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.