 862 et s.,
871 et s., 880, 919, 937

Liberté du commerce et de l'industrie :
863 et s., **872 et s.**, 919

Location avec option d'achat : 684, 698,
711, 791

Loi de Rolland : 288, 572

Lots :
v. Allotissement

M

Maîtrise d'œuvre : 223, 243, 466, 479,
488, 491, 655, 663, 872

Maîtrise d'ouvrage public : 742, 995
v. Crédit-bail immobilier
v. Délégation de service public
v. Vente en l'état futur d'achèvement

Mandat : 276, **447 et s.**

Manquement : 740, 792, 832, 913 et s.

Marché
- - à bons de commande

- - de conception-réalisation : 144
- - de définition
- - d'entreprise de travaux publics : 569, 441
- - de fourniture : **185 et s., 188 et s.,** 190 et s., **203 et s., 208 et s.,** 307, 329 et s., **334 et s.,** 502, 504, 529, 544, **649 et s.,** 666, 669, 823, 1050
- - négocié : 234, 488, 653, 821 et s., 906, 977, 979, 995, 999, 1024, 1037 et s.
- - à objet composite : **141 et s.**
- - de service : 132, **188 et s.,** 238, **249 et s.,** 276, 424, 469, 474, 482, 484
- - de travaux : **36 et s.,** 74 et 75, 107, 115, **127 et s., 131 et s., 141 et s., 151 et s.,** 157, 186, 228, 244 et s., 276, 350, 397, **423 et s.,** 571, 709, 1016, 1050

Marché public :

trop d'entrées pour être répertoriées
v. *Marché*

Matières contractuelles

v. *Contrat*

Méthode : 18 et s., 543 et s**Mieux-disant : 564, , 986, 988, 991, 993, 1049****Mission interministérielle d'enquête sur les marchés publics et les délégations de service public (MIEM) : 749 et s., 965****Mobilier urbain,**

v. *Contrat*

Mode de rémunération

v. *prix*

Modification du contrat

v. *Avenant*

- Modification unilatérale : 759, 982

Moins-disant :

v. *Mieux-disant*

Monopole : 221, 361, 390 et s., 531, 885, 888 et s., 911, 989**Montage contractuel complexe**

v. *Contrat*

N**Négociation : 584 et s., 762, 854, 931, 980 et s.**

v. *Marché négocié*

Nomenclature :

- NACE : **137 et s.**

- CPV : **137 et s.**

Non-discrimination : 524, 805 et s., 952 et s.,**Normes : 361, 701, 958, 1004, 1018, 1039 et s.,****O****Objet composite**

v. *Marché à –*

OMC : 557,

v. *Accord sur les marchés publics*

Opérateurs : 507 et s. 528, 564, 571, 682, 751, 815, 898, 900, 909, 1023**Organisation mondiale du commerce**

v. *OMC*

P**Partenariat public-privé**

- v. *Contrats de partenariat*

Personne privée : 157, 162, 205, 293, 307, 380, 403, 407 et s., 434 et s., 446 et s., 485 et s., 503 et s., 624, 663 et s.**Personne publique : 298 et s., 510 et s.,**
v. *Contrat entre personnes publiques***Pollueur-payeur : 1006 et s., 1017 et s.****Position dominante : 883 et s., 908****« Pour le compte de »**

v. Action « pour le compte de »

Pouvoir adjudicateur

- Association de – : **377 et s.**
- Notion de – : **350 et s.**, 367
- Centrale d'achat : 499
- Contrat-maison : 527, 529
- Contrat entre pouvoirs adjudicateurs : 531

Pré-information

v. Information des candidats

Prestation intégrée

v. « Contrat-maison »

Principe

- v. Confiance légitime*
- v. Liberté contractuelle*
- v. Liberté du commerce et de l'industrie*
- v. Liberté d'entreprendre*
- v. Non discrimination*
- – d'efficacité : **985 et s.**, 1000, 1016, 1049
- – d'égalité
 - v. Égalité*
- – d'égalité de traitement
 - v. Égalité*
- – de participation : 1020, **1021 et s.**
- – de précaution : **1025 et s.**, 1031, 1050
- – de transparence des procédures : 892, 941, **942 et s.**, 1023
- – environnementaux : **1000 et s.**
 - v. Pollueur payeur*

Prise illégale d'intérêts : 744

Prison : 132

« Private Finance Initiative » (PFI) : 143

Prix

- Critère du – : 249, 253, 268, 272, 276, 397, 428, 442, 494, 505, 509, 515, 560 **669 et s.**

Publication

v. Publicité

Publicité

- – par affichage : 900
- v. Avis d'appel public à la concurrence*
- v. Information*

- Avis pour douze mois : 828

Q

Quasi-contrat : **632 et s.**

R

Rationalisation : 28, 250, 300, **701 et s.**, **730 et s.**

Recours pour excès de pouvoir : 198, 201, 306, 640

Référé précontractuel : **737 et s.**, 832 et s., 915

Régie intéressée : 268 et s., **277 et s.**, 474, 735

Règlement amiable : 165

Régulation

v. Autorité administrative indépendante

Rémunération

- v. Prix*
- v. Résultat de l'exploitation*
- – en nature : 431, 669, 676, 684, 686, 698

Résultats de l'exploitation : 263, 268, 275, 277, **279 et s.**, 428, 474, 505, 604, **687 et s.**

Risque

- – financier de l'exploitation : 275, 280, 285, 462, **672 et s.**

S

Secret : 210, 217, 241, 361, 821, 823, **906**, **975 et s.**, **978 et s.**

Sélection

v. Offres

Service d'intérêt général : 289, 524,

Services :

- Marché de – : *v. Marché*
- Distinction marché et concession : **253 et s.**

Société d'économie mixte : 376, 486 et s., 610, 663, 750

Vereinbarung
v. Contrats

Vice du consentement : 761, 979

Sous-traitance : 552, 725, 762, 967

Sujétions imprévues : 767

Synallagmatique
v. Contrat

T

Tiers : 118, 198, 201, 285, 640 et s., 646, 86°, 906, 942, 960, **976 et s.**

Transparence
v. Principe

Travaux publics

v. Autorisation d'occupation temporaire

v. Bail emphytéotique administratif

v. Concession

v. Maîtrise d'ouvrage

v. Vente en l'état futur d'achèvement

- Notion de –

v. 1^{ère} partie, Titre 1, Chapitre 1

U

UGAP

- *v. Groupement de commandes*

Union (*Vereinbarung*) : 636, 648

Urgence :

v. Référé précontractuel

- – impérieuse : 821, 1038

Usagers

v. Prix

V

Variantes : 734, 762, 896, 958, 993,

Vente en l'état futur d'achèvement (VEFA) : 422 et s., 428, 431, 567

TABLE DES MATIÈRES

TABLE DES ABRÉVIATIONS	5
INTRODUCTION	7
OPPORTUNITÉ D'UNE ÉTUDE SUR L'ÉVOLUTION DU DROIT DES MARCHÉS PUBLICS	12
DÉLIMITATION DU SUJET	15
MÉTHODES EMPLOYÉES	17
THÈSE SOUTENUE	22
PLAN DE L'ÉTUDE	24

PREMIÈRE PARTIE :

LE DÉVELOPPEMENT DE LA NOTION DE MARCHÉS PUBLICS	25
---	----

TITRE 1^{ER} :

LE DÉVELOPPEMENT DE L'OBJET DES MARCHÉS	29
--	----

CHAPITRE 1^{ER}

L'EXTENSION DE LA NOTION MATÉRIELLE DE TRAVAUX : DES MARCHÉS DE TRAVAUX PUBLICS AUX MARCHÉS PUBLICS DE TRAVAUX	33
--	----

Section 1: L'extension de la notion de « travaux publics », premier facteur de développement des marchés publics	35
---	----

<i>Sous-section 1^{re} : La formation de la notion de travaux publics, fondement de l'application d'un droit des marchés publics</i>	36
---	----

§ 1^{er} : Des travaux disparates dans les premiers textes sur les marchés de travaux (1789 – 1832).	36
---	----

A) Les travaux dans les textes instaurant des procédures de passation	37
---	----

1) Une réglementation sectorielle	38
-----------------------------------	----

2) Des qualifications peu établies	40
------------------------------------	----

a) Des « marchés » limités à des procédures de passation	40
--	----

b) Des travaux publics qui s'ignorent	41
---------------------------------------	----

B) Les travaux dans les textes autres que ceux instaurant une procédure de passation	43
--	----

§ 2^e : L'unité trouvée dans la notion de travaux publics (1833 – 1964)	47
--	----

A) Les raisons de l'utilisation de la notion de travaux publics comme critère d'application de règles de passation	49
--	----

1) Les raisons dues à l'interprétation de la loi du 28 pluviôse An VIII	49
---	----

2) Les raisons dues à l'extension du régime des travaux publics aux communes.	51
---	----

B) Les manifestations et les limites de l'utilisation de la notion de travaux publics comme critère d'application du droit des marchés	51
--	----

1) Les manifestations de l'utilisation du critère des travaux publics	52
---	----

2) L'absence de valeur contraignante des ordonnances de 1836 et 1837 et du décret de 1882	53
---	----

<i>Sous-section 2^{ème} : Une conception extensive des critères des travaux publics étendant l'application du droit des marchés publics</i>	55
--	----

§ 1^{er} : Une conception extensive du caractère immobilier des travaux publics	56
--	----

A) Une distinction fondamentale du droit privé à l'origine d'une distinction en droit des marchés publics	56
---	----

B) Une notion d'immeuble plus large qu'en droit privé	58
---	----

1) Une différence entre droit public et privé sur la définition des « Biens immobiliers par nature » du fait des « meubles par anticipation » _____	59
2) Immeubles par destination, une différence dans la condition de propriété _____	63
§ 2e : Une conception attractive de la notion de travail _____	65
A) Les travaux en vue d'un immeuble _____	65
B) Les travaux sur un immeuble _____	66
1) L'atteinte à la structure d'un immeuble _____	66
a) Rénovation, incorporation et destination _____	67
b) L'entretien _____	67
2) La simple présence d'un immeuble ou l'effet du caractère attractif _____	68
a) L'origine du caractère attractif _____	68
b) Principes d'extension _____	69
§ 3e : Une conception diversifiée du caractère public des travaux _____	71
A) Avant 1921 : à la recherche d'un critère juridique _____	72
B) Une définition large des travaux publics : l'arrêt Commune de Monségur _____	74
C) Un second élargissement par l'arrêt Effimieff _____	75

Section 2^e : L'extension de la notion de « travaux », deuxième facteur de développement des marchés publics _____

79

Sous-section 1^{ère} : Des marchés de travaux qui ne sont pas fondés sur la qualification de "travaux publics" _____

80

§ 1er : Les travaux dans l'article 1er du Code des marchés publics _____	80
A) Les nouveaux critères de l'article 1 ^{er} du Code des marchés publics _____	80
B) Les différents types de travaux dans le Code des marchés publics _____	81
§ 2e : Les travaux selon le droit communautaire _____	83
A) Des travaux définis de façon plus précise ? _____	84
1) Une apparente précision _____	85
2) Des définitions pourtant équivalentes _____	86
B) Des marchés de travaux européens définis plus largement ? _____	88
1) Les marchés associant travaux et services _____	88
2) Les marchés associant travaux et fournitures _____	91

Sous-section 2^e : Le critère des "travaux" lui-même étendu _____

92

§ 1er : Les liens entre travaux publics et travaux _____	92
A) L'impossibilité d'assimiler les travaux publics et les travaux du Code des marchés publics _____	93
B) L'impossibilité d'assimiler les travaux publics et les travaux des directives communautaires _____	95
§ 2e : Ce qu'il reste des effets de la qualification de travaux publics _____	98
A) La compétence contentieuse en matière de travaux publics et les contrats administratifs _____	98
B) Les règles spéciales du contentieux des travaux publics _____	100
1) L'absence de décision préalable et le droit des marchés publics _____	101
2) L'absence de ministère d'avocat _____	103

CHAPITRE 2 :

L'EXTENSION DES NOTIONS MATÉRIELLES DE FOURNITURES ET DE SERVICES _____

107

Section 1^{re} : Des marchés de fournitures aux marchés de services _____

109

§ 1^{er} : Les origines de la notion matérielle de fournitures _____

109

A) Les premiers textes réglementant les fournitures : l'apparition de la notion de « marché de fourniture » _____	109
B) Le fondement intellectuel du Code civil _____	111
1) La distinction entre biens meubles et biens immeubles _____	111
2) La distinction entre contrats de ventes et contrats d'entreprise _____	113
3) Les marchés de fournitures, une catégorie résiduelle en extension _____	115

§ 2^e : Naissance et reconnaissance des marchés de services	116
A) Les prémices : les marchés de transports	116
B) La naissance des marchés de services	117
§ 3^e : La compétence contentieuse et la force juridique de ces contrats	119
A) L'évolution du caractère contraignant des procédures de passation.	119
1) Un contrôle antérieur de l'adjudication irrégulière	120
2) Les recours contre les marchés passés indûment de gré à gré	121
B) Une soumission courante au droit privé	123
1) Une compétence administrative doublement limitée	123
2) L'application des critères des contrats administratifs	124
Section 2^e : La constante extension des fournitures et des services	127
§ 1^{er} : Une diversité des fournitures et services, source d'extension	128
A) Des fournitures disparates et en constante augmentation	128
1) Des fournitures non définies mais diversifiées	129
a) Des fournitures très tardivement associées aux services	129
b) La distinction entre les différentes fournitures	131
2) Des fournitures communautaires définies largement	132
B) L'hétérogénéité intrinsèque de la notion de services	134
1) L'absence de définition d'origine interne	134
2) Une directive « services » peu éclairante	137
a) Une définition résiduelle et non-conceptuelle.	138
b) Une difficile transposition de la notion communautaire de services en droit interne.	141
§ 2^e : Tentative de conceptualisation	143
A) Renouveler les définitions matérielles des marchés publics	144
1) Des définitions créant un ensemble cohérent	144
2) Des exceptions nécessaires	146
a) Les limites de chacune de ces activités	146
b) La question des services lorsqu'ils participent à la création d'un bien meuble ou immeuble.	147
B) Préciser la qualification des marchés à plusieurs objets	149
1) La valeur respective des biens : principe de solution des marchés à plusieurs objets	149
2) Des difficultés d'application	151
a) Une difficulté résolue par la lutte contre les détournements de procédure	151
b) Une difficulté à résoudre : la qualification du mode de financement en service	151
§ 3^e : La notion de service et ses liens avec le service public. La concession au centre du débat	153
A) Une évolution historique différente entre l'objet des concessions et celui des marchés	154
1) Les « concessions de travaux et service public » ou la fin de la prépondérance des travaux publics	155
2) Une conséquence différente de la longue durée sur la définition matérielle des contrats : la distinction entre fournitures et service public	159
B) Services et service public	159
1) Les marchés publics, les concessions et le service public en droit interne	160
a) Le service public, élément indispensable des concessions de service public	160
b) Le service public, objet matériel indifférent au droit des marchés publics	163
2) Les bouleversements communautaires présents et à venir	166
a) Bouleversements actuels par la définition des concessions de travaux	167
α) Les concessions françaises en droit communautaire	168
β) Les contrats de gérances en droit communautaire	168
γ) Les contrats de régies intéressées en droit communautaire	170
δ) Les affermagés en droit communautaire	171
b) Des bouleversements à venir	173
α) Un corpus de règle issu du droit de la concurrence	174
β) La notion de « concession de services » en droit communautaire	175
γ) L'objet matériel des concessions de services : SIG et Service public	176

TITRE 2^D :

LE DÉVELOPPEMENT DES PARTIES AUX MARCHÉS	183
---	------------

CHAPITRE 1^{ER} :

LES PERSONNES DEVANT PASSER DES MARCHÉS PUBLICS	187
--	------------

Section 1^e : L'extension du nombre de personnes publiques soumises au droit des marchés publics

	188
<i>Sous-Section 1^e : L'extension d'origine interne des personnes publiques</i>	188
§ 1^{er} : L'État et ses établissements publics	189
A) L'État	189
1) Historique : Un critère organique indépendant de toute personnalité juridique	189
2) la question de l'unité de la personnalité de l'État, une extension du champ d'application des marchés publics.	194
a) Les autorités centrales et les organes déconcentrés	195
b) Difficultés d'application	196
B) Les établissements publics étatiques	198
1) Une soumission des établissements publics nationaux de plus en plus généralisée	198
a) Une lente émergence	199
b) Une fausse généralisation des marchés aux établissements publics : la soumission de tous les EPA mais l'exclusion des EPIC	201
2) Une définition des établissements publics administratifs nationaux en extension, source d'une extension de l'application du Code des marchés publics ?	202
a) Les chambres professionnelles	203
b) Les associations syndicales de propriétaires	204
c) Les conseils de fabrique	206
§ 2^e : Les collectivités locales et leurs établissements publics	206
A) Les collectivités locales : lentement centrales dans les marchés publics	207
1) La lente mise en place d'un droit des marchés publics locaux	207
a) Des textes rapprochant peu à peu marchés des collectivités et de l'État	208
b) La compétence juridictionnelle et les liens entre critères organiques et matériels	209
2) Les collectivités locales aujourd'hui au cœur du droit des marchés publics	213
a) Collectivités locales et collectivités territoriales	213
b) L'Outre-mer	215
c) La délégation de la compétence législative au pouvoir réglementaire	216
B) Les établissements publics locaux, une assimilation parfaite aux collectivités locales	218
1) Une évolution textuelle parallèle	218
2) Une extension à tous les établissements publics locaux	220
<i>Sous-Section 2^e : Les personnes publiques françaises prises en compte par le droit communautaire</i>	221
§ 1^{er} : Les notions de pouvoir adjudicateur et d'entité adjudicatrice	221
A) les personnes publiques, pouvoirs adjudicateurs par nature	223
B) Les personnes publiques « organismes de droit public »	226
1) Le critère de la création « pour satisfaire spécifiquement des besoins d'intérêt général autre qu'industriel et commercial »	226
a) Le besoin d'intérêt général autre qu'industriel et commercial	227
b) L'organisme doit être créé pour satisfaire le besoin	231
c) l'adverbe « spécifiquement »	232
2) le critère de la personnalité morale	232

3) le critère de « la sphère publique » _____	233
C) L'association de pouvoirs adjudicateurs _____	235
D) Les entités adjudicatrices _____	238
1) Les pouvoirs adjudicateurs _____	239
2) Les entreprises publiques _____	240
a) Des définitions interne et communautaire différentes _____	240
b) Les difficultés _____	241
3) Les entités bénéficiant de droits spéciaux ou exclusifs _____	243
§ 2^e : Transposition dans le droit français _____	246
A) Les personnes publiques classiques du Code des marchés publics _____	246
1) Un champ d'application inchangé _____	246
2) La difficulté des délégations de service public et des contrats de partenariats _____	247
B) Les personnes publiques intégrées dans le droit des marchés publics _____	249
1) L'inclusion des EPIC nationaux dans le droit des marchés publics français _____	249
a) Les EPIC nationaux dans les secteurs spéciaux depuis la loi du 11 décembre 1992 _____	250
b) L'inclusion partielle des EPIC nationaux dans les secteurs classiques depuis 2001 _____	251
2) Les autres personnes morales de droit public _____	256
a) Les Groupements d'intérêt public _____	257
b) La Banque de France _____	258
C) Une limite au critère organique : la notion de maître de l'ouvrage _____	260
1) La notion de maîtrise d'ouvrage _____	260
2) Les contrats exclus de l'application du Code des marchés publics _____	261
a) La Vente en l'état futur d'achèvement _____	261
b) Le crédit-bail immobilier _____	262
c) Le contrat de partenariat _____	264
d) Le bail emphytéotique administratif _____	265
e) Délégations de service public et maîtrise d'ouvrage publique _____	267
3) Maîtrise d'ouvrage publique et droit communautaire _____	268
Section 2^e : L'extension du droit des marchés publics à certaines personnes privées _____	271
<i>Sous-Section 1^e : L'extension communautaire à certaines personnes privées _____</i>	272
§ 1^{er} : Les personnes privées, pouvoirs adjudicateurs _____	272
A) Les pouvoirs adjudicateurs privés passant des marchés publics « européens » _____	273
B) Concessions et marchés publics communautaires _____	275
1) Les personnes privées concédantes _____	275
2) Les personnes privées « concessionnaires » soumises au droit des marchés publics _____	276
C) Le critère de l'argent public ? _____	278
§ 2^e : les entreprises publiques, entités adjudicatrices _____	279
<i>Sous-Section 2^e : L'extension interne des personnes privées _____</i>	280
§ 1^{er} : Une fausse extension : le mandat _____	280
A) Les mandats administratifs : des conséquences limitées _____	283
1) Les mandats du droit privé, la diversité du modèle _____	283
2) Le mandat administratif, contrat de mandat ou mandat dans le contrat _____	286
a) Le contrat de mandat classique : une absence de spécificité par rapport au droit privé _____	286
b) Le mandat dans le contrat : le mandat administratif très spécial _____	288
c) Les mandats administratifs par la loi _____	294
B) Le mandat spécifique de la commande publique, un retour aux sources _____	295
1) L'impossible recours à la théorie du mandat administratif dans le cadre de la commande publique _____	295
a) L'annulation de l'article 7-3° du Code des marchés publics de 2001 _____	296
b) Le mandat de la commande publique, un mandat au sens strict _____	297
2) Le mandat de la loi MOP : Un mandat légal et adapté à la commande publique ? _____	301
a) Le mandat de la loi MOP ne correspond pas au mandat de la commande publique. _____	302
b) La modification de la loi MOP pour cause de non-conformité au droit communautaire _____	303

§ 2^e: Les autres extensions internes de la soumission des personnes privées à des procédures de passation	307
A) Les contrats de travaux des sociétés d'économie mixte	308
B) Les contrats de construction de logements sociaux des SEM et sociétés d'HLM	309
C) Les groupements de commandes	311
1) Un mouvement général de regroupement des achats	312
2) Les centrales d'achat	314
a) La centralisation de achats, une idée contraire à l'esprit des marchés publics ?	314
b) Les centrales d'achat, un élément d'amélioration des marchés publics	315

CHAPITRE 2^E :

LES PERSONNES POUVANT POSTULER À UN MARCHÉ PUBLIC	319
---	-----

Section 1^{re} : Les cocontractants originaires personnes privées	320
--	------------

§ 1 ^{er} : <i>Des personnes d'abord implicitement privées</i>	320
--	-----

§ 2 ^e : <i>Des personnes privées aujourd'hui explicitement visées par les textes</i>	322
---	-----

Section 2^e : L'ouverture aux personnes publiques de la qualité de cocontractant	324
---	------------

§ 1 ^{er} : <i>Une possibilité encadrée</i>	325
---	-----

A) Un principe d'application générale	326
---------------------------------------	-----

1) Les textes	326
---------------	-----

2) Les concours techniques	326
----------------------------	-----

3) Les liens entre les communes et les établissements publics intercommunaux	329
--	-----

B) Les limites communes	330
-------------------------	-----

§ 2 ^e : <i>Les exceptions</i>	332
--	-----

A) L'exception de l'assistance technique de l'État aux petites communes	332
---	-----

B) Les « contrats-maison »	334
----------------------------	-----

C) L'exception de certains contrats entre pouvoirs adjudicateurs	338
--	-----

DEUXIÈME PARTIE :	
LE DÉPASSEMENT DE LA NOTION DE MARCHÉS PUBLICS	343
TITRE 1^{ER} :	
POUR UNE NOTION JURIDIQUE DE COMMANDE PUBLIQUE	347
CHAPITRE 1^{ER} :	
PROPOSITION D'UNE DÉFINITION DES CONTRATS DE LA COMMANDE PUBLIQUE	351
Section 1^{re} : La commande publique, aboutissement historique des marchés publics	351
§ 1^{er} : Les enseignements de l'analyse historique ou « généalogique »	351
A) Les facteurs de diversité et d'extension du droit des marchés publics	353
1) La diversité des sources du droit des marchés publics	353
a) Les sources internes	354
b) Les sources communautaires	356
c) Les sources internationales	358
2) La diversité des fondements pour encadrer les contrats	360
a) Diversité des fondements, évolution par stratification et renforcement de la complexité	360
b) Diversité des fondements et multiplication des contrats visés	362
3) La liberté contractuelle	362
a) La liberté contractuelle, source d'innovation et de diversité	363
b) Les limites propres au droit public : entre limitation de la liberté contractuelle et extension de la complexité	364
B) Les nécessaires limites à l'extension	367
1) De l'inutilité d'une notion trop largement définie	368
2) Des limites d'une soumission à des procédures trop formalisées	368
a) « L'échelle de mise en concurrence », une logique générale latente dans l'extension des procédures ?	369
b) Les indices montrant l'extension maximum de la soumission à des procédures.	370
§ 2^e : Propositions de solutions et définition	371
A) Les différentes évolutions possibles des marchés publics	372
1) Les contraintes	372
2) Les solutions possibles	374
a) La soumission-fusion du droit français au droit communautaire	374
b) Le renouvellement par les « contrats administratifs spéciaux »	375
B) Établissement de la définition des contrats de la commande publique	378
1) La définition	378
2) Premières remarques	380
a) Choix du nom de la notion	380
b) Hiérarchie et équilibre entre la commande publique et ses sous-notions	381
Section 2^e : Contenu de la notion	382
§ 1^{er} : Le caractère contractuel des actes de la commande publique	382
A) La forme contractuelle, une exigence dans tous les contrats de la commande publique	382
1) Une exigence constante	383
2) Justifications de la nécessité d'un contrat	385
B) La notion de contrat en droit de la commande publique	388
1) La notion de contrat en droit administratif ou la distinction entre le contrat et l'acte administratif unilatéral.	389
a) Un acte formalisant un accord de volontés	390

b) Un acte produisant des effets de droit _____	394
c) Un acte dont une partie des effets porte sur des droits subjectifs des cocontractants _____	395
2) Le caractère par essence synallagmatique des contrats de la commande publique _____	398
3) Le caractère écrit des contrats de la commande publique, un élément complémentaire _____	401
a) Contrats administratifs, marchés de travaux publics et de fournitures et exigence d'un écrit _____	401
b) La commande publique, un principe faussement inversé _____	402
c) Le renouvellement de la notion d'écrit _____	406
§ 2^e : Le critère organique _____	408
A) Les « commanditaires » _____	408
1) Les personnes morales de droit public _____	408
2) Les personnes morales de droit privé sous influence publique _____	409
B) Les « commandités » _____	410
§ 3^e : Le critère matériel _____	411
§ 4^e : le critère de la rémunération _____	412
A) Le critère de la rémunération : un débat central dans la différence entre marchés publics et délégations de service public _____	413
1) Généalogie de l'utilisation de la rémunération et du transfert de risque comme élément de définition _____	413
a) Le recours au critère des « risques et périls » dans les définitions des catégories contractuelles et son caractère inopérant _____	413
b) L'utilisation des critères fondés sur la rémunération pour distinguer marchés et concessions _____	415
c) La réapparition du critère du risque _____	416
2) Un critère mixte entre mode de rémunération et risque _____	418
a) La reconnaissance de l'insuffisance des critères traditionnels _____	419
b) le caractère substantiel de la rémunération sur les résultats de cette exploitation : un critère à « double détente » _____	422
α) L'exploitation et l'abandon des distinctions classiques _____	422
β) La rémunération doit être fonction de l'exploitation _____	422
γ) L'adverbe substantiellement et l'analyse par le risque _____	423
B) L'absence de distinction entre les modalités de la rémunération en droit de la commande publique	425

CHAPITRE 2^E :

INTÉRÊT DE LA DÉFINITION _____	427
Section 1^{ère} : L'objectif de rationalisation _____	428
§ 1^{er} : Le développement de l'unité à travers la notion de commande publique _____	428
A) Une unité de régime à travers les principes de la commande publique _____	429
1) Première approche des principes de la commande publique _____	429
2) L'idée mal appliquée d'un « droit commun de la commande publique » _____	430
B) Une unité par un code de la commande publique _____	433
1) Accessibilité et intelligibilité contre naissance d'une matière : la tension de la codification _____	433
2) La nécessité d'une codification complète _____	435
a) L'intégration des textes internes sur les différents contrats de la commande publique _____	435
b) L'intégration des textes spécifiques de transposition des directives « marchés publics » _____	437
c) L'intégration des textes ponctuels précisant le régime de certains contrats de la commande publique _____	438
3) Les difficultés de plan d'un Code de la commande publique. _____	439
§ 2^e : Le développement d'un régime commun à tous les contrats de la commande publique. 440	
A) L'unification des règles de publicité _____	441
1) Une diversité étonnante des mesures de publicité. _____	441
2) Objectif et méthode d'unification _____	442
B) Une unification partielle du contentieux de ces contrats _____	444
1) Une unité du contentieux des référés précontractuels _____	444
2) Une unité du contentieux pénal _____	448

C) Une unité à rechercher dans les contrôles administratifs, la solution d'une autorité administrative indépendante de la commande publique _____	451
---	-----

Section 2 : Une vision renouvelée des contrats publics : les deux approches des contrats administratifs et des contrats de la commande publique _____	453
--	------------

<i>§ 1^{er} : Contrats de la commande publique et contrats administratifs, deux notions aux régimes distincts _____</i>	<i>454</i>
---	------------

A) Les contrats administratifs, un régime d'exécution et une compétence contentieuse _____	455
---	------------

1) Le contrat administratif, condition d'une compétence administrative _____	455
--	-----

2) Le contrat administratif, fondement d'un régime d'exécution du contrat _____	456
---	-----

B) Les contrats de la commande publique : un régime essentiellement axé sur la passation _____	457
---	------------

<i>§ 2^d : les nécessaires liens entre les deux qualifications _____</i>	<i>458</i>
--	------------

A) Les règles spéciales aux contrats d'une catégorie dans l'autre catégorie _____	459
--	------------

B) La simplification des règles de compétence _____	459
--	------------

TITRE 2^E :

LES PRINCIPES DE LA COMMANDE PUBLIQUE _____	463
--	------------

Section préliminaire : Nécessité et problèmes des principes de la commande publique _____	466
--	------------

CHAPITRE 1^{ER} :

LES PRINCIPES JUSTIFIANT LES PROCÉDURES DE PASSATION _____	473
---	------------

Section 1^{re} : Le principe d'égalité au cœur de la commande publique _____	474
---	------------

<i>§ 1^{er} : Le principe de « l'égalité d'accès à la commande publique » et l'obligation de mise en concurrence _____</i>	<i>474</i>
--	------------

A) Définition du principe d'égal accès à la commande publique _____	475
--	------------

1) L'égal accès à la commande publique, un principe fondant les procédures de passation _____	475
---	-----

a) La consistance du principe _____	475
-------------------------------------	-----

b) Comment le principe d'égalité d'accès fonde l'existence de procédures de passation _____	477
---	-----

α) Explication fondée sur la décision du Conseil constitutionnel _____	477
--	-----

β) Explication théorique _____	478
--------------------------------	-----

2) La portée du principe d'égal accès à la commande publique _____	479
--	-----

a) Sources textuelles du principe d'égalité _____	480
---	-----

b) Source du principe d'égalité d'accès à la commande publique _____	480
--	-----

c) Le juge administratif et l'égalité d'accès à la commande publique _____	482
--	-----

d) L'égalité d'accès et les droits européens, des rapprochements avec le droit interne _____	484
--	-----

α) Égalité et droits européens _____	485
--------------------------------------	-----

β) Égalité d'accès à la commande publique, égalité de traitement et droit communautaire _____	488
---	-----

B) Mise en œuvre du principe d'égalité d'accès dans les procédures actuelles _____	492
---	------------

1) Un principe fondant des procédures textuelles de passation et imposant un minimum de publicité _____	492
---	-----

a) Exemples de mise en œuvre dans le droit français des marchés publics _____	493
---	-----

b) Exemples de mise en œuvre dans le droit des délégations de service public _____	495
--	-----

c) Exemples de mise en œuvre dans le droit communautaire _____	496
--	-----

2) Un principe d'ores et déjà d'effet direct _____	498
--	-----

a) Égalité et sanction directe de la procédure de passation _____	498
---	-----

b) Égalité et sanction ou interprétation des textes mettant en place des procédures. _____	500
--	-----

<i>§ 2^e : Le principe « d'égalité de traitement durant la passation » _____</i>	<i>503</i>
--	------------

A) Une reconnaissance généralisée de l'égalité de traitement des candidats. _____	504
--	------------

1) La reconnaissance en droit interne _____	504
---	-----

a) Reconnaissance par le droit écrit	504
b) Reconnaissance par le droit jurisprudentiel	505
2) La reconnaissance en droit communautaire	508
B) La mise en œuvre du principe d'égalité de traitement des candidats	509
1) Égalité de traitement et choix initial d'un cocontractant	509
a) L'égalité de traitement comme guide des procédures	509
b) La sanction du non-respect de l'égalité de traitement des candidats	511
2) Égalité de traitement et vie du contrat	512

Section 2^e : Les principes issus du droit de la concurrence, deuxième source des procédures de passation

§ 1^{er} : L'évolution du principe de libre concurrence	516
A) De la concurrence libre...	516
1) La reconnaissance	516
2) Le contenu de cette liberté et ses rapports avec les autres principes du droit de la concurrence	518
a) La définition de la libre concurrence du point de vue de la liberté	519
b) Le rattachement de la libre concurrence aux autres principes du droit de la concurrence	520
α) Le rattachement de la libre concurrence à la liberté du commerce et de l'industrie et à la liberté d'entreprendre	520
β) Controverse doctrinale à propos des liens entre liberté d'entreprendre et liberté du commerce et de l'industrie : la question de la place de la libre concurrence	522
γ) La liberté d'entreprendre interprétée par la jurisprudence	524
B)... à la concurrence libre et égale	526
1) Une vision finaliste de la liberté conduisant à l'égalité	528
2) Les sources de la concurrence libre et égale	529
a) Les sources communautaires	529
b) Les sources internes	530
C) Vers un principe de mise en concurrence propre à la commande publique ?	535
1) La « mise en concurrence », modalité de la concurrence propre à la commande publique	535
2) Portée de ce principe et obligations de publicité en découlant	537
3) Les effets actuels du principe de mise en concurrence	538
a) La prise en compte d'un principe de mise en concurrence par la doctrine	538
b) La prise en compte d'un principe de mise en concurrence par les textes	539
4) La commande publique, un droit doublement concurrentiel	541
§ 2^e : La concurrence libre et égale et les autres principes de la commande publique	546
A) Libre concurrence et liberté d'accès à la commande publique	547
B) Libre concurrence et égalité d'accès et de traitement	549
C) Libre concurrence et liberté contractuelle	551
1) Champ d'application de la liberté contractuelle	552
2) Valeur de la liberté contractuelle	555
3) La liberté contractuelle va-t-elle contre la libre concurrence ?	558

CHAPITRE 2^E :

LES PRINCIPES RENFORÇANT LES PROCÉDURES DE PASSATION	561
--	-----

Section 1^{re} : Les principes fondés sur l'article 14 de la DDHC

§ 1^{er} : La transparence des procédures	563
A) La reconnaissance récente du principe	564
1) Principes internes de « transparence » et de « transparence des procédures »	565
a) Le refus d'un principe fondamental de « transparence »	565
b) La reconnaissance d'un principe de « transparence des procédures »	566
c) Un juge administratif encore incertain	568

2) Un principe communautaire corollaire de l'égalité de traitement et de la non-discrimination	569
B) La portée du principe pour le droit de la commande publique	571
1) La transparence complétant les procédures de mise en concurrence	572
a) Les obligations supplémentaires de transparence dans les procédures	572
α) La transparence, effet des principes d'égalité et de libre concurrence	573
β) La transparence effet du principe de transparence des procédures	575
b) Les obligations supplémentaires rendant transparentes les procédures	577
2) La transparence, l'impartialité et la lutte contre les malversations	581
a) Comment la transparence peut favoriser l'impartialité et la lutte contre les malversations	582
b) Le rôle indirect de la transparence des procédures dans la lutte contre les malversations	583
3) Les limites de la transparence et le secret	586
a) Transparence et secrets des cocontractants envers les tiers	586
b) Transparence et secret entre les cocontractants	588
α) Transparence du commanditaire envers son cocontractant	588
β) Transparence du cocontractant envers son commanditaire	589
§ 2^e : Le contrôle de l'emploi de la contribution publique : vers un principe d'efficacité de la commande publique ?	592
A) L'efficacité dans la commande publique en droit interne	593
1) L'efficacité et les objectifs découlant des principes de la commande publique	593
2) L'efficacité et les méthodes découlant des principes de la commande publique	595
3) Les difficultés d'un principe d'efficacité économique	597
B) L'efficacité dans la commande publique en droit communautaire : le principe de proportionnalité	599
Section 2^e : Les principes environnementaux	602
§ 1^{er} : Le développement des principes de protection de l'environnement	602
A) Les sources des principes du droit de l'environnement	603
1) Les principes internationaux du droit de l'environnement	603
2) Les principes européens du droit de l'environnement	605
3) Les principes internes du droit de l'environnement	608
B) Les principes environnementaux applicables en droit de la commande publique	609
1) Le principe de développement durable	609
2) Le principe de la contribution à la réparation des dommages à l'environnement ou du pollueur-payeur	612
3) Le principe de participation et le droit à l'information	613
4) Le principe de précaution	615
§ 2^e : Les principes de protection de l'environnement et les procédures de la commande publique	619
A) La protection de l'environnement par les contrats de la commande publique	619
B) La protection de l'environnement dans les contrats de la commande publique	620
1) Les effets des principes environnementaux dans la passation des contrats	621
a) Dans le choix de la procédure	622
b) Dans la sélection qualitative des candidats	623
c) Dans les critères de sélection des offres	625
α) La question de la prise en compte de critères environnementaux dans les marchés publics	625
β) Critères de sélection et conciliation des principes environnementaux et libéraux	628
2) Les effets des principes environnementaux dans l'exécution des contrats	630
CONCLUSION GÉNÉRALE	635
TABLES ET INDEX	639
BIBLIOGRAPHIE	641
Ouvrages et thèses	641
Articles, chroniques, contributions aux Mélanges, notes et conclusions	652

TABLE DES TEXTES CITÉS	708
TABLE DES JURISPRUDENCES	721
<i>Avant 1900</i>	721
<i>1900-1950</i>	722
<i>1950- 1960</i>	723
<i>1961-1970</i>	724
<i>1970-1980</i>	725
<i>1981-1985</i>	726
<i>1986-1990</i>	727
<i>1991-1995</i>	728
<i>1996-1998</i>	729
<i>1999-2000</i>	731
<i>2001</i>	732
<i>2002</i>	732
<i>2003</i>	733
<i>2004</i>	734
INDEX NOMINUM	735
INDEX RERUM	745
TABLE DES MATIÈRES	753