

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

²⁵³ Terme du Code de 1964

²⁵⁴ Codes de 2001 et 2004

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

§ 2e : Les travaux selon le droit communautaire

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

A) Des travaux définis de façon plus précise ?

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

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

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

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

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

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

1) Une apparente précision

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

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

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

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

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

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

2) Des définitions pourtant équivalentes

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

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

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

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

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

²⁷⁸ Classification 45.3

²⁷⁹ Classification 45.4

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B) Des marchés de travaux européens définis plus largement ?

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

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

1) Les marchés associant travaux et services

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2) Les marchés associant travaux et fournitures

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁰² Cf. 1^{ère} partie, Titre 2^e

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

B) Les règles spéciales du contentieux des travaux publics

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2) *L'absence de ministère d'avocat*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

qu'elle impliquait et l'importance que cette notion prenait parallèlement en matière de responsabilité a permis une extension très importante des « marchés de travaux publics » et développé un régime de plus en plus complet.

Le « Code des marchés publics » de 1964, témoin de l'importance qu'avait prise la matière, imposa alors une autre vision de ce droit par un renversement des critères : il ne fallait plus regarder la nature des travaux mais celle du contrat, qualifié de marché public ou non. Les travaux n'étaient devenus qu'un objet de ces contrats parmi d'autres et le caractère public ne leur était plus attaché. La notion de travaux publics n'était pas abandonnée, elle n'était que retournée à ses implications premières : la compétence administrative. Le critère matériel était celui des « travaux », définis largement du fait de l'héritage du caractère attractif de la notion de travail public.

Dans le cadre d'une notion large de marchés publics – que nous appellerions la « commande publique » – il conviendrait de trouver une définition matérielle générale pour les « travaux ». À cet égard, notons que la définition communautaire de travaux est, après analyse, identique à la notion de travaux telle qu'elle était entendue par la jurisprudence et la doctrine dans le cadre du Code de 1964. L'unification de ces deux définitions dans l'article 1^{er} du Code des marchés publics, dans des termes très proches de ceux de la loi du 3 janvier 1991³⁴⁸, permet de penser que notre nouvelle notion devrait pouvoir trouver un critère matériel de travaux simple : tous travaux de bâtiment et de génie civil. Une telle définition aurait comme mérite d'effectuer une transposition précise de la directive sans porter atteinte à notre droit positif. Pour autant, les « travaux » regroupent en réalité « *tout travail effectué sur un bien corporel immobilier* », ou, pour préciser dans le même temps la notion de travail « *toute activité créant un bien immobilier corporel ou en modifiant la substance* ». Cette approche à partir de notions plus théoriques peut certes apparaître comme plus éloignée de la réalité mais elle nous permettra dans un chapitre second de trouver une définition matérielle générale pour l'ensemble des contrats de la commande publique.

³⁴⁸ Loi 91-3 du 3 janvier 1991, art 10, selon laquelle les travaux ont pour objet de « *réaliser, de concevoir et réaliser ou de faire réaliser, par quelque moyen que ce soit, tous ouvrages de génie civil ou tous travaux de bâtiment relatifs aux hôpitaux, aux équipements sportifs, récréatifs et de loisirs, aux bâtiments scolaires et universitaires et aux bâtiments à usage administratif* ». En toute logique, ces termes sont pour l'essentiel repris des directives communautaires puisque cette loi en est la transposition.

