

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, juriste 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. MAUGUÉ 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.