

L'EXTENSION DU NOMBRE DE PERSONNES PUBLIQUES SOUMISES AU DROIT DES MARCHÉS PUBLICS

298. La soumission des personnes publiques au droit des marchés publics semble a priori ne pas poser de problèmes doctrinaux particuliers. La situation actuelle du code n'a cependant pas toujours été aussi claire, notamment pour ce qui est de la soumission des collectivités locales et des établissements publics au droit des marchés au début du XIX^e siècle (Sous-Section 1^e). De surcroît, le droit communautaire a réussi, grâce à sa notion de pouvoir adjudicateur, à contraindre le droit français à prendre en compte, dans le champ d'application du droit des marchés, des personnes publiques qui en étaient traditionnellement exclues ou qui, parce que nouvelles, n'y étaient pas soumises (Sous-Section 2^e).

Sous-Section 1^e : L'extension d'origine interne des personnes publiques

299. Les premières législations et réglementations sur les marchés publics ne visent en réalité pas forcément directement des personnes morales de droit public, elles se cantonnent parfois à des ministères de l'État, et la situation des établissements publics est des plus confuses. À cela, il faut ajouter que les collectivités locales ne sont pas forcément soumises à un droit administratif encore naissant, ce qui renforce le sentiment d'une législation au coup par coup. Une situation si peu conforme à la nécessaire cohérence du droit ne pouvait durer et le champ d'application des marchés publics a été simplifié pour toucher l'ensemble des personnes morales de droit public. Cette extension fut salutaire même si elle n'a pas été dépourvue de difficultés pour l'État – la fiction de l'unité de la personnalité de l'État étant mis à profit pour une extension plus importante qu'il n'y paraît – comme pour ses établissements publics (§ 1^{er}) ; mais aussi pour les collectivités locales et leurs établissements publics dont la diversité n'a pas non plus été sans poser quelques difficultés (§ 2^e).

§ 1^{er} : L'État et ses établissements publics

300. La finalité des législations et réglementations de marchés publics au XVIII^e siècle, à savoir la rationalisation des dépenses publiques, a logiquement conduit à appliquer des procédures aux services les plus dispendieux. Petit à petit, bien moins rapidement que l'on ne pourrait le penser de prime abord, l'État a été soumis dans toutes les composantes de sa large et complexe personnalité juridique à ces procédures de passation (A). La soumission de ses établissements publics à ces mêmes législations, prévue dans quelques textes épars avant le XX^e siècle n'a vu sa généralisation que plus tardivement, au moment où la notion d'établissement public prenait sa forme actuelle, généralisation cependant incomplète dans la mesure où les EPIC ont tout de suite été exclu du champ d'application de l'adjudication (B).

A) L'État

301. Le droit des marchés publics – même si ces contrats ne portaient pas encore ce nom – se limitait à soumettre les contrats de certaines entités, au premier rang desquelles certains services de l'État, à une procédure d'adjudication. Il s'agissait ni plus ni moins, dans l'esprit du législateur, de règles de bonne gestion, considérées comme internes à l'administration. La généralisation de ces procédures à tous les marchés de l'État n'a pas changé cette nature, l'ensemble semblant s'appréhender en dehors de toute considération de personnalité juridique (1). Aujourd'hui, c'est au contraire la notion de « *personne publique État* », avec tout ce qu'elle a de complexe et multiforme, qui conditionne toute une partie du champ d'application du code (2).

1) Historique : Un critère organique indépendant de toute personnalité juridique

302. L'État est la première personne publique, c'est aussi le premier utilisateur des « deniers publics ». On a vu⁴ que les législations sur les marchés publics ont d'abord concerné les ministères utilisant l'essentiel du budget de l'État, à savoir les ministères de la Guerre, de la Marine et ceux gérant la construction des routes⁵. Comme le montrent les détails des textes, au moins autant qu'un critère organique, il s'agit d'un critère matériel puisque fondé sur le service géré par le ministère plus que sur sa qualité de ministère⁶.

⁴ Cf. 1^{ère} partie, titre premier, chapitre 1^{er} et chapitre 2^e.

⁵ C'est-à-dire, selon les époques, le ministère de l'intérieur ou celui des travaux publics

⁶ Sans reprendre l'ensemble des dispositions précitées, Cf à titre d'exemple probant les textes suivants : décret des 8-10 juillet 1791 *Concernant la conservation et le classement des places de guerre et postes militaires, la police des fortifications et autres objets y relatifs*, DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 3 p. 92 et spécialement le titre 6, art 3 p. 95 ; décret du 2 brumaire An 4, *Concernant l'administration des ports et arsenaux de la marine* in DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 8 p. 348 ; décret des 16-20 frimaire An 2 *qui ordonne la réparation des routes et des ponts aux frais de l'État*, DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 6 p. 326

La naissance d'un droit des marchés unifié et fondé sur un véritable critère organique date de la loi de 1833⁷ et surtout des ordonnances qui ont été prises pour son application en 1836⁸ et 1837⁹. L'ordonnance de 1836 s'applique expressément à l'État, et lui impose des obligations, situation qui nous paraît des plus classiques, mais qui est en fait au cœur d'une des plus importantes controverses doctrinales de la fin du XIX^e siècle : la personnalité morale de l'État. Cette personnalité n'est apparue qu'en plusieurs phases, et n'a été définitivement reconnue par les auteurs que bien après ces législations¹⁰.

303. Durant tout le XIX^e siècle et jusqu'au premier tiers du XX^e siècle, la doctrine se retrouvait pour une grande part autour de la théorie de la personnalité fictive¹¹. Cette théorie considérait que l'État se devait d'avoir une personnalité civile, ne serait-ce que parce qu'il était propriétaire, mais l'État ne se voyait pas reconnaître une personnalité en tant que personne publique, c'est-à-dire en tant qu'autorité détentrice de prérogatives de puissance publique¹². Le fondement de la personnalité civile était pour certains la Loi, mythe fondateur issu de la Révolution – c'est la position retenue par BATBIE¹³ ou DUCROCQ¹⁴ – ; d'autres, à la vision plus jusnaturaliste, considéraient à la suite de SAVIGNY¹⁵ que l'État est une personne « nécessaire »¹⁶.

⁷ Loi du 31 janvier 1833 *Portant règlement définitif du budget de 1829*, DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 33 p. 12 et spé. p. 14 pour l'article 12 de la loi qui nous intéresse seul ici. IX, *Bull.* LXXXIII, n° 190 « Article 12 : Une ordonnance royale réglera les formalités à suivre à l'avenir dans tous les marchés passés au nom du gouvernement [nous mettons en italique.] » Remarquons que le texte définitif de l'ordonnance (celle du 4-7 décembre 1836) s'appellera « portant règlement sur les marchés au nom de l'État », et non du Gouvernement.

⁸ Ordonnance 4-7 décembre 1836, *Ordonnance du Roi portant règlement sur les marchés passés au nom de l'État*, DUVERGIER *Lois et décrets*, Tome 36, p. 487, IX, *Bull.* CDLXX, n° 6, 606.

⁹ Ordonnance 14 novembre-12 décembre 1837, *Ordonnance du Roi portant règlement sur les entreprises pour travaux et fournitures au nom des communes et des établissements de bienfaisance*. DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 37, p. 437, IX. *Bull.* DXLVI, n° 7183

¹⁰ À l'exception de certains tels L. DUGUIT.

¹¹ Pour d'excellents développements historiques et théoriques, cf. N. FOULQUIER, *Les droits publics subjectifs des administrés. Émergence d'un concept en droit public français du XIX^e au XX^e siècle*. Thèse, Paris 1, 2001 ; publiée à la *Nouvelle bibliothèque des Thèses, Dalloz ed.* n° 25, 2003.

¹² Si certains auteurs considéraient que l'État était une « personne publique », cette approche de la personnalité morale était purement issue de la philosophie politique, elle ne trouvait pas sa traduction dans le droit administratif. On la retrouve dans les œuvres de L. M. MACAREL, *Cours d'administration et de droit administratif*, Paris, Plon, 2^e éd., 1852, 4 Tomes, spéc. Tome 1, p. 16 ; G.-L.-H. HEPP « De l'enseignement préparatoire aux carrières de l'administration publique », *RCLJ* 1846, Tome 27, pp. 291-34 ; J.-J. ROUSSEAU, *Du Contrat social*, Livre I, chap. VI, Du Pacte social (p. 51-52, Paris, Gallimard-Flammarion, 1966) ; Voir sur ce point, N. FOULQUIER, *Op. Cit.* p. 103

¹³ A. BATBIE, *Traité théorique et pratique de droit public et administratif*, Paris, Cotillon, libraire du Conseil d'État ed., 1^{re} éd., 1867, Tome 5 n° 1 et 3. p.2 : n° 1 « Les personnes morales sont des êtres qui n'ont d'existence que par la volonté du législateur ».

¹⁴ TH. DUCROCQ, *Cours de droit administratif et de législation française des finances*, Paris, A Fontemoing ed., 6^e éd., 1881, Tome 2, p. 104, n° 905 et « De la personnalité juridique en France du Saint-Siège », *RDP* 1894, Tome 1, pp. 47-77.

¹⁵ M. F. C. von SAVIGNY, *Traité de Droit romain*, trad. Ch. GUENOUX, Paris, Firmin Didot, 1^{ère} éd., 1841, 8 vol. ou 2^e éd. trad. GUENOUX, 1855-1860. SAVIGNY est considéré comme le fondateur de la théorie de la personnalité fictive.

¹⁶ La source de la personnalité civile a son importance puisque, si l'on part de l'idée qu'elle est fondée sur la loi, c'est cette dernière qui limite les compétences de cette personnalité ; alors qu'à l'inverse, si

Cette théorie, malgré sa difficile mise en place¹⁷, dura jusqu'en 1930 sous l'influence de BERTHÉLÉMY¹⁸. Avant et après la loi de 1833, les marchés publics de l'État étaient donc organiquement passés par une entité qui n'était pas une « personne publique ». Pour l'État, la différence avec la situation actuelle n'est pourtant pas étonnante. En effet, les marchés publics ont essentiellement un rôle patrimonial, ils ont pour objet de faire rentrer dans le patrimoine de la personne publique des biens meubles ou immeubles¹⁹. Les contrats, et en premier lieu les marchés, étaient alors de ce fait conçus comme des actes de pure gestion, c'est-à-dire des actes assimilables à ceux de personnes privées, auxquels appliquer un régime de droit public n'apparaissait pas comme nécessaire²⁰. À ce titre, on peut parfaitement comprendre que les marchés aient été passés par cette « personne civile » qu'était l'État pour la majorité des juristes de l'époque. La situation a un intérêt particulier puisque, pour DUCROCQ²¹, les législations sur les marchés publics sont, parmi d'autres textes, la preuve que la loi entend donner une personnalité civile à l'État. Elles sont en effet la marque de sa compétence de pour gérer des biens comme le fait une personne physique, et l'évolution des législations sur les marchés publics

elle est fondée sur la « nature des choses » la personne morale a, en théorie, les mêmes compétences que les personnes physiques.

¹⁷ Cf. sur ce point G. J. GUGLIELMI, *La Notion d'administration publique dans la théorie française. De la Révolution à l'arrêt Cadot, 1789-1889*, Paris, LGDJ, *Bibliothèque de droit public*, Tome 157, 1990, 378 pp., notamment p. 146 et s. et N. FOULQUIER, *Op. Cit.* p. 90. Ce dernier insiste sur le fait que la théorisation de la personnalité fictive de l'État n'a eu lieu chez les auteurs français qu'aux alentours de 1870 face à l'amorce de son déclin et sous l'influence de SAVIGNY, mais qu'elle existait depuis le début du XIX^e siècle.

¹⁸ H. BERTHELEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, Paris, A. Rousseau, 12^e éd., 1930, 1168 pp., notamment p. 34. Cet auteur va d'ailleurs plus loin que les autres puisque s'il accepte la théorie de la personnalité fictive, il estime que la reconnaissance de l'autonomie des biens de l'État – et des autres entités publiques ou privées – n'a pas pour conséquence de créer un être doué d'une existence juridique autonome. Il n'accepte pas l'idée de la reconnaissance d'une « personnalité civile » complète, conséquence d'un patrimoine, il n'accepte que les conséquences patrimoniales de cette personnalité fictive. À l'opposé, A. BATBIE, *Op. Cit.* n° 3, reconnaît une personnalité juridique morale fictive complète, plus large, même si les conséquences de cette personnalité fictive sont essentiellement patrimoniales.

¹⁹ Et même l'exception des services soumis à des procédures de passation avait la plupart du temps pour objet une bonne gestion de ces biens. Cf. Titre 1^{er}, chapitre 2^e pour la constatation de l'existence de marchés de transports, donc de services, alors assimilés à des marchés de fournitures et qui servait en partie non pas au transport de personnes mais au transport de marchandises.

²⁰ Pour H. BERTHÉLÉMY, si même on acceptait l'idée de personnes morales, elles ne sauraient en tout état de cause bénéficier de pouvoirs supérieurs à ceux d'une personne physique ; Cf. H. BERTHÉLÉMY, *Op. Cit.*, p. 53 : « Si l'usage de la puissance est l'exercice d'un droit, voilà donc un droit d'un genre nouveau tel que les individus n'en peuvent avoir. Les individus, à l'égard les uns des autres, sont propriétaires, débiteurs, créanciers ; ils n'ont pas de droits de contrainte. L'État, qui a ces droits ne les tient pas de sa seule personnalité si cette personne n'est que l'assimilation fictive à une personne naturelle. Le fait qu'on le regarde comme une personne ne peut lui attribuer que les droits des personnes. » & préface à l'édition française, p. IX., O. MAYER, *Traité de droit administratif allemand*, Paris, V. Giard et E. Brière, coll. BIIDP, 1903-1906, 4 Tomes.

²¹ TH. DUCROCQ, « De la personnalité civile de l'État d'après les lois civiles et administratives de la France », *Revue générale du droit*, Tome XVIII, 1894, p. 102, article dans lequel l'auteur cite notamment la loi du 3 mai 1841 sur l'expropriation pour cause d'utilité publique, qui donne une compétence légale pour autoriser les grands travaux publics et surtout le décret impérial du 31 mai 1862 (c'est lui qui remplace l'ordonnance de 1836 et le règlement du 31 mai 1838 et reprend dans son article 68 l'adjudication comme principe). Cité par G. JÈZE, *Les contrats administratifs*, Paris, Giard ed., 1927, p. 79, & DUVERGIER *Lois et décrets*, Tome 62, p. 316

ne sera pas atteinte par les considérations de personnalité morale²² puisque c'est la « personne civile État » qui les passe. À cet égard d'ailleurs, il faut faire la distinction entre la « personnalité morale » qui est « privée »²³ et la juridiction à laquelle sont soumis ces contrats qui peut malgré cela, sur le fondement du critère matériel, être la juridiction administrative.

304. Le premier tiers du XX^e siècle a connu la consécration de l'État comme personne morale de droit public, sous l'influence de deux grands juristes : Maurice HAURIOU²⁴ et Léon MICHOU²⁵. S'inspirant des conceptions allemandes²⁶ mais en les adaptant à l'approche française de l'État²⁷, ces auteurs considèrent que le droit administratif ne pourra se développer que lorsqu'il s'appuiera sur des notions fondamentales, au premier rang desquelles la personnalité juridique. Pour HAURIOU comme pour MICHOU, reconnaître cette personnalité, c'est permettre la soumission de la personne publique au droit, et à un droit qui lui est spécialement adapté²⁸ ; au contraire de ce que DUGUIT²⁹ ou BERTHÉLÉMY pouvaient avancer, loin d'être liberticide, cette personnalité publique permettait un développement des contrôles juridictionnels³⁰. Ce

²² On peut penser au décret du 18 novembre 1882, *décret relatif aux adjudications et aux marchés passés au nom de l'État*, Dalloz 1883.4.56 ; *Code administratif* Dalloz 1926 p. 273 qui remplace l'ordonnance de 1836 et le décret impérial de 1862 concernant le principe de l'adjudication pour tous les marchés.

²³ Et qui justifie que les contrats soient passés « dans l'intérêt de la personne »

²⁴ Le doyen HAURIOU aura une évolution dans sa pensée au sujet de cette personnalité morale de droit public. Il suffit pour s'en convaincre de comparer les 3^e et 11^e édition de son *Précis de droit administratif et de droit public général à l'usage des étudiants en licence et en doctorat es-sciences politiques*.

²⁵ L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 1906, spé p. 497. Fortement influencé par Georg JELLINEK, MICHOU avait une vision bien plus jusnaturaliste de la personnalité de l'État qu'il considérait comme une réalité nécessaire.

²⁶ Voir sur ce point N. FOULQUIER, *Op. Cit.* p. 113 ; F. LINDITCH, *La réception de la théorie allemande de la personnalité morale de l'État dans la doctrine française*, pp. 179-217 in O. BEAUD et P. WACHSMANN, (dir.) : *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, P.U.S., 1997, 347 p. Il s'agit notamment des œuvres de GERBER, LABAND, JELLINEK, et dans une moindre mesure de PREUSS et GIERKE (ce dernier dont le doyen HAURIOU s'inspira toutefois dans les trois premières éditions de son précis)

²⁷ Voir sur ce point G. MARCOU, *L'administration publique en Allemagne et en France. Des systèmes différents, des valeurs communes*, RFAP 1996, p. 357-373. Si la personnalisation de l'État était l'objectif dans les deux pays elle avait deux fonction différentes selon les cultures et de la situation historique. En Allemagne, elle avait pour but de juridiciser le régime impérial en lui imposant sa soumission au respect des droits et libertés individuels. Ainsi, l'empereur voyait son action limitée par les droits fondamentaux posés par la loi. En France, c'est le mythe de la loi comme expression de l'intérêt général qu'il fallait faire triompher, ce qui conduisait à subordonner l'administration à la loi.

²⁸ M. HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public général à l'usage des étudiants en licence et en doctorat es-sciences politiques*, Paris, Librairie de la société du recueil générale des lois et des arrêts, 3^e ed., 1897, Préface du 15 octobre 1896 « C'est un point sur lequel on ne saurait trop insister : enfermer toute l'activité administrative, même les actes de la puissance publique, dans la personnalité administrative, c'est par là même l'emprisonner dans les mailles du filet juridique ».

²⁹ Pour DUGUIT, l'État n'a qu'une fonction dans la société : poursuivre « un but conforme à la solidarité sociale » (*Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 1912, pp. 19-20), il ne peut donc posséder de droits subjectifs.

³⁰ Comme le développe N. FOULQUIER, *Op. Cit.*, reconnaître la personnalité des personnes publiques dans leurs activités administratives et « civiles », c'est leur accorder des droits subjectifs et par conséquent leur permettre de les défendre devant la juridiction administrative.

contrôle a d'ailleurs été le cadre du développement du droit des marchés publics, notamment grâce à l'interprétation extensive que firent les juges de la loi du 28 pluviôse An 8.

305. Aujourd'hui, la doctrine s'accorde sur la reconnaissance complète de la personnalité juridique de l'État, comme puissance publique et comme gestionnaire. Elle est unanime depuis WALINE³¹ et CARRÉ DE MALBERG³². Les jurisprudences administrative³³ et constitutionnelle³⁴ sont surtout venues consacrer ces réflexions en droit positif, justifiant la « thèse de la réalité technique »³⁵. Pourtant, le droit des marchés publics a été peu influencé par cette évolution. La raison en est que la reconnaissance de la personnalité complète a surtout été celle des droits subjectifs des personnes publiques dans l'exercice de la puissance publique. Or la reconnaissance de droits subjectifs dans la gestion de son patrimoine, c'est-à-dire essentiellement la possibilité pour la personne publique de contracter, et spécialement de passer des marchés publics, préexistait dans la théorie de la personnalité fictive lorsque la personne publique était considérée comme agissant comme une personne privée³⁶.

306. Cette distinction entre les caractères « public » et « privé » de la personnalité peut d'ailleurs expliquer le fait que le recours pour excès de pouvoir ne pouvait pas s'exercer contre des contrats. En effet, ces derniers sont l'acte habituel et

³¹ M. WALINE, *Manuel élémentaire de droit administratif*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 2^e éd., 1939, 715 p, spé. p. 200. Il faut reconnaître que M. WALINE écarte le débat sur la personnalité morale de l'État, qu'il considère comme étant une question de droit constitutionnel, pour se concentrer sur la personnalité des personnes administratives inférieures. Mais, à la quasi unanimité, les administrativistes actuels se fondent sur l'approche de M. WALINE pour reconnaître la personnalité à toutes les personnes publiques.

³² R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Librairie de la société du recueil Sirey, 1920 et 1922, spé. Tome 1 n° 10 p. 30 et s. « de l'unité de l'État comme fondement de la notion de personnalité étatique ».

³³ Comme pour répondre aux prières de MICHOUUD l'année de parution de sa *théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, 1906, le Conseil d'État reconnu une personnalité publique et civile à une personne publique par l'arrêt CE 20 janvier 1906, *Paternoster*, p. 63, RDP 1906, pp. 67-74, note G. JÈZE.

³⁴ Après avoir reconnu l'existence d'« organes » de l'État, ce qui implicitement sous-entend l'existence d'une personne publique dans sa décision n° 81-132 DC du 16 janvier 1982, *Nationalisations*, considérant n° 18, *GDCC*, n° 31 ; le Conseil utilisa explicitement le terme de « personne publique » dans sa décision CC n° 94-346 DC du 21 juillet 1994, rec. p. 96, RJC I-598, *RFDC* 20-1994, p. 814, note J. BON ; *AJDA* 1994, pp. 786-794, note G. GONDOUIN. Considérant n° 10 : « les dispositions de l'article 17 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 [...] ne concernent pas seulement la propriété privée des particuliers, mais aussi, à un titre égal, la propriété de l'État et des autres personnes publiques ».

³⁵ Sur la généralisation de cette justification, cf. F. LINDITCH, *Recherche sur la personnalité morale en droit administratif*, Paris, LGDJ, *Bibliothèque de droit public*, Tome 176, 1997, préface de J.-A. MAZERES.

³⁶ On peut sur ce point se référer au doyen HAURIOU, *Précis de droit administratif...*, 11^e ed. 1927, p. 293 « la personnalité administrative contient d'abord la personnalité civile de droit commun qui correspond sensiblement à la sphère des droits patrimonialisés... Mais ensuite, la personnalité administrative se dilate plus ou moins dans la sphère des droits de puissance publique non patrimoniaux. Sans doute, alors, elle ne se manifeste pas par le signe de la propriété, mais elle se manifeste par celui des responsabilités encourues à la suite de l'exercice de ces droits ; la responsabilité subjective étant aussi bien que la capacité d'acquérir, un critérium de la personnalité. » Il caractérise donc la personnalité civile par la « capacité d'acquérir » ce qui entend clairement qu'il classe les marchés publics dans cette personnalité civile et non dans l'exercice d'une pleine puissance publique.

typique de la personnalité civile. Le recours pour excès de pouvoir, recours objectif, ne doit permettre que de défendre la légalité et non des droits subjectifs comme le sont ceux issus des contrats. Si, malgré la reconnaissance d'une personnalité morale « publique », donc de droits subjectifs, le recours pour excès de pouvoir a pu continuer à s'appliquer aux actes unilatéraux, c'est que ceux-ci sont l'exercice subjectif de droits objectifs³⁷.

307. Sur le plan théorique, ces considérations sur la personnalité publique de l'État, et notamment sur sa reconnaissance tardive nous permettent de briser un mythe actuel : le droit communautaire n'a pas créé les « marchés publics de droit privé », sujet débattu en doctrine à la fin des années 1990 et jusqu'à la loi MURCEF. On a déjà dit que bon nombre des marchés publics de fournitures étaient assujettis par principe au droit privé et aux juges judiciaires, notamment à l'occasion de nos analyses sur la force contraignante des contrats³⁸. Le critère organique nous fournit une autre explication à l'existence des marchés publics de droit privé. En effet, puisque c'est en tant que personne juridique de droit privée que l'État voit ses marchés publics soumis à une réglementation de passation, il apparaît logique que ces contrats aient été assimilés à des contrats de personnes privées. La compétence administrative, c'est-à-dire la « publicisation » des marchés publics, n'est d'ailleurs pendant longtemps qu'une exception, posée d'abord par la loi du 28 pluviôse An 8 et ensuite par le décret du 11 juin 1806³⁹. Si la compétence administrative est devenue la règle, la raison en est que la pratique et les différentes interprétations jurisprudentielles de ces textes.

2) la question de l'unité de la personnalité de l'État, une extension du champ d'application des marchés publics.

³⁷ Raccrocher l'ouverture du recours pour excès de pouvoir au caractère objectif ou non du droit, alors même que la personnalité morale reconnue aux personnes publiques implique l'existence de droits subjectifs, est une idée qui a été « validée » récemment à la suite de deux évolutions. La première est l'ouverture du REP contre les contrats lorsque le recours est exercé par le Préfet sous la forme d'un déferé préfectoral. Il agit alors pour la défense de l'intérêt général en défendant « la légalité », c'est-à-dire qu'il défend le droit objectif qu'un contrat public soit légalement formé. La seconde est le fait que le Conseil d'État ait admis le recours pour excès de pouvoir contre les « éléments objectifs » du contrat que sont les clauses réglementaires dans un arrêt CE Ass. 10 juillet 1996, *Cayzeele*, rec. p. 274 ; *AJDA*, 1996 p. 732, chr. D. CHAUVAUX et TH.-X GIRARDOT ; *CJEG* 1996 p. 382, note Ph. TERNEYRE, *RFDA*, 1997 p. 89, note P. DELVOLVÉ. Voir aussi pour d'autres exemples, M. LONG, P. WEIL, G. BRAIBANT, P. DELVOLVÉ et B. GENEVOIS, *GAJA*, 14^e ed. n° 16.12 p. 101

³⁸ Cf. Première partie, chapitre 1^{er}, section première pour les marchés de travaux publics et surtout chapitre 2^e à propos de *La soumission régulière a droit privé* des marchés de fournitures durant le XIX^e siècle.

³⁹ Décret du 11 juin 1806, *Sur l'organisation et les attributions du Conseil d'État*, DUVERGIER *Lois et Décrets*, Tome 15 p. 376, 4, Bull. 98, n° 1652 ; article 14-2 « [le Conseil d'État connaîtra] de toutes contestations ou demandes relatives soit aux marchés passés avec nos ministres, avec l'intendant de notre maison, ou en leur nom, soit aux travaux ou fournitures faits pour le service de leurs départements respectifs pour notre service personnel ou celui de nos maisons ». Ce texte a ensuite été interprété par le Conseil d'État comme impliquant une application classique des critères jurisprudentiels de répartition des compétences entre les deux ordres de juridiction.

308. La personnalité de l'État une fois acquise, ou tout au moins acceptée, ce sont ses différents services ou les entités qui lui sont attachées qui déterminent plus précisément le champ d'application du Code des marchés publics⁴⁰. Or derrière cette personnalité juridique unique sont regroupés des services non seulement bien différents les uns des autres, mais dont l'autonomie pourrait parfois faire douter de leur absence de personnalité juridique propre⁴¹. Les modifications de la consistance de l'État, plus complexes qu'il n'y paraît, n'ont pourtant pas eu d'influence majeure sur le droit des marchés publics ; et l'on peut sur ce point louer les rédacteurs des textes internes et communautaires – une fois n'est pas coutume – pour cette constance dans la volonté de simplification. Tous, depuis la l'ordonnance de 1836, incluent « l'État », sans autre forme de précision, dans le champ d'application de leurs dispositions, laissant à d'autres textes, à la doctrine et à la jurisprudence le soin de préciser quand un « service » devient une personne autonome.

On retrouve donc les distinctions classiques qui permettent d'affirmer l'application du code aux autorités centrales et aux organes déconcentrés (a), mais aussi des situations plus complexes (b).

a) Les autorités centrales et les organes déconcentrés

309. La présidence de la République, les directions rattachées au Premier ministre ou les ministères ne sont que des organes de l'État et ne sauraient avoir de personnalité morale distincte. À ce titre, ils sont logiquement soumis au code des marchés publics actuel, comme ils l'étaient au code de 1964, aux législations antérieures et, nous le verrons, aux dispositions des directives européennes.

Si des débats anciens ont discuté la personnalité juridique des ministères⁴² – qui aurait été fondée sur leurs capacités à se représenter en justice et leurs gestions de patrimoines propres –, la doctrine de la fin du XIX^e et du début du XX^e siècle la refusa unanimement. Elle estimait que cette reconnaissance portait atteinte à l'existence de la personnalité de l'État qu'elle proclamait, soit en considération du fait que cette reconnaissance impliquerait une « dilution » de celle de l'État⁴³, soit, comme c'est le cas pour MICHOU, parce que le droit subjectif à l'origine de la personnalité de l'État est fondé sur les intérêts que cet État a à protéger, et que les intérêts d'un ministère ne

⁴⁰ Les « marchés conclus par l'État » de l'article 2 du Code des marchés publics constitue la première catégorie des marchés des « personnes morales de droit public » reconnus à l'article 1^{er} du même code.

⁴¹ Sur ces différents services, cf. B. DELCROS, *L'unité de la personnalité juridique de l'État (étude sur les services non personnalisés de l'État)*, préface de R. DRAGO, LGDJ, *Bibliothèque de droit public*, Tome 122, 1976.

⁴² Il s'agit d'une position défendue par P. MARQUES de BRAGA et C. PIERRE-LYON, *Traité des obligations et de la responsabilité des comptables publics – De la comptabilité de fait*, Paris, P. Dupont, 6 volumes, 1890-1892, Tome 2, n° 172 et s. p. 40.

⁴³ C'est notamment le cas de TH. DUCROCQ, *De la personnalité civile de l'État d'après les lois civiles et administratives de la France*, Paris, Thorin et Fils éd., 1894, p. 19, (Extrait de la revue générale du droit). Notons que même pour la personnalité civile de l'État, l'auteur « proteste contre le démembrement prétendu de cette grande personnalité civile » (conclusion, p. 50)

sauraient être distingués des intérêts de l'État⁴⁴. Pourtant, HAURIOU⁴⁵ a une position qui peut être intéressante pour le droit des marchés publics en ce qu'il admet que les ministères sont des « *individualités objectives* »⁴⁶, c'est-à-dire des entités qui ont à la fois « *un centre d'intérêt, un pouvoir de décision et un centre de fonction* »⁴⁷. Ainsi, sans leur reconnaître une personnalité juridique, il justifie cependant le champ d'application par ministère des premières réglementations post-révolutionnaires⁴⁸, et il ouvre la possibilité de marchés entre des entités au sein même de la personne publique État, de sorte que ses explications justifient également les marchés « maison »⁴⁹.

Pour ce qui est des autorités déconcentrées, la situation n'est pas différente. Tant les services de la préfecture que ceux des différents ministères sont soumis aux dispositions du code pour les marchés qui les concernent. Ainsi, les DDE, DDA, académies ou circonscription militaire de défense sont soumis aux mêmes procédures que leurs ministères de rattachement.

b) Difficultés d'application

310. Les « individualités objectives » du Doyen HAURIOU se sont semble-t-il étendues. Or c'est justement dans le cadre de tels services de l'État que se posent des problèmes de droit applicable, le doute sur la personnalité juridique de l'entité faisant se poser la question de l'application – ou de la non application – du droit des marchés publics dans ses dispositions spéciales à l'État.

311. Ainsi, la question des marchés les assemblées parlementaires a été à l'occasion d'une discussion doctrinale, qui, bien qu'aujourd'hui résolue, n'en a pas moins été vive et, à trois égards, topique : d'abord du point de vue de l'existence d'une « *individualité objective* », ensuite de la définition extensive – voire attractive – de l'État et enfin de l'influence communautaire. La spécificité des assemblées parlementaires, que le professeur B. DELCROS⁵⁰ souligne nettement dans sa thèse, est vraisemblablement à l'origine de la difficulté de leur appliquer le droit des marchés publics. Elles sont en effet dans une situation sans équivalent du fait de leur rôle constitutionnel et de ses conséquences sur leur qualité d'autorité administrative⁵¹.

⁴⁴ L. MICHOU, *La théorie de la personnalité morale*, Paris, LGDJ, 1906, Tome 1, n° 115, pp. 296-297

⁴⁵ M. HAURIOU, *Principes de droit public*, Paris, Librairie de la Sté. du recueil Sirey, 2^e ed. 1916, p. 89 (1^{re} ed. 1910, p. 645)

⁴⁶ *Ibidem*, 2^e ed. p. 104. Il les qualifie aussi d' « *individualités politiques et administratives* » (p. 88).

⁴⁷ *Ibidem*, 2^e ed. p. 89 (1^{re} ed., p. 646).

⁴⁸ Cf. *supra*

⁴⁹ Appelés souvent par l'anglicisme *In House*. Les marchés « maison » sont la reconnaissance inverse de deux personnalités juridiques tellement liées qu'elles n'ont plus qu'un seul intérêt et qu'elles sont partiellement assimilées par le droit des marchés publics à une seule personne.

⁵⁰ B. DELCROS, *L'unité de la personnalité juridique de l'État (étude sur les services non personnalisés de l'État)*, préface de R. DRAGO, LGDJ, 1976, *Bibliothèque de droit public* Tome 122

⁵¹ B. DELCROS note notamment la spécificité de l'affectation des palais Bourbon et du Luxembourg aux assemblées, avec une grande liberté de gestion, notamment pour ce qui est des autorisations

Dès 1899, l'affaire *Joly*⁵² allait soulever, à travers une question de marché de travaux, la question de la personnalité des chambres législatives. Si le Conseil d'État avait évité la polémique en considérant que les travaux effectués l'étaient sur « *une propriété de l'État* » et avaient le caractère de travaux publics, le doyen HAURIUO insiste sur les non-dits de l'arrêt et estime après analyse que « *les symptômes d'une personnalité morale des assemblées législatives sont donc certains* »⁵³. Or cette polémique, qui a ressurgi sporadiquement tout au long du XX^e siècle⁵⁴ jusqu'à la loi Sapin⁵⁵, a été résolue par le Conseil d'État dans un arrêt d'assemblée *Président de l'Assemblée nationale* du 5 mars 1999⁵⁶. Cet arrêt, sans doute en partie sous l'influence de la Cour de Justice⁵⁷, a estimé que les assemblées étaient soumises au Code des marchés publics, leurs marchés étant passés « *au nom de l'État* ». Les assemblées n'ont par conséquent pas de personnalité morale propre.

312. La personnalité de l'État pose donc d'autres questions doctrinales, notamment ce que l'on peut appeler son « *caractère attractif* ». En effet, l'absence de personnalité juridique propre – c'est-à-dire reconnue ni par les textes, ni par la jurisprudence – a pour conséquence l'incorporation de l'entité dans la personnalité

d'exploitation du jardin du Luxembourg (p. 42 et s.). L'auteur en vient dans sa seconde partie à développer tout un chapitre intitulé « *la personnalisation des assemblées parlementaires* », dans lequel il note l'indépendance de l'organisation des assemblées vis-à-vis de la hiérarchie administrative, l'indépendance des personnels et l'autonomie financière dont ces organes bénéficient. Pour lui, on en arrive à des assemblées qui bénéficient d'une personnalité de fait. (pp. 147-181)

⁵² CE 3 février 1899, *Joly*, *Sirey* 1899.III.121, note M. HAURIUO,

⁵³ Note sous l'arrêt, II. Il estime cependant que juridiquement la « *mort* » de l'assemblée tous les 4 ans aurait pour conséquence une personnalité juridique éphémère ce qui ne lui semble pas acceptable. Politiquement, il conclue aussi qu'« *il vaudrait mieux, assurément, que la personnalité morale des assemblée ne se révélât pas [...]* ».

⁵⁴ Le professeur L. RICHER, *Droit des marchés publics*, fasc. II.200.1/2 cite une note du Conseil d'État du 3 mai 1947 considérant que l'on peut contester le caractère de marché de l'État des marchés de travaux des assemblées, puis l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 qui, en considérant que l'État est responsable des dommages des assemblées parlementaires, implique nécessairement l'absence de personnalité juridique des assemblées.

⁵⁵ Un débat a eu lieu au sujet de la soumission des assemblées au Code des marchés publics à l'occasion de la loi Sapin, *Cf. J.O. deb. AN*, 16 octobre 1992, p. 3891.

⁵⁶ CE Ass. 5 mars 1999 *Président de l'Assemblée nationale*, *GAJA* 14^e ed. n° 109 ; *CJEG* 1999 p. 181, concl. C. BERGEAL ; *RFDA* 1999 p. 333 concl. C. BERGEAL ; *AJDA* 1999 p.409, chron. P. FOMBEUR et F. RAYNAUD ; *JCP G* 1999.II.10090 note H. DESCLOURES ; *Dalloz* 1999 p. 627 note P. BRUNET, *DA* décembre 1999, chr. A. HAQUET ; *Rev. Adm.* 1999 p. 164 note MOLANDIN ; *RDP* 1999 p. 1785, note E. THIERS ; *RFDC* 1999 p. 615 note J. TRÉMEAU.

⁵⁷ L'arrêt CJCE 17 septembre 1998 *Commission contre Royaume de Belgique*, Aff. C-323/96 ; *Recueil des arrêts de la Cour*, I.5063, arrêt p. 5072 et concl. de l'Avocat général M. S. ALBERT P. 5065 ; *BJCP* n° 2, 1999 p. 209 avait qualifié le parlement flamand (l'un des deux parlements fédérés de la Belgique), le *Vlaamse Raad*, de « *pouvoir adjudicateur* » afin de soumettre ses marchés à la directive travaux. Cet arrêt peut pourtant paraître étonnant en ce qu'il qualifie de pouvoir adjudicateur non pas de personne morale mais d'organe étatique. Ce point, qui n'a pas été discuté, ni par la Belgique cette dernière arguant de l'indépendance du parlement dû à sa nature d'organe législatif, ni par la commission qui demande la qualification comme pouvoir adjudicateur, ni par l'Avocat général est une des spécificités de la définition communautaire, *Cf. infra*.

juridique étatique. C'est ce qui est advenu aux Autorités administratives indépendantes dont les marchés sont assimilés à ceux de l'État⁵⁸.

La personnalité juridique de l'État, qu'elle soit de droit privé ou de droit public, est donc extensive, ce qui a conduit à un développement des cas dans lesquels la réglementation de « marchés publics » normalement applicable à « l'État » a été appliquée. L'autre extension du champ d'application *rationae personae* des marchés publics vient de l'application de ces textes aux établissements publics nationaux, même si les établissements ayant un caractère industriel et commercial n'y ont été que récemment et partiellement soumis.

B) Les établissements publics étatiques

313. L'article 2 du Code des marchés publics n'a pas innové quant au critère organique par rapport au code antérieur : il reste applicable aux établissements publics étatiques « *autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial* ». La soumission des établissements publics au droit des marchés publics est difficile à dater dans la mesure où la *notion* d'établissement public, utilisée souvent durant tout le XIX^e siècle, n'a pris sa forme juridique actuelle qu'après la deuxième guerre mondiale, et encore celle-ci n'est-elle pas sans être source de débats infinis et d'appréciation au cas pas cas.

L'émergence des établissements publics comme catégorie juridique a été aussi lente que la systématisation de leur soumission à l'adjudication. De plus, pour les établissements publics nationaux, cette soumission de principe aux procédures de passation n'a été imposée qu'aux établissements publics administratifs, les établissements publics industriels et commerciaux en ayant été exemptés pour des raisons d'opportunité commerciale (1). Cependant, on peut remarquer un développement de la catégorie des EPA nationaux ce qui étend par contre-coup l'application du Code des marchés publics (2).

1) Une soumission des établissements publics nationaux de plus en plus généralisée

314. La lente mise en place de la catégorie des établissements publics et l'extrême diversité de ceux-ci rendait difficile la généralisation de l'application des réglementations de marchés publics à ces entités jusqu'au premier tiers du XX^e siècle (a). Lorsque la situation fut éclaircie, le droit des marchés publics ne se vit pourtant pas appliqué de façon systématique puisque les établissements publics industriels et commerciaux nationaux ont été exclus du champ d'application du code (b).

⁵⁸ F. GAZIER et Y. CANNAC, *Les autorités administratives indépendantes*, EDCE 1983-1984, pp. 13-79, spé. p. 22 ; M. POCHARD *et alii*, « Réflexions sur les autorités administratives indépendantes », EDCE 2001, pp. 253-385, spé. p. 293

a) Une lente émergence

315. La notion d'établissements publics a fait l'objet de nombreuses études, d'abord par la doctrine de la fin du XIX^e siècle⁵⁹, principalement pour en poser les grandes lignes et les reconnaître comme une catégorie à part entière, distincte des établissements d'utilité publique ; ensuite par d'autres auteurs à partir du milieu du XX^e siècle⁶⁰, principalement pour préciser les catégories d'établissements publics, et notamment la différence entre les établissements publics à caractère industriel et commercial des établissements publics administratifs⁶¹.

316. Les premières tentatives de systématisation de la notion d'établissement public vont rapidement dépasser l'utilisation du terme comme synonyme « d'organisme public »⁶² pour poser peu ou prou trois critères : la gestion d'un service public, la vocation spéciale de l'établissement et l'existence d'une personnalité morale. On peut d'ailleurs remarquer que l'existence de la personnalité morale des établissements posait alors moins de problèmes doctrinaux que celle des collectivités territoriales⁶³, idée relayée aujourd'hui par le fait que c'est à l'occasion d'une étude sur les établissements publics que le Conseil d'État a donné sa définition des personnes morales⁶⁴.

⁵⁹ On peut voir des développements dans L. AUCOC, *Conférences sur l'administration et le droit administratif*, Paris, Dunod ed., 3^e ed. 1885, Tome 1^{er}, p. 349 ; TH. DUCROCQ, *Cours de droit administratifs*, Paris, A. Fontemoing ed., 7^e ed. 1905, Tome VI p. 81 ; M. HAURIOU *Précis de droit administratif et de droit public*, Paris, librairie du recueil Sirey, 10^e ed. 1921 p. 303 & 12^e ed. 1933 pp. 280-298, spé. pp. 280-284 ; L. MICHOU, *théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Paris, LGDJ, 1906 Tome 1^{er} n° 122, p. 324 et s.

⁶⁰ Outre la plupart des manuels – qui développent aussi les critères des établissements publics – on peut penser à des thèses comme R. DRAGO, *Les crises de la notion d'établissement public*, Thèse Paris, Pedone ed. 1950 ; R. CONNOIS, *La notion d'établissement public en droit administratif français*, Paris, LGDJ, *Bibliothèque de droit public*, 1959, Tome 18 ; J.-P. THÉRON, *Recherche sur la notion d'établissement public*, Paris, LGDJ *Bibliothèque de droit public*, 1976, Tome 123.

⁶¹ À la suite de l'arrêt du Tribunal des conflits du 22 janvier 1921, *Société commerciale de l'Ouest Africain (dit du Bac d'Eloka)*, rec. p. 91 ; *GAJA*, 14^e ed. n° 38 p. 229 ; *Dalloz*, 1921.3.1, concl. MATTER ; *Sirey*, 1924.3.34 concl. MATTER.

⁶² L. MICHOU, *Théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, Paris, LGDJ, 1906, Tome 1^{er} p. 324 n° 122 et TH. DUCROCQ, *Cours de droit administratif*, *Op. Cit.* et *Revue Générale* 1894 p. 99 se font tous deux l'écho de ce sens très général qu'avait semble-t-il la notion d'établissement public à leur époque, à savoir tous les services publics personnalisés y compris le département et la commune. Eux-mêmes se concentreront sur les critères de la personne publique spéciale que nous connaissons aujourd'hui.

⁶³ L. MICHOU *Op. Cit.* n° 122 fait d'ailleurs remarquer que cette personnalité est aussi bien « publique » que « privée » tout en constatant que « *La plupart des établissements publics n'ont reçu, à proprement parlé, aucune délégation de puissance publique, et le rôle principal de leurs administrateurs consiste à gérer le patrimoine dont ils ont la garde. [...] mais si l'on va au fond des choses, l'on constate que ce patrimoine de l'établissement n'est, comme le patrimoine de l'Etat ou des communes, qu'un moyen mis à la disposition d'une groupe humain en vue d'un besoin collectif dont la satisfaction est mise au rang des services publics. C'est donc l'idée de service public qui est ici dominante. Aussi la gestion de ces établissements n'est pas une pure gestion de droit privé : leurs travaux sont des travaux publics, leurs deniers des deniers publics...* »

⁶⁴ Selon *Les établissements publics nationaux. Etudes du Conseil d'État*, La Documentation française, 1985, p. 67, derrière chaque personne morale de droit public il y a « un groupement humain capable d'exprimer une volonté autonome et des défendre des aspirations ou des intérêts propres ». On retrouve ici une approche de la personnalité morale s'apparentant à celle du professeur WALINE.

Cette personnalité morale, MICHOUUD le laisse entendre, a pour principale fonction de gérer un patrimoine, ce qui comprend bien entendu la capacité de passer des marchés. Durant le XIX^e siècle et jusqu'au deuxième tiers du XX^e, la question est alors celle de savoir si ces établissements devaient, ou non, respecter des procédures de passation, au premier rang desquelles l'adjudication.

317. En réalité, la réponse était nuancée. Aucun principe n'imposait aux établissements publics nationaux le respect d'une procédure de passation. Entendons par là qu'aucun texte général ne les soumettait à cette procédure. Pour autant, certains textes particuliers soumettaient tel ou tel établissement public national aux mêmes procédures de passation que l'État⁶⁵. On trouve cette assimilation, avant même que la catégorie des établissements publics ne soit fixée, dans le décret des 30 avril-16 mai 1792⁶⁶ qui étend aux fournitures de l'Hôtel des Invalides⁶⁷ les dispositions du décret 20 septembre-14 octobre 1791 *relatif aux commissaires des guerres*⁶⁸. Plus tard, on retrouvera aussi ce mécanisme, par exemple pour l'*Office national de la propriété industrielle* à qui l'on impose les « *formes et conditions prescrites pour les marchés de l'État* »⁶⁹, mais là encore il n'est pas absolu. On peut d'ailleurs comprendre les auteurs de ce texte : pourquoi rester dans le choix manichéen de l'application des procédures étatiques ou de leur non-application, alors que l'on peut aussi bien réglementer au cas par cas de façon nuancée ? De ce fait, certains textes donnaient le choix entre adjudication et gré à gré à tel établissement, voire laissaient aux organes dirigeants le soin de mettre en place des procédures adaptées à leurs secteurs⁷⁰. Cette formule nuancée, qui permettait de la part de la collectivité un contrôle de l'établissement sans trop de contraintes, a notamment semblé tout à fait adaptée aux établissements à vocation industrielle et commerciale. La situation postérieure distinguant entre les EPIC et les EPA vient d'ailleurs en grande partie de là.

⁶⁵ On verra que la situation est la même pour les établissements publics locaux. *Cf. supra*

⁶⁶ En réalité, c'est de ce texte sur les marchés publics que l'on peut tirer a contrario la qualité d'établissement public de l'hôtel des Invalides en 1792. Il nous indique en effet que ce dernier ne fait pas partie des « services » financés et gérés par le département de la guerre, ce qui nous laisse penser qu'il avait une autonomie financière et vraisemblablement la personnalité morale en plus sa spécialité dans le service public de soins aux malades.

⁶⁷ Décret des 30 avril - 16 mai 1792, titre 2 art. 34

⁶⁸ Décret 20 septembre-14 octobre 1791, *Relatif aux commissaires des guerres*, DUVERGIER *lois et décrets* Tome 3 p. 319 Titre 2, Article 6 : « *Toutes entreprises de fourniture militaire, excepté celles des vivres et des fourrages, doivent être laissées au rabais par adjudication publique, après affiches et publications solennelles ; il en sera de même de toutes entreprises dont le prix est payable par le département de la guerre* ». *Op. Cit.* à propos des travaux. À ce décret il faut ajouter celui des 22-27 nivôse An 2 qui soumet les marchés pour le service des armées à des formalités de signature en plus des procédures de passation.

⁶⁹ Décret du 20 septembre 1920, art. 10.

⁷⁰ C'est le cas pour l'*Office national des céréales* dont le directeur doit poser les cas d'adjudication ou de gré à gré aux termes des décrets des 15 juin 1941 et 1^{er} avril 1946, cité in A. de LAUBADÈRE *Traité des contrats administratifs*, Paris, LGDJ, 1^e ed 1956, p. 325.

b) Une fausse généralisation des marchés aux établissements publics : la soumission de tous les EPA mais l'exclusion des EPIC

318. La période entre 1953 et 1964 a été très riche en réformes du droit des marchés publics, le code de 1964 étant en fait issu d'une volonté compréhensible de clarifier et simplifier les évolutions récemment consacrées dans des décrets épars. Parmi les textes de cette époque, un décret du 11 mai 1953 va réformer les modalités financières des marchés. Il s'agit d'un texte technique qui visait à la fois à garantir au cocontractant de meilleures conditions de paiement et à l'administration un meilleur contrôle sur celles-ci⁷¹. Ce texte fait clairement, pour la première fois, la différence qui guide encore notre droit des marchés, entre les établissements publics nationaux administratifs – qu'il vise – et les établissements publics nationaux « soumis aux lois et usages du commerce »⁷² qu'il exclut de son champ d'application. L'utilisation de cette distinction pour l'application des règles de passation ne sera pourtant institutionnalisée que 25 ans plus tard. Le décret du 31 mars 1978⁷³ modifie en effet l'article 39 du Code des marchés publics en remplaçant les mots « Les marchés de l'État » par « les marchés de l'État et de ses établissements publics autres que ceux ayant le caractère industriel et commercial ».

319. La situation était paradoxale puisque l'essentiel des établissements publics soumis à des procédures de passation propres étaient des EPIC, alors que ce sont les EPA qui se sont vu soumettre de façon généralisée au Code des marchés publics. En réalité, si tel a été le cas, c'est parce que les procédures spécifiques à chaque EPIC avaient toutes recherché un compromis entre contrôle administratif et gestion commerciale. Les EPIC ont ainsi été soumis par la loi ou par des CCAG propres à des procédures d'appel d'offres⁷⁴ avant même que cette procédure soit généralisée par le décret du 13 mars 1956⁷⁵. La diversité des procédures de passation des EPIC est d'ailleurs la preuve de cette volonté de compromis⁷⁶, mais aussi de l'adaptation des procédures à chaque « entreprise » qu'est

⁷¹ Décret n° 53-405 du 11 mai 1953 relatif au règlement des marchés de l'État et des établissements publics nationaux non soumis aux lois et usages du commerce. *Dalloz*, 1953, législation p. 176. Ce décret réforme les avances, les acomptes, les intérêts moratoires, les délais de mandatement et de constatation, les garanties du titulaire et met en place les CCRA, mais son article 1^{er} fixe son champ d'application, ce qui nous intéresse ici.

⁷² Notons que la différence entre les EPIC et les EPA n'est pas celle retenue alors que nous sommes 22 ans après l'arrêt du *Bac d'Eloka*. Cette différence entre le droit administratif général et le droit des marchés va dans le sens d'une transposition contestable – au moins au plan historique – des directives communautaires avec la loi MURCEF. *Cf. Infra*.

⁷³ Décret 78-494 du 31 mars 1978 Modifiant le droit des marchés publics, art. 8 ; *J.O.* du 4 avril p. 1483 ; rectificatif au *J.O.* 11 avril p. 1627 ; *Dalloz* 1978, partie législation p. 239

⁷⁴ P. DELVOLVÉ « Les marchés des entreprises publiques », *RDP* 1970 p. 1287, spé p. 1337 note que « l'appel d'offre constitue le droit commun » des marchés des entreprises publiques, même si les accords de gré à gré sont fréquents.

⁷⁵ Décret n°56-256 du 13 mars 1956 Réformant le régime des marchés de l'État en remplaçant le décret du 18 novembre 1882 et les parties du décret du 6 avril 1942. Voir les analyses de A. de LAUBADÈRE « La nouvelle réglementation des marchés de l'État », *RDP* 1958 n° 1 p. 5 ; et *AJDA* 1956 III p. 21 ; A. COUTAUD « La réforme de la réglementation des marchés publics » *RA* 1957 p. 126

⁷⁶ La Commission de vérification des comptes des entreprises publiques notait cette « diversité des procédures auxquelles il est fait appel dans le secteur public industriel et commercial » dans ses 8^e et 10^e rapports

un EPIC. La logique de la réforme a donc été de ne pas changer un droit souple et adapté pour un droit par trop rigide et donc moins adapté à l'activité économique.

Cette soumission disparate des établissements publics aux procédures de passation ne doit pourtant pas cacher la possibilité pour les EPIC de voir leurs marchés qualifiés de contrats administratifs, soit du fait de la qualification de travaux publics de leurs travaux, soit du fait des critères classiques des contrats administratifs. Cette situation entretenait bien entendu la confusion puisque le contentieux contractuel pouvait utiliser la qualification de « marchés de travaux publics » pour l'exécution des contrats des EPIC, même si pour leur passation ils n'étaient pas soumis au Code des marchés publics.

Ce constat d'une soumission *a minima* des établissements publics n'est pourtant pas suffisant, il ne faut pas oublier une extension interne du nombre des EPA nationaux qui a eu pour conséquence un accroissement des cas d'application du Code des marchés publics.

2) Une définition des établissements publics administratifs nationaux en extension, source d'une extension de l'application du Code des marchés publics ?

320. La détermination du champ d'application du Code des marchés publics dépend certes de la qualification d'établissement public et, plus précisément, de celle d'EPIC ou d'EPA, mais aussi du caractère national ou non de l'établissement⁷⁷. Nonobstant les cas – nombreux – dans lesquels le législateur spécifie que l'établissement est national dans son texte institutif, cette question du rattachement de l'établissement public à l'État est relativement complexe à appréhender⁷⁸. La jurisprudence utilise en la matière une technique proche de celle du faisceau d'indices⁷⁹ qui comprend l'analyse du pouvoir de contrôle de l'établissement, de la rétribution des agents sur le budget de la collectivité, de leur mode de nomination dans un grade et de l'autorité chargée de la nomination des dirigeants⁸⁰.

Pour ce qui nous concerne, il faut surtout remarquer que ces critères de rattachement d'un établissement public à l'État ou à une collectivité locale sont à apprécier au cas par cas, et que l'on ne peut poser un principe général de rattachement sur critère

(respectivement p. 107 et 66), cités in P. DELVOLVÉ *Les marchés des entreprises publiques*, RDP 1970 p. 1287, spé p. 1336

⁷⁷ Surtout si celui-ci est un établissement public industriel et commercial.

⁷⁸ E. FATÔME, « À propos du rattachement des établissements public », *Les collectivités locales. Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau, Economica ed.*, 491 pp., spé. pp. 139-154 ; J.-C. DOUENCE, « Le rattachement des établissements publics à une collectivité territoriale », *AJDA*, 1971, p. 6.

⁷⁹ La multiplication de l'utilisation de cette méthode peu satisfaisante de qualification juridique autour de la notion d'établissements publics – pour la différence entre les EPIC et les EPA mais aussi pour déterminer la collectivité de rattachement – est la meilleure marque de l'extrême diversité de cette catégorie.

⁸⁰ CE 15 juillet 1958, *Dame Meyer et autres*, rec. p. 446. Le Conseil d'État estime que, bien que le secrétaire de l'école de médecine et de pharmacie d'Angers soit nommé par le ministre, la rétribution de celui-ci sur le budget de la commune et sa nomination dans un grade par le conseil municipal fait de l'école en question un établissement public communal. On retrouve les questions de compétence pour la gestion du personnel dans un arrêt CE 28 octobre 1938, *Dame Veuve Alaise*, rec. p. 801.

unique. La soumission au code est donc plus instable qu'il n'y paraît, même lorsque l'activité – administrative ou industrielle et commerciale – de l'établissement a pu être déterminée. Cette situation n'a d'ailleurs jamais été abordée par le droit communautaire, ce dernier respectant dans ce domaine le principe de subsidiarité. La situation pourrait pourtant changer, comme c'est le cas pour la notion d'activité industrielle et commerciale qui n'a pas dans les directives communautaires la même place que celle qu'elle a en droit interne des marchés publics⁸¹.

Le droit interne s'est figé sur la différence entre les EPA et les EPIC et l'on pourrait penser que l'extension du champ d'application des procédures de passation ne s'est faite depuis une trentaine d'années que sous l'influence du droit communautaire. Si ce « relais » entre les deux sources du droit s'est souvent vérifié, le droit interne a aussi évolué par lui-même à l'égard des établissements publics nationaux.

Certains établissements publics dont on doutait du rattachement national ou local ont en effet été qualifiés d'établissements publics nationaux après de longues tergiversations judiciaires et doctrinales. Lorsqu'en plus ces établissements étaient administratifs, cette nouvelle qualification les a fait *ipso facto* rentrer dans le champ d'application du Code des marchés publics. On peut ainsi remarquer que lorsque l'application des critères pose problème, la tendance actuelle est au rattachement de l'établissement public à l'État.

a) Les chambres professionnelles

321. Les chambres professionnelles sont un bon exemple de ce phénomène. Ces dernières – chambres de commerce et d'industrie, chambres d'agriculture et chambres des métiers – ont pendant longtemps été considérées comme « établissements publics sans rattachement », notamment en considération de la spécialité géographique de ces établissements qui semblait contredire la mission nationale qu'elles poursuivaient et l'absence de tutelle locale⁸². Après une évolution en plusieurs temps, notamment un passage pour le moins contestable par l'application du livre III du Code des marchés publics de 1964⁸³ et une loi tout aussi discutable⁸⁴, l'arrêt du Conseil d'État *CCI de la*

⁸¹ Cf. *infra* sur la notion communautaire et sa transposition par la loi MURCEF. Pour la notion de rattachement, l'évolution pourrait aller dans le sens de la seule prise en compte du critère de la tutelle ou, plus encore, du financement, comme il se sépare du critère du faisceau d'indices et de la différence entre EPIC et EPA pour ne retenir que l'objet principal du contrat. Un espoir sur l'utilisation du faisceau d'indices en droit communautaire réside pourtant dans la communication sur les concessions en droit communautaire du 12 avril 2000.

⁸² Cette qualification « d'établissements publics sans rattachement » était due à la combinaison de deux prises de position du Conseil d'État, la première estimant que les chambres de commerce n'étaient pas des établissements publics nationaux (CE 21 février 1936 *Sieur Retail*, rec. p. 231 ; *Sirey* 1936.III.121, note R. ALIBERT, se fondant sur la loi du 9 avril 1898), la seconde estimant qu'elles n'avaient pas non plus la qualité d'établissements publics communaux (CE, Avis, 18 juillet 1950). La Commission centrale des marchés en avait tiré la conclusion qu'étant sans rattachement, le Code des marchés publics ne leur était pas applicable (Avis publié dans la revue *Marchés publics*, Mai 1978 n° 154.)

⁸³ Le premier arrêt appliquant le Code des marchés publics à une chambre de commerce et d'industrie – CE 4 juin 1976 *Desforets* rec p. 301 – annule l'éviction d'une entreprise du fait du non-respect, par la

Vienne du 13 janvier 1995⁸⁵ va définitivement appliquer les dispositions étatiques du code des marchés aux chambres professionnelles. Cette solution du droit positif aurait d'ailleurs pu être trouvée bien plus rapidement, si l'on avait lu nos grands auteurs du XIX^e siècle dont les plus éminents représentants – L. MICHOUUD et M. HAURIOU – estimaient déjà que les chambres professionnelles étaient des établissements publics administratifs nationaux⁸⁶. Cette extension de la qualification d'établissement public administratif étatique constitue dans le même temps une extension du Code des marchés publics.

b) Les associations syndicales de propriétaires

322. Cette évolution ne se retrouve pas pour les associations syndicales de propriétaires qui ont la qualité d'établissement public lorsqu'elles sont forcées ou autorisées⁸⁷. Il y a encore peu, on les considérait comme des établissements publics sans

commission d'appel d'offre de la CCI de Clermont-Ferrand-Issoire, des articles 298 à 300 du C.M.P., c'est-à-dire qu'il semble vouloir étendre le titre III à tous les établissements publics n'ayant pas de rattachement territorial alors que ces dispositions ne sont normalement applicables qu'aux collectivités territoriales et leurs établissements publics. Cette tentative n'a heureusement pas été suivie par un arrêt concernant une chambre départementale d'agriculture pour lequel une des questions qui se pose est l'application de l'article 94ter du C.M.P., c'est-à-dire une disposition applicable à l'État, cf. CE 9 décembre 1987, *Chambre d'agriculture des Deux-Sèvres*, rec. 403 ; *CJEG* 1988 p. 103, note F. MODERNE ; *Dalloz* 1988, SC, p. 252 obs. Ph. TERNEYRE.

⁸⁴ Dans son article 84-I, la loi *DDOEF* du 8 août 1994 qualifie les chambres professionnelles « d'établissements publics économiques », alors même qu'une ordonnance de référé fondée sur l'ancien article L. 22 du code TA-CAA du TA de Pau en date du 7 mars 1994 *Schmeltz*, (*Marchés publics* 1994, n° 282 p. 24) venait de reconnaître qu'il fallait leur appliquer le Titre 1^{er} du code en tant qu'établissement public administratif de l'État. On ne peut que regretter cette qualification législative qui conduit à devoir distinguer entre des établissements publics administratifs économiques et des établissements publics industriels et commerciaux. Certes le Tribunal des conflits semble accepter l'existence de ces EPA économiques dans un arrêt du 18 décembre 1995 *Préfet de la Région Ile-de-France*, rec. Tables. p. 827 mais la différence avec les EPIC nous semble source de difficultés. En effet, elle tend à porter atteinte au critère classique du faisceau d'indices pour la distinction entre EPIC et EPA pour ne se concentrer que sur la nature du service rendu. On retrouvera *infra* ces problèmes en droit communautaire. Cf. pour une étude visant à une généralisation de qualification en 1994 G. DURAND, *L'établissement public économique, une nouvelle catégorie d'établissement public ?*, *JCP* 1995.I.3877

⁸⁵ CE 13 janvier 1995 *CCI de la Vienne*, *Quot. Jur.* 20 juillet 1995 n° 58 p. 5 ; *LPA* 20 juillet 1995, n° 58 p. 5, note D. MORENO. Cf. C. DENAGISCARDE, *À propos des marchés publics des chambres de commerce et d'industrie*, *Marchés publics*, janvier 1995 p. 58

⁸⁶ M. HAURIOU, *précis de droit administratif et de droit public à l'usage des étudiants en licence (2^{ème} et 3^{ème} années) et en doctorat ès sciences politiques*, Paris, Librairie du recueil Sirey, 12^e ed. 1933, p. 186 & 10^e ed. 1921, p. 308 classe « les établissements relatifs à l'agriculture et au commerce (chambre d'agriculture D 25 mars 1852 et loi 25 oct. 1919), l'institut national agronomique (L 25 février 1901) et les chambres de commerce (Loi 28 ventôse An 9 notamment) et les ports maritimes » dans les établissements publics étatiques. *Idem* fondé sur le raisonnement de M. HAURIOU pour L. MICHOUUD, *La théorie de la personnalité morale et son application en droit français*, 1^{ère} ed. 1906. Tous les deux notent tout de même la spécificité de la « circonscription » (le mot est de M. HAURIOU) spéciale des chambres de commerce, et estiment justement que c'est la raison pour laquelle. « On doit les considérer comme se rattachant à l'Etat » (cette opinion de M. HAURIOU est reprise par L. MICHOUUD p. 329 note 1.)

⁸⁷ Ces associations issues à l'origine de la loi du 21 juin 1865 peuvent être forcées, autorisées ou libres. Les syndicats sont pourtant un moyen d'administration plus ancien : D. SERRIGNY, in *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative*, Paris, Aug. Durand libraire

rattachement⁸⁸, la jurisprudence estimant depuis 1944⁸⁹ qu'elles n'étaient pas des établissements publics nationaux et leurs compétences, tirées de la seule loi et limitées par une tutelle préfectorale, excluaient une qualification d'établissements publics locaux. Un arrêt *Favier* de 1995⁹⁰, fort contestable, est à l'origine du droit positif : la soumission de ces associations à l'ancien titre 3 du Code des marchés publics, c'est-à-dire aux dispositions réservées aux collectivités locales et leurs établissements publics. Pourtant, les arguments en faveur de l'assimilation de leurs marchés à ceux des établissements publics administratifs nationaux⁹¹ ne sont pas sans portée. Le premier est que l'existence des associations syndicales et leurs travaux ont un intérêt national, même s'ils ne se réalisent que ponctuellement et localement. Le second est une certaine cohérence dans les qualifications qui voudrait que, proche dans l'esprit des chambres professionnelles, ces associations leur soient assimilées. Si le revirement de jurisprudence n'est pas à l'ordre du jour, on peut espérer que l'arrêt *Favier* aura le même futur que l'arrêt *Desforets*, même si la loi *Montagne* de 1985 donne un argument textuel à ceux qui voudraient voir la situation actuelle perdurer⁹². L'ordonnance n° 2004-632 du 1^{er} juillet 2004 *relative aux associations syndicales de propriétaires* prévoit dans son article 62 un décret en Conseil d'État pour préciser notamment « 7° Les conditions de passation et d'exécution des marchés d'une association syndicale autorisée ». On peut espérer que ce dernier ira dans le sens que nous disons⁹³, mais il semble qu'un avis non publié du Conseil d'État ait considéré que les associations syndicales n'étaient ni des établissements publics nationaux, ni des établissements publics locaux. Peut-être seront-elles encore une personne publique *sui generis*.

ed., 2^e ed. 1865, n° 675 p. 165 précise pour les associations syndicales d'irrigation qu'elles effectuent des travaux publics « si elles agissent en vertu d'une délégation de l'administration » CE 22 août 1858 *Seyte*.

⁸⁸ Cf. la position de la Commission centrale des marchés *in Marchés publics* Janvier-Février 1991, n° 255 p. 8

⁸⁹ Cette qualification est issue de CE 1 mars 1944 *Association dite Syndicat des lotis exploités de Porchefontaine, Sirey* 1944.III.45 qui estime implicitement que l'associations syndicale n'est pas un établissement public national en donnant compétence au Conseil de préfecture pour régler le litige au fond.

⁹⁰ CE 13 septembre 1995 *Favier*, *CJEG* 1996 p. 17, note L. RICHER.

⁹¹ Au-delà de l'application du droit des marchés, la qualification de ces syndicats comme des EPA nationaux semblerait justifiée.

⁹² Le *Droit des marchés publics* du *Moniteur*, au fascicule II.200.2/3 propose comme justification à l'arrêt *Favier* l'ancien article 310 du code des marchés publics, modifié en 1986 pour prendre en compte la loi *Montagne* 85-30 du 9 janvier 1985. Cette disposition précisait que dans les zones de montagne les « associations syndicales autorisées de propriétaires fonciers » pouvaient passer des marchés négociés dans les conditions de l'article 104 de l'ancien Code des marchés publics. On peut faire deux critiques de cette justification : d'une part, cette disposition est une exception « en zone de montagne » et une véritable interprétation *a contrario* pourrait en tirer la conséquence que hors ce critère géographique, les associations syndicales ne sont pas soumises au code. D'autre part et surtout, cet article 310 n'a pas été intégré dans le nouveau Code des marchés publics, le critère textuel tombe donc au moins formellement et laisse la porte ouverte à une soumission aux dispositions étatiques.

⁹³ Ordonnance n° 2004-632 du 1^{er} juillet 2004 *relative aux associations syndicales de propriétaires*, *J.O.* n° 152 du 2 juillet 2004 p. 12046, texte n° 13

c) Les conseils de fabrique

323. On pourrait ici ajouter l'exemple des Conseils de fabrique, réminiscence du droit d'avant la séparation de l'Église et de l'État⁹⁴ qui perdure dans le droit d'Alsace-Moselle, mais la situation n'est pas encore clairement établie. En effet, malgré un arrêt récent⁹⁵ décidant que le Code des marchés publics était applicable en l'espèce, on ne sait pas, ni si cette application est obligatoire, ni si elle est fondée sur une qualification d'établissement public national des fabriques. Ce deuxième point étant le plus difficile en l'espèce puisque c'est la spécificité locale du droit d'Alsace-Moselle qui est à la source du problème.

Malgré une situation qui n'est clairement établie que pour les chambres professionnelles, il semble donc qu'en l'absence de rattachement exprès, et en cas de doute dans l'application des critères de rattachement, il existe en droit français une présomption pour qu'un établissement public soit rattaché à l'État.

§ 2 : Les collectivités locales et leurs établissements publics

324. Les collectivités locales, personnes morales de droit public, sont elles aussi visées par le Code des marchés publics. Le code de 1964 leur accordait un titre III qui leur était particulier, ceux de 2001 et 2004 ayant préféré rapprocher autant que possible les dispositions étatiques et locales, ils leur appliquent au maximum des dispositions communes et traite au cas par cas les différences. Pour l'essentiel, ces différences conduisent à apporter des contraintes supplémentaires aux collectivités locales pour la passation de leurs marchés. On peut voir dans ce renforcement la volonté de contrôle indirect de l'État sur l'utilisation de l'argent public local, volonté peut-être marquée d'une certaine résistance historique à la décentralisation.

⁹⁴ Pour une étude complète du régime de ces fabriques, cf. G. DUFOUR, *Traité général de droit administratif appliqué ou exposé de la doctrine et de la jurisprudence*, Paris, Cotillon, éditeur, libraire du Conseil d'État, 2^e ed. 1856, Tome 5, n° 560 à 620. Le n° 618 nous enseigne que les contrats d'acquisition constituaient « des contrats de droit commun dont l'appréciation et l'application n'appartiennent qu'aux tribunaux ordinaires » (Cf. Décret 24 mars 1849 *Fabrique de Sainte-Soulle*) et le n° 627 précise que l'exécution des marchés est soumise aux tribunaux civils. Voir aussi L. BÉQUET, « De la personnalité civile des diocèses, fabriques et consistoires », *RPDF* 1879, Tome 45, pp. 445-495 et 1880, Tome 46, pp. 193-220, spéc. p. 446.

⁹⁵ CE 14 juin 1999, *Conseil de fabrique de la cathédrale de Strasbourg*, req n° 181023, rec. p. 199, *AJDA* 1999 p. 938. Voir aussi CAA Nancy *Consorts Koenig*, 2 mai 1996 rec. T p. 731, 875 et 1150. La position de certains auteurs conduisant à dire que cet arrêt soumet les fabriques au Code des marchés publics est contraire à la position des instances de tutelle des cultes (voir *J.O. Ass Nat Débat*, 23 octobre 1995 p. 4458, *DA comm.* n° 671 ; et n° 29152 du 21 juin 1999 p. 3854) qui font une interprétation stricte du C.M.P. et estimant que les « fabriques d'églises catholiques et les consistoires protestants d'Alsace-Moselle qui sont des établissements *sui generis* non rattachés à une collectivité publique, ne sont donc pas tenus au respect de ce code... ». Pour J.-M. WOERLING « *il n'était pas nécessaire de qualifier de marché public le contrat passé entre le facteur d'orgue et le conseil de fabrique* » (J.-M. WOERLING « Au sujet d'un arrêt récent du Conseil d'État. Les établissements publics culturels et les marchés publics » *RLD*, 29 (2000), p. 7-9 ; L. BARTMAN « Les établissements publics du culte d'Alsace-Moselle sont-ils soumis au Code des marchés publics ? » *RLD* 29 (2000), p. 5-6

La soumission aux règles de passation a évolué dans le même sens que celui qui a prévalu pour l'État, à savoir une soumission de plus en plus généralisée. Pour autant, l'évolution a été plus lente mais aussi plus diversifiée puisque, si l'on peut raisonnablement assimiler aujourd'hui les règles applicables aux différentes collectivités locales, cela n'a pas toujours été le cas (A). Les émanations des collectivités locales que sont les établissements publics locaux ont été soumis, eux aussi, de plus en plus au droit des marchés publics, notamment en fonction de l'évolution historique de la soumission des communes, départements et régions dont ils dépendent. Une différence nette apparaît pourtant par rapport aux établissements publics nationaux : la soumission de tous les établissements publics locaux, que leur objet soit administratif ou industriel et commercial (B).

A) Les collectivités locales : lentement centrales dans les marchés publics

325. Les collectivités locales, autres personnes publiques territoriales après l'État, font aujourd'hui partie du « noyau dur » des personnes soumises aux législations de marchés publics. L'évidence actuelle de leur soumission ne doit pourtant pas faire oublier que l'idée même de leur personnalité juridique, « civile » comme administrative, ne date que du début du siècle dernier. Certes, leur soumission à des procédures de passation est partiellement à distinguer de la reconnaissance de la personnalité juridique administrative ou même de la compétence administrative ou judiciaire en cas de litige, mais la confusion des notions durant tout le XIX^e siècle nous oblige à constater qu'organiquement la notion de marché public est là encore apparue lentement (1). Aujourd'hui, si les collectivités territoriales font partie du « noyau dur » des personnes soumises au droit des marchés publics, c'est aussi que leur statut s'est constitutionnellement affirmé et que leurs compétences se sont développées avec la décentralisation (2).

1) La lente mise en place d'un droit des marchés publics locaux

326. La soumission des collectivités locales au droit des marchés publics durant tout le XIX^e siècle est plus complexe que ce que l'article 2 I 1^o du Code des marchés publics⁹⁶ ne le laisse penser aujourd'hui. Elle dépend en effet de plusieurs facteurs. Le premier est l'existence de lois spéciales soumettant tel ou tel contrat de construction ou de fourniture à des procédures de passation – le plus souvent l'adjudication – ou d'exécution. Le second facteur est la soumission de ces mêmes contrats à la compétence de la justice administrative – Conseil d'État, Conseil de préfecture ou ministre – et partant au droit public.

⁹⁶ Cet article et identique dans les codes de 2001 et 2004, il dispose que le Code des marchés publics s'applique : « Aux marchés conclus par l'Etat, ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales et leurs établissements publics ; »

a) Des textes rapprochant peu à peu marchés des collectivités et de l'État

327. Dès le début du XIX^e siècle, les textes de loi rapprochent les marchés de travaux des communes et des départements à ceux de l'État, notamment pour l'application des procédures de passation.

328. Pour ce qui concerne les communes, on leur a attribué dès 1789 la compétence en matière de marchés de travaux communaux⁹⁷ et dès l'an XI (1803), leurs travaux ont été soumis aux règles de passation des marchés de l'État⁹⁸, ce qui sera repris ensuite en 1808⁹⁹ pour les bâtiments communaux et en 1811 pour les routes¹⁰⁰. Le grand texte de la matière est l'ordonnance de 1837¹⁰¹ qui va non seulement réaffirmer la soumission à l'adjudication des travaux des communes, mais qui va aussi et surtout étendre l'application de l'adjudication à leurs marchés de fournitures.

329. Pour ce qui concerne les départements, la situation est légèrement différente. Elle l'est en ce que les textes qui posent expressément la compétence administrative pour tous les marchés sont plus tardifs. Mais en pratique, cette différence s'estompe car ces textes tardifs n'ont fait que valider des pratiques antérieures. Dès leurs créations, les départements ont eux aussi eu une compétence en matière de *travaux*¹⁰², et dès l'An XII leurs *travaux* ont en partie dû être passés dans les mêmes conditions que ceux

⁹⁷ Décret du 14 décembre 1789 *relatif à la constitution des municipalités, suivi de l'instruction*, DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 1 p. 63. « art. 50 p. 66 : Les fonctions propres au pouvoir municipal, sous la surveillance et l'inspection des assemblées administratives, sont : [...] de diriger et faire exécuter les travaux publics qui sont à la charge de la communauté [...] » Voir aussi le décret du 21 mai-27 juin 1790, *Décret relatif à l'organisation de la municipalité de Paris* qui donne aussi cette compétence à la municipalité de Paris

⁹⁸ Loi des 3-13 floréal An 11 (23 avril, 3 mai 1803) : « Art 308 : Tous les travaux qu'une commune aura à faire en vertu de la présente loi seront, si fait n'a déjà été, évalués par devis, et ensuite faits, reçus et payés comme les travaux publics nationaux, sous l'inspection gratuite d'un inspecteur du département, et sous la surveillance du préfet du département. » (Texte absent du DUVERGIER)

⁹⁹ Décret du 17 juillet 1808 *sur les constructions et réparations des bâtimens* [l'orthographe est celle du texte] communaux, *Recueil officiel de l'intérieur*, Tome 2, p. 95 ; DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 16 p. 294, Cité par G. JÈZE *Les contrats administratifs*, Paris, Giard ed., 1927 p. 79, « art. 1^{er} : le décret du 10 brumaire An 14 est déclaré applicable aux villes, bourgs et villages. Le conseil municipal délibérera sur tous les travaux à exécuter, sans déroger aux réglemens [l'orthographe est celle du texte] sur les budgets qui doivent être réglés au Conseil d'Etat » Ce texte étend de manière plus générale le principe de l'adjudication, avant la loi de 1833

¹⁰⁰ Décret du 16 décembre 1811 *contenant règlement sur la construction, la réparation et l'entretien des routes*, IV, Bull. 418 n° 7644, DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 18 p. 80 : met en place trois niveaux de routes impériales et des routes départementales et impose des adjudications différentes pour les fournitures des matériaux et la construction des routes, sauf si le cocontractant est un Maître de Poste. Il met aussi en place des adjudications différentes pour les plantations d'arbres le long des routes.

¹⁰¹ Ordonnance des 14 novembre-12 décembre 1837 *Portant règlement sur les entreprises pour travaux et fournitures au nom des communes et des établissements de bienfaisance*. Cette ordonnance – prise sur le fondement de la loi du 31 janvier 1833 – étend le principe de l'adjudication publique pour ces personnes. La règle fut reprise ensuite dans plusieurs textes : loi du 5 avril 1884, art. 89 et 90, 6° ; art. 115 modifié par les lois du 17 juin 1918 et du 15 janvier 1924. Citées par JÈZE, *Les contrats administratifs*, 1927 Giard ed. p. 80.

¹⁰² Décret du 22 décembre 1789-janvier 1790 *Relatif à la constitution des assemblées primaires et des assemblées administratives*, DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 1 p. 73 : « Section III, article 2 « Les administrations de départements [l'orthographe est celle du texte] seront encore chargées, sous l'autorité de l'inspection du roi, [...] de toute les parties de cette administration, notamment celles qui sont relatives à [...] 7°) à la direction et confection des travaux pour la confection des routes, canaux et autres ouvrages publics [...] » Il s'agit du décret créant les départements, districts et cantons.

de l'État¹⁰³, avec parfois des spécificités sectorielles¹⁰⁴. Les ordonnances de 1836 et 1837 qui constituent la grande réforme du XIX^e siècle ne traitent pas des départements et, malgré la réforme des départements en 1871 qui leur conserve un rôle en matière de marchés de *travaux*¹⁰⁵, il faut attendre 1938¹⁰⁶ pour que les procédures applicables de l'État leurs soient officiellement applicables¹⁰⁷. Notons donc que les marchés de *fournitures* des départements ont été soumis à l'adjudication plus d'un siècle après ceux de l'État et des communes, alors que leurs *travaux* y ont été soumis en même temps. La raison à cet état de fait est difficile à trouver, mais on peut raisonnablement en reporter la responsabilité sur la doctrine du XIX^e siècle et les débats qui existaient à propos de la compétence en matière de marchés de fournitures des départements.

b) La compétence juridictionnelle et les liens entre critères organiques et matériels

330. La question de la compétence administrative ou judiciaire est en effet celle qui gouverne tous les commentaires doctrinaux du XIX^e et d'une grande partie du XX^e siècle. Elle est même bien plus que cela puisque le critère organique des textes que nous venons de détailler ne se suffit pas à lui-même. Comme nous l'avons déjà remarqué¹⁰⁸, les réglementations des marchés publics n'ont pas à l'époque le caractère contraignant

¹⁰³ Loi du 24 pluviôse An 12 (14 février 1804) *Loi qui autorise des aliénations, acquisitions, concessions à rentes et autres, échanges, emprunts et impositions extraordinaires*. III Bull., 356, n° 3684 ; DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 14 p. 306, art 144 : « Tous les travaux qu'une commune ou un département aura à faire en vertu de la présente loi seront, si fait n'a déjà été, évalués par devis, adjugés au rabais, et ensuite faits, reçus et payés comme les travaux publics nationaux, sous l'inspection gratuite d'un ingénieur du département et sous la surveillance des préfets ». Le DUVERGIER ne transcrivant que les articles 142 à 144, il est difficile de voir quels travaux publics sont en cause. Toutefois, MALAPERT estime que ce texte assimile les marchés de travaux des départements à ceux de l'État.

¹⁰⁴ Pour les arbres, voir le décret du 16 décembre 1811 *contenant règlement sur la construction, la réparation et l'entretien des routes*, 4, Bull. 418 n° 7644, DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 18 p. 80, *Op. Cit.* qui ajoute que « art. 103 : les travaux de l'élagage des arbres appartenant à l'Etat ou aux communes seront exécutés au rabais et par adjudication publique ». Pour les routes, voir l'ordonnance 8-21 août 1821 *Contenant des dispositions relatives à l'exécution des travaux d'entretien des routes départementales*, DUVERGIER *Lois et décrets*, Tome 23 p. 346, 7 Bull. 471, n° 11116 Ce décret simplifie les travaux d'entretien des routes départementales et est à mettre en parallèle avec l'ordonnance des 29 mai – 9 juin 1830 *qui dispense de l'approbation supérieure l'exécution, dans certains cas, des travaux concernant les routes départementales*.

¹⁰⁵ Loi du 10 août 1871 *Relative aux conseils généraux*, art. 48 « Le conseil général délibère 3° sur la part contributive à imposer au département dans les travaux exécutés par l'État qui intéressent le département ».

¹⁰⁶ Décret-loi du 12 novembre 1938 (pris sur la base d'une loi du 5 octobre 1938) qui étend la réglementation des marchés de l'Etat à ceux des collectivités locales (première fois officiellement pour ce qui est des départements, position confirmée par A. de LAUBADÈRE, F. MODERNE & P. DELVOLVÉ *Traité des contrats*, Paris, LGDJ, 2^e ed. 1983, Tome 1, p. 246).

¹⁰⁷ La soumission des marchés de travaux (et seulement eux) des départements à l'ordonnance du 4 décembre 1836 (dispositions propres à l'État) est confirmée par l'arrêt du 1^{er} septembre 1841 *Le département de Seine et Oise*, rec. p. 479. Notons que le décret du 18 novembre 1882 *relatif aux adjudications et aux marchés passés au nom de l'État*, (Dalloz 1883.4.56 ; Code administratif Dalloz 1926 p. 273 qui remplace les ordonnances de 1836 et 1837 et le décret impérial de 1862 concernant le principe de l'adjudication pour tous les marchés) a lui aussi été déclaré applicable aux départements par un arrêt du 9 février 1912 *Société coopérative d'ouvriers plombiers, couvreurs zingueurs de Limoges*, rec. pp. 192 et 1602.

¹⁰⁸ Cf. *Supra* titre 1^{er} sur le critère organique.

d'aujourd'hui : tout d'abord, elles apparaissent comme des « *mesures d'ordre intérieur* »¹⁰⁹, c'est-à-dire comme des règles de passation qui ne sont posées que dans l'intérêt de l'administration. Cette dernière a de ce fait la possibilité de ne pas les appliquer d'autant qu'aucune sanction civile, pénale ou portant sur la validité du contrat n'existe. Par ailleurs, la soumission au droit public apparaissait encore comme une exception et les personnes publiques étaient bien plus régulièrement qu'aujourd'hui soumises au droit privé, notamment lorsqu'elles agissaient dans un intérêt patrimonial.

Ainsi, le critère organique n'était pas en lui-même une condition du caractère public du contrat¹¹⁰, il fallait en rechercher ailleurs la source, notamment dans le critère matériel. Le contrat de l'administration ne devenait un marché – de travaux publics ou de fournitures – que s'il correspondait à la partie « personne chargée des activités d'intérêt général » de la personnalité juridique des collectivités. L'analyse de cette « deuxième condition organique » est fonction de la différence matérielle entre marchés de travaux publics et marchés de fournitures.

α) *Les marchés de travaux*

331. La qualification de travaux publics avait pour conséquence la compétence des Conseils de préfecture en application de la loi du 28 pluviôse An 8. La question qui se pose est celle de savoir si les collectivités locales pouvaient ou ne pouvaient pas faire des travaux publics¹¹¹ car, dans l'affirmative, leurs contrats pouvaient être des marchés de travaux publics alors que, dans le cas contraire, il s'agissait toujours de contrats de droit privé.

332. Pour ce qui est des départements, la solution a été parallèle à celle prévalant pour l'État auquel ils ont été assimilés sur ce point. Ainsi, s'ils pouvaient effectuer des travaux publics, tous les travaux qu'ils commandaient n'étaient pas des travaux publics, notamment ceux qui avaient une fonction « purement » patrimoniale. Cette approche par la notion de patrimoine ne rend pourtant pas compte de la proximité qui existait entre les « marchés de travaux publics » et les marchés de construction privés des départements. En effet, que ce soit sur les plans du mode de décision, de la comptabilité ou de l'origine des deniers, les travaux publics et « privés » étaient assimilables. Cette proximité était le principal argument de certains auteurs comme DUFOUR¹¹² pour lutter contre une distinction entre les types de travaux, mais le droit

¹⁰⁹ Termes issus de l'arrêt CE 14 mai 1886 *Augustinetty*, rec. p. 415. Cette approche est valable jusqu'en 1926, cf. 1^{ère} partie, titre 1, chapitre 2^e, Section 1^{re}, § 3^e.

¹¹⁰ Les baux que passaient les personnes « communes » pour l'exploitation de leurs terres étaient par exemple des baux issus du code civil et nul ne contestait l'application du droit privé dans la mesure où la personnalité juridique de la commune était une personnalité « civile ».

¹¹¹ Le débat porte en fait sur l'interprétation de la notion « d'administration » présente à l'article 4 de la loi du 28 pluviôse An 8. Ne s'agit-il que de l'administration étatique ou faut-il la prendre au sens large ? D. SERRIGNY se fait l'écho de ce débat en 1865 dans son *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative, dans leurs rapports avec le droit civil*, Paris, Aug Durand ed., 2^e édition, 1865, n° 673

¹¹² G. DUFOUR, *Traité général de droit administratif appliqué ou exposé de la doctrine et de la jurisprudence*, Paris, Cotillon, éditeur, libraire du Conseil d'État, 2^e ed. 1856, Tome 7, n° 265

positif et d'autres membres de la doctrine comme SERRIGNY¹¹³ ou CHRISTOPHLE¹¹⁴ s'y rangeaient.

333. Pour ce qui est des communes, la situation était plus délicate encore. Les réticences des auteurs à appliquer le droit public aux 37000 communes de manière généralisée et l'assimilation de ces dernières non seulement à des personnes privées, mais plus encore à des «incapables majeurs»¹¹⁵ sont vraisemblablement à l'origine des nombreuses tergiversations jurisprudentielles¹¹⁶. SERRIGNY¹¹⁷ fait une liste exhaustive des 27 arrêts ayant trait à ce sujet et constate que 14 ont assimilé les travaux communaux à des travaux publics tandis que les 13 autres ont rejeté cette qualification et ont conclu à une compétence judiciaire. Seule conclusion de l'analyse, le conseil n'a clairement affirmé la possibilité de travaux publics communaux qu'à partir de 1831. L'auteur estime donc que la meilleure solution serait l'assimilation du régime des travaux communaux à ceux de l'État et des départements, à savoir la distinction entre biens patrimoniaux ou non¹¹⁸.

β) Les marchés de fournitures

334. Les marchés de fournitures, déjà plus difficilement soumis aux procédures de passation par les textes, sont aussi plus difficilement des marchés « administratifs ». La raison en est à chercher dans le décret du 11 juin 1806¹¹⁹ qui donnait la compétence pour les marchés de fournitures de l'État au Conseil d'État. Jusqu'en 1920, ce décret était interprété *a contrario*. Les marchés des personnes publiques autres que l'État étaient donc considérés par la loi comme « non soumis au Conseil d'État », donc comme des contrats de droit privé. Cette présomption légale posait de nombreux problèmes de principe pour la doctrine qui y voyait une source d'incohérences et de difficultés inutiles.

¹¹³ D. SERRIGNY, *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative, dans leurs rapports avec le droit civil*, Paris, Aug Durand ed. 2^e éd. 1865, n° 673

¹¹⁴ A. CHRISTOPHLE, *Traité théorique et pratique des travaux publics*, Paris, Marescq. Ainé ed., Tome 1, 1862, n° 3 p. 3.

¹¹⁵ Voir sur ce point B. PLESSIX, *L'utilisation du droit civil dans l'élaboration du droit administratif*, préface de J.-J. BIENVENU, Paris, ed. Panthéon-Assas, 2003, n° 664 et s. pour l'Ancien Régime et n° 677 et s. pour la période jusqu'au premier tiers du XX^e siècle. Cf. aussi A. PEPY, note sous Cons. Préf. de Grenoble, 24 juin 1927, *Sté. Civile des souscripteurs d'actions de la Sté. Viennoise de distribution d'énergie c/ Ville de Vienne* ; *Dalloz*, 1928.3.25. Cette qualification est notamment due à la place et la prégnance de la tutelle de l'État sur les communes.

¹¹⁶ Cf. sur ce point les développements dans la thèse de G. BIGOT *l'autorité judiciaire et le contentieux de l'administration, vicissitude d'une ambition 1800-1872*, Paris, LGDJ, *Bibliothèque de sciences administratives*, Tome 15, p. 28.

¹¹⁷ *Op. Cit.* n° 676 à 679

¹¹⁸ SERRIGNY est même plus précis encore et, comme une partie de la doctrine du milieu du XIX^e siècle, il estime que le meilleur moyen de voir si des travaux sont faits dans l'intérêt général ou dans l'intérêt patrimonial de la commune est de se référer aux dispositions sur l'expropriation. Ainsi, si les travaux « sont de nature à entraîner l'expropriation aux termes des articles 3 et 12 de la loi du 3 mai 1841 » ils seront qualifiés de travaux publics. Cf. *Op. Cit.* n° 678.

¹¹⁹ Décret du 11 juin 1806 *sur l'organisation et les attributions du Conseil d'État*, DUVERGIER *Lois et Décrets*, Tome 15 p. 376, 4, Bull. 98, n° 1652 ; article 14-2 « [Le Conseil d'État connaîtra] de toutes contestations ou demandes relatives soit aux marchés passés avec nos ministres, avec l'intendant de notre maison, ou en leur nom, soit aux travaux ou fournitures faits pour le service de leurs départements respectifs pour notre service personnel ou celui de nos maisons ».

335. Pour les départements, la question du juge compétent pour apprécier la légalité de leurs marchés est considérée par SERRIGNY comme « l'une des questions les plus délicates qu'offre la science du droit »¹²⁰. Cette difficulté a vraisemblablement conduit à ne soumettre les marchés de fournitures des départements à l'adjudication qu'à partir de 1938¹²¹, c'est-à-dire bien plus tard que les autres personnes publiques. SERRIGNY prône une simplification de l'état du droit par la soumission de ces marchés non plus au juge judiciaire mais aux conseils de préfecture. Cette proposition avait le mérite d'unifier le contentieux pour les marchés de travaux publics et de fournitures, elle fut donc aussi celle de CORMENIN¹²² et TROLLEY¹²³. En revanche, DUFOUR¹²⁴ et CABANTOUS et LIÉGEOIS¹²⁵ ne voyaient pas l'intérêt de cette évolution, même s'ils traitent eux-aussi longuement de cette difficulté doctrinale. Le Conseil d'État suivit les premiers et reconnut la compétence juridictionnelle de Conseils de préfecture dans un arrêt du 3 mai 1839 *Selles et compagnie c/ le préfet de police*¹²⁶. Le grand arrêt CE 6 février 1903 *Terrier*¹²⁷ est pourtant revenu sur celle-ci et a, à la suite des conclusions du commissaire du gouvernement Jean ROMIEU, donné compétence au Conseil d'État pour le contentieux contractuel de « gestion publique » des collectivités locales.

336. Pour les communes la situation devint tout à fait paradoxale après 1837 puisque l'ordonnance prise cette année là leur imposait une soumission à l'adjudication alors que l'interprétation du décret de 1806 soumettait leurs contrats au juge judiciaire. SERRIGNY¹²⁸ notait l'incongruité de la situation et allait même plus loin en disant que les fournitures de l'État étaient mieux protégées que leurs travaux publics puisque leur contentieux allait devant le Ministre et pas « seulement » devant les Conseils de préfecture. Il en concluait que la protection spécialement faible¹²⁹ – par le juge civil – des fournitures

¹²⁰ D. SERRIGNY, *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative, dans leurs rapports avec le droit civil*, Paris, Aug Durand ed. 2^e édition, 1865, n° 806. L'emphase n'est pourtant pas ce qui caractérise l'écriture de l'auteur.

¹²¹ En effet, puisque de toute façon ils étaient des contrats privés, le législateur n'estimait pas nécessaire qu'ils fussent soumis à des procédures de passation, d'autant, rappelons-le, que même pour les autres elles n'étaient pas obligatoires.

¹²² M. de CORMENIN, *Droit administratif*, Paris, Pagnerre et Gustave Thorel ed., 5^e ed. 1840, Tome 2, p. 302 et s. spé. p. 306 avec citation de jurisprudence.

¹²³ M. TROLLEY, *Traité de la hiérarchie administrative ou de l'organisation des compétences des diverses autorités administratives*, Paris, G. Thorel ed. Tome 5, 1848, n° 2623.

¹²⁴ G. DUFOUR, *Traité général de droit administratif appliqué ou exposé de la doctrine et de la jurisprudence*, Paris, Cotillon, éditeur, libraire du Conseil d'État, Tome 5, 2^e ed. 1856, n° 645.

¹²⁵ L. CABANTOUS et J. LIÉGEOIS, *Répétitions écrites sur le droit administratif*, Paris, librairie A. Marescq Aîné, A Chevalier-Marescq, successeur, 1882, 6^e ed. n° 647 à 651 pp. 615-617.

¹²⁶ CE 3 mai 1839 *Selles et compagnie c/ le préfet de police*, rec. p. 260. Cet arrêt concerne un marché de draps que la maison Selles entend annuler partiellement. Si au fond sa requête est rejetée, ce qui importe est que le jugement du *Conseil de préfecture* allant dans le même sens n'a pas été annulé, ce qui signifie implicitement que sa compétence est reconnue. Cette interprétation est validée par le fait que les visas comportent la référence à la loi du 28 pluviôse An 8.

¹²⁷ CE 6 février 1903 *Terrier*, rec p. 94, concl. J. ROMIEU ; *Dalloz* 1904, III p. 65, concl. J. ROMIEU ; *Sirey* 1903, III p. 25 concl. J. ROMIEU, note M. HAURIU

¹²⁸ *Op. Cit.* n° 806

¹²⁹ Nous nous faisons l'écho de la doctrine de l'époque sur ce point. Il faut comprendre « avec une faible prise en compte de l'intérêt général ».

communales était encore plus anormale, puisqu'elles étaient au contraire mieux protégées que les travaux dans le droit applicable à l'État. La solution se réglera lorsque l'interprétation du décret de 1806 changera et que l'on appliquera aux marchés de fournitures des communes les critères classiques des contrats administratifs pour connaître le juge compétent à la suite de l'arrêt *Terrier*.

2) Les collectivités locales aujourd'hui au cœur du droit des marchés publics

337. Le principe de la soumission des communes et des départements aux procédures de marchés publics posé, la question qui pouvait surgir était celle de la réaction de ce droit des marchés face à l'extension du nombre et du rôle des collectivités locales. Ce fut d'abord le cas pour les colonies¹³⁰, mais aussi, ensuite, pour les régions lorsqu'elles passèrent du statut d'établissement public à celui de collectivités locales¹³¹. Or le Code des marchés a été étendu aux régions comme il l'a été aux entités rattachées à l'État¹³².

a) Collectivités locales et collectivités territoriales

338. Après le décret du 12 novembre 1938¹³³, le décret du 25 juillet 1960¹³⁴ est à l'origine de l'essentiel des dispositions qui ont constitué le livre III du code de 1964 applicable aux collectivités locales et à leurs établissements publics. Ce code voit ses articles 39 et 250 détailler les *collectivités publiques*¹³⁵ qu'il soumet à ses dispositions, et notamment les « collectivités locales et leurs établissements publics » qu'il vise dans plusieurs articles¹³⁶. Les Codes de 2001 et 2004 vont pour leur part unifier au maximum les

¹³⁰ Le ministère des colonies a existé de 1894 à 1959. Nous ne rentrerons pas dans le détail du droit des marchés publics de ces collectivités dans le cadre de cette étude.

¹³¹ Les régions ont été créées par la loi du 2 mars 1982, mais leur mise en place a eu lieu lors de la première réunion des conseils régionaux élus au suffrage universel (L. 6 janvier 1986). La soumission des régions au droit des marchés publics vient de décret n° 86-450 du 13 mars 1986 qui a modifié l'ex-article 250 du Code des marchés publics de 1964.

¹³² Cf. *supra* § 1^{er}

¹³³ Cf. *Supra*, ce décret a été pris sur le fondement de la loi du 5 octobre 1938. Le rapprochement des marchés des communes et départements à ceux de l'État contiennent malgré toute quelques nuances d'adaptation comme le montre le décret du 23 octobre 1935 *concernant les marchés passés par les communes et établissements de bienfaisance* et l'ordonnance n° 45-2707 du 2 novembre 1945 *Relative à la réglementation des marchés des communes, des syndicats de communes et des établissements communaux de bienfaisance ou d'assistance*, J.O. du 5 novembre p. 7288, codifiées ensuite dans le code de l'administration communale appelé aussi code municipal, art 307 à 311 et 315 à 317, (qui est un décret du 22 mai 1957, au J.O. 12 juin 1957 p. 5490 et rectificatif au J.O. du 12 juin p. 5836) code qui deviendra ensuite le code des communes, puis le CGCT

¹³⁴ Décret n° 60-724 du 25 juillet 1960 *relatif aux marchés passés au nom des départements, des communes, des syndicats de communes, des établissements publics départementaux et communaux*, J.O. 27 juillet p. 6923 *Dalloz* 1960, législation p. 260. Ce décret est pris sur le fondement de la loi du 7 août 1957, cf. *infra*.

¹³⁵ Le terme de « collectivités publiques » est issu de l'article 1^{er} du Code des marchés publics de 1964.

¹³⁶ L'expression « collectivité locale » est employée à de nombreuses reprises dans le Code des marchés publics de 1964, et plus précisément aux articles 10, 12, 35, 38, 38-6, 221, 250, 265, 322, 360-1, 378 et 392.

dispositions relatives à l'État et aux collectivités, mais ils vont aussi qualifier différemment les personnes publiques autres que l'État. Ainsi, dans leurs articles 1^{er}, ils vont viser les « *personnes morales de droit public* mentionnées à l'article 2 », et dans leurs articles 2 I 1^o « *collectivités territoriales* et leurs établissements publics ». Ce dernier terme sera rappelé à l'article 2 II du code de 2004. La volonté de modifier les termes, de passer de « *collectivités locales* » à « *collectivités territoriales* » a trouvé son aboutissement dans le fait que l'article 8 IV du Code des marchés publics de 2001 qui contenait encore le terme de « *collectivités locales* » a été modifié pour devenir « *collectivités territoriales* » dans le point V de l'article 8 du code de 2004.

339. Ce glissement sémantique en deux temps a-t-il une importance ? En ce qui concerne l'abandon du terme de *collectivités publiques* pour le terme de *personnes morales de droit public*, on peut raisonnablement affirmer qu'il n'y a pas d'évolution. Le professeur G. CORNU¹³⁷ précise que les collectivités publiques sont des personnes morales de droit public, mais que ce terme exclut les personnes ne jouissant pas d'une compétence générale de gestion, donc les établissements publics. Cette définition n'a pourtant jamais été celle applicable en droit des marchés publics puisque des établissements publics¹³⁸ ont toujours été soumis à ce droit. Le changement n'en est donc pas un. Pour ce qui concerne le passage de *collectivités locales* à *collectivités territoriales*, la réponse est identique. Si l'on fait parfois une différence entre les deux notions, en les distinguant par le fait que la seconde comprendrait l'État qui est lui aussi compétent sur un territoire alors que la première ne s'appliquerait qu'aux collectivités « inférieures », cette distinction est juridiquement inopérante¹³⁹. Sur le plan textuel, rappelons que l'article 72 de la constitution ne cite pas l'État comme collectivité territoriale¹⁴⁰. Outre le fait que la révision constitutionnelle du 28 mars 2003 ne soit pas revenue sur cette qualification, le *Code général des collectivités territoriales* confirme cette position puisqu'il ne traite pas non plus de l'État. Enfin, le Conseil constitutionnel a plusieurs fois utilisé lui aussi la qualification constitutionnelle,

¹³⁷ G. CORNU, *Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant*, V^o Collectivité.

¹³⁸ L'exception des EPIC de l'État n'est qu'une exception à l'idée que les établissements publics sont normalement soumis au droit des marchés publics. On a vu que cela était encore plus vrai pour la commande publique puisque les EPIC de l'État peuvent de toute façon être soumis aux dispositions communautaires.

¹³⁹ Notons que M. DOAT, *Recherches sur la notion de collectivité locale en droit administratif français*, Paris, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit public, 2003, Tome 230, utilise le terme de « *collectivité locales* ». L. FAVOREU a proposé une distinction originale entre les deux catégories de *collectivités locales* et *collectivités territoriales*. La seconde regrouperait les départements, communes, TOM et les collectivités spéciales (mais par les régions puisque sa distinction date de 1976), et la première catégorie regroupe les départements et communes, ainsi que leurs établissements publics. Cette position est fondée sur la décision 75-84 L du 19 novembre 1975, mais il faut reconnaître que son intérêt est essentiellement doctrinal. Cf. L. FAVOREU, RDP 1976, p. 234 ; ainsi que sont article « La notion constitutionnelle de collectivité territoriale », *Les collectivités locales. Mélanges en l'honneur de Jacques Moreau*, Paris, Economica ed., 2003, 491 pp., spé. pp. 155-164.

¹⁴⁰ Constitution du 4 octobre 1958, art. 72 al. 1 : « *Les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les régions, les collectivités à statut particulier et les collectivités d'outre-mer régies par l'article 74. Toute autre collectivité territoriale est créée par la loi, le cas échéant en lieu et place d'une ou plusieurs collectivités mentionnées au présent alinéa* ». Le texte précédent la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 était : « *Les collectivités territoriales de la République sont les communes, les départements, les territoires d'outre-mer. Toute autre collectivité territoriale est créée par la loi.* »

notamment pour la Nouvelle-Calédonie et pour la Corse, en considérant implicitement qu'elle s'appliquait seulement aux collectivités secondaires¹⁴¹.

La similitude des notions posée, l'enseignement principal de cette approche des collectivités locales est une volonté nette du pouvoir réglementaire de soumettre le plus largement possible les personnes publiques au code des marchés publics. Cette approche large permet aujourd'hui de dire que les « collectivités territoriales » sont, au même titre que l'État, au cœur des réglementations des marchés. La principale preuve de cette vision générale et englobante est la facilité avec laquelle les régions ont été soumises au Code dès 1986, date de leur réelle mise en place. La raison à cela est que leur qualification de collectivité territoriale par la loi a conduit à leur appliquer le régime de toute cette catégorie, régime dont fait fondamentalement partie le droit des marchés publics.

b) L'Outre-mer

340. Il reste que cette soumission de principe des collectivités territoriales connaît une limite avec les collectivités territoriales situées Outre-mer¹⁴². Le Code des marchés publics ne leur est en effet pas applicable, le principe étant que les assemblées délibérantes de chacun des territoires fixe des règles spéciales. Concrètement, en Nouvelle-Calédonie, le Congrès a conservé les délibérations antérieures qui mettent en place un compendium du Code des marchés publics¹⁴³. Pour ce qui est de la Polynésie Française, il existe un *Code des marchés publics de toutes natures passés au nom du territoire de la Polynésie française et de ses établissements publics*, issu d'une délibération du 1^{er} mars 1984 et plusieurs fois modifiée¹⁴⁴. Ce Code de 141 articles a une rédaction qui n'est pas une copie partielle des

¹⁴¹ Décision n° 79-104 DC du 23 mai 1979 *Loi relative au territoire de la Nouvelle-Calédonie et dépendances*, rec. p. 27, P. AVRIL et J. GICQUEL, *Pouvoirs*, 1979 n° 11 p. 186 ; L. FAVOREU, *RDP* 1979 p. 1695 ; L. HAMON, *Gaz. Pal.* 1981, n° 53-55 p. 12 et n° 82-138 DC du 25 février 1982 *Loi portant statut particulier de la Région de Corse*, rec. p. 41, *GDCC* n° 32, *RJC* I-119 Considérant 3 : « [...] que les dispositions de l'article 72, qui, dans un alinéa concernant tant les collectivités de la métropole que celles d'Outre-mer, donnent compétence à la loi pour créer d'autres collectivités territoriales, ne sauraient voir leur application réduite aux seules collectivités d'Outre-mer. » Notons toutefois que le décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962, *Portant règlement général sur la comptabilité publique*, distingue dans son article 1^{er} « l'État » et les « collectivités territoriales secondaires », qualifiant ainsi implicitement l'État de collectivité territoriale « primaire ».

¹⁴² La révision constitutionnelle issue de la loi constitutionnelle du 28 mars 2003 modifiant les Titres XII et XIII de la Constitution conduira vraisemblablement à une plus grande diversité du droit applicable dans les différentes collectivités territoriales d'Outre-Mer.

¹⁴³ Délibération n° 136 du 1^{er} mars 1967 plusieurs fois modifiées. À cela il faut ajouter des CCAG types que l'on peut retrouver dans une délibération n° 64 du 10 mai 1989. On peut noter l'existence de contentieux fondés sur ce que le Conseil d'État appelle le « Code des marchés publics de la Nouvelle-Calédonie », cf. CE 20 novembre 2000, *Commune de Païta*, rec. 574, req. n° 205143 qui sanctionne un marché qui a été reconduit tacitement en application de ses propres dispositions mais en contradiction avec le Code des marchés de la Nouvelle-Calédonie et de ses procédures de « publicité et de mise en concurrence ».

¹⁴⁴ La délibération n° 84-20 du 1^{er} mars 1984 *portant approbation du code des marchés publics de toute nature passés au nom du territoire de la Polynésie française et de ses établissements publics*, *JOPF* du 20 juin 1984, n° 24 NS, p. 818 avec rectificatif au *JOPF* du 10 août 1986, n° 23 p. 972. Cette délibération a été modifiée 12

codes métropolitains et propose un droit original, même si la filiation avec le droit des marchés publics national est évidente.

341. Cette spécificité dans l'application du code des marchés se retrouve aussi pour le reste des contrats de la commande publique. Ainsi, les contrats de délégation de service public des COM ne sont-ils soumis que partiellement aux articles L. 1411-1 et suivants du CGCT. Pour ce qui est de la Nouvelle-Calédonie, l'article 92 de la loi organique du 19 mars 1999¹⁴⁵ précise les dispositions du CGCT qui lui sont applicables, ainsi que les procédures adaptées, notamment en ce qui concerne la commission « d'adjudication » issue du Congrès de Nouvelle-Calédonie¹⁴⁶.

342. Cependant, la limite en question ne s'applique qu'aux collectivités d'Outre-Mer, aux collectivités à statut particulier et à la Nouvelle-Calédonie et non à d'autres collectivités ayant un régime spécifique comme les villes de Paris¹⁴⁷ Lyon et Marseille ou les DOM qui sont soumis au Code des marchés publics de manière généralisée. L'exception des collectivités d'Outre-Mer, des collectivités à statut particulier et de la Nouvelle-Calédonie pour les marchés publics n'est en fait qu'une des nombreuses spécificités de leurs statuts¹⁴⁸, non une exception retirant au critère organique des « collectivités territoriales » son caractère général.

c) La délégation de la compétence législative au pouvoir réglementaire

343. La volonté d'étendre le droit des marchés publics à toutes les collectivités est aussi visible dans le fait que, pour l'ensemble d'entre-elles, la compétence pour édicter les règles de marchés publics revient au pouvoir réglementaire. Or cette situation est loin d'être évidente. En effet, on peut tirer de l'article 34 de la Constitution de 1958 que la compétence naturelle en matière de marchés publics locaux est celle du législateur. Il dispose en effet que « *La loi détermine les principes fondamentaux [...] de la libre administration des collectivités locales, de leurs compétences et de leurs ressources* » et l'on sait à quel point cette disposition a été interprétée largement, le résultat étant que l'on considère que la loi

fois depuis, dont pratiquement une fois par an depuis 1995, dont la dernière fois par la délibération n° 2003-39 APF du 3 avril 2003, *JOPF* du 17 avril 2003, n° 16, p. 930.

¹⁴⁵ Loi organique n° 99-209 du 19 mars 1999 *relative à la Nouvelle-Calédonie*, article 92 al. 3, modifiée par la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 *portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier* dite MURCEF, art. 3.

¹⁴⁶ Notons qu'il n'existe semble-t-il aucune disposition spéciale concernant les délégations de service public applicables à la Polynésie Française.

¹⁴⁷ Rappelons que le décret 21 mai-27 juin 1790 *relatif à l'organisation de la municipalité de Paris* étendait déjà l'adjudication imposée par le décret du 14 décembre 1789 à toutes les communes à la municipalité de Paris

¹⁴⁸ Rappelons que l'article 74 de la Constitution affirme la spécificité des collectivités d'outre-mer : « *Les collectivités d'outre-mer régies par le présent article ont un statut qui tient compte des intérêts propres de chacune d'elles au sein de la République* ». Notons que l'ancien article 74 disposait que « *les territoires d'outre-mer de la République ont une organisation particulière tenant compte de leurs intérêts propres dans l'ensemble des intérêts de la République* », et que la loi organique est le moyen juridique de ces adaptations.

détermine bien plus que les « principes fondamentaux » en la matière¹⁴⁹. La compétence législative a pourtant été contestée à la suite de différents textes et interprétations à rebondissements.

Dans un premier temps, le décret-loi du 12 novembre 1938¹⁵⁰ et la loi du 7 août 1957¹⁵¹ habilitaient le Gouvernement à réglementer largement les marchés publics locaux. Après 1958, les articles 34 et 37 de la constitution ayant été interprétés comme ne revenant pas sur les habilitations antérieures¹⁵², le nouvel article 34 restait limité par les textes de 1938 et 1957, la compétence restait réglementaire. Or deux décrets de 1960 et 1966 avaient abrogé ces dispositions¹⁵³. Dans un arrêt du 29 avril 1981 *Ordre des architectes*¹⁵⁴, le Conseil d'État a déclaré nul ces deux décrets en considération du fait que l'article 34 de la Constitution de 1958 n'avait pas permis au pouvoir réglementaire de revenir sur les habilitations législatives. Il en ressortait que les textes de 1938 et 1957 étaient toujours applicables. Le Conseil d'État a réaffirmé cette solution en 2003¹⁵⁵ à l'occasion d'un recours contre le Code des marchés publics de 2001. La compétence réglementaire étant encore aujourd'hui la règle pour les marchés publics locaux, c'est de manière parfaitement légale que les Codes des marchés publics de 2001 et 2004 ont été pris par décret¹⁵⁶. On remarquera que l'extension de cette compétence réglementaire aux marchés des régions – qui n'existaient pas comme collectivité locale en 1957 – vient des termes généraux de cette loi qui vise les « *collectivités et établissements publics* ». Encore une fois, il semble que ce soit de la nature même des collectivités locales d'être soumises au droit des marchés publics.

¹⁴⁹ Sur ce point, cf. la note de B. GENEVOIS sous l'arrêt CE 29 avril 1981, *Ordre des architectes*, *AJDA* 1981 p. 429, spé. p. 431

¹⁵⁰ Décret-loi du 12 novembre 1938 *portant extension de la réglementation en vigueur pour les marchés de l'État aux marchés des collectivités locales et des établissements publics*, DUVERGIER, *Lois et Décrets*, Tome 38/2 Nouvelle série (=138/2), J.O. du 12-13 novembre 1938, p. 12880, art. 1^{er} : « *les dispositions des textes législatifs et réglementaires, relatives à la passation et l'exécution des marchés de l'État peuvent être étendues, par règlements d'administration publique, contresignés par les ministres intéressés et le ministre des Finances et, sous réserve des ajustements nécessaires, aux départements, aux communes et aux établissements publics relevant de l'État, des départements et des communes* »

¹⁵¹ Loi n° 57-908 du 7 août 1957 tendant à favoriser la construction de logements et les équipements collectifs, art. 21 : « *la réglementation des marchés de travaux de l'État, des collectivités et établissements publics relève en permanence du pouvoir réglementaire et fait l'objet de décrets en Conseil d'État* ».

¹⁵² Cf. CE Ass. 27 mai 1960 *Sieur Lagaille*, rec. p. 369, implicite ; *AJDA* 1960 p. 105 chr. M. COMBARNOUS et J.-M. GALABERT, CE 30 avril 1969 *Société française d'alimentation saine*, rec. p. 232

¹⁵³ Article 94 du décret n° 60-724 du 25 juillet 1960 qui abroge l'article 21 de la loi du 7 août 1957 (sauf le 5^e alinéa) et article 2 du décret n° 66-887 du 28 novembre 1966 qui abroge l'article 1^{er} du décret-loi du 12 novembre 1938

¹⁵⁴ CE 29 avril 1981 *Ordre des architectes*, p. 197, *AJDA* 1981 p. 428 note B. GENEVOIS *Dalloz* 1981.IR. p.526 obs. P. DELVOLVÉ

¹⁵⁵ CE Ass. 5 mars 2003, *Ordre des avocats à la Cour d'appel de Paris*, *AJDA*, 2003 n° 14 p. 718-722, chr. F. DONNAT et D. CASAS ; *Contrats et marchés publics*, avril 2003, P. 4 concl. D. PIVETEAU et p. 24, n° 69 note Ph. DELELIS. Cet arrêt reprend l'argumentation de l'arrêt *Ordre des architectes*, mais en se concentrant sur le décret-loi de 1938.

¹⁵⁶ Le premier par le décret 2001-210 du 7 mars 2001, *Portant code des marchés publics*, J.O. n° 571 du 8 mars 2001 p. 3700 et 37001-37026 ; le second par le décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004, *Portant code des marchés publics*, J.O. n° 6 du 8 janvier 2004 p. 37003.

B) Les établissements publics locaux, une assimilation parfaite aux collectivités locales

344. La soumission des établissements publics au droit des marchés a suivi la même évolution textuelle que celle de leurs collectivités de rattachement (1). Aujourd'hui, tous les établissements publics locaux y sont soumis (2).

1) Une évolution textuelle parallèle

345. La notion d'établissement public local ne se trouve pas dans les premiers textes post-révolutionnaires sur les marchés publics. En revanche, on rencontre régulièrement celles d'établissements de charité, d'hospices ou d'hôpitaux. Ces derniers étaient en effet les premiers établissements locaux, le socialisme municipal des années 1930 n'ayant pas encore inauguré la multiplication des services, et la décentralisation n'ayant pas encore étendu le champ d'action des collectivités territoriales.

Ainsi, un premier décret du 10 brumaire An 14 traite des marchés de travaux des hospices et autres établissements de charité¹⁵⁷, deux ans avant qu'en 1808 des dispositions assimilables soient appliquées aux communes¹⁵⁸. Peu après, en 1809, comme les travaux communaux, ceux des hospices seront passés « dans les mêmes conditions que les travaux de l'État »¹⁵⁹. La situation ne changea pas avec la fameuse ordonnance des 14 novembre et 12 décembre 1837, si l'on excepte le fait que les établissements furent alors qualifiés « de bienfaisance »¹⁶⁰. Les travaux de ces « établissements publics locaux »

¹⁵⁷ Décret du 10 brumaire An 14 (1^{er} novembre 1805) *relatif aux constructions, reconstruction et réparations de bâtiments appartenants aux hospices et autres établissements de charité*, DUVERGIER, *Lois et Décrets*, Tome 15 p. 274. On trouve déjà dans ce texte l'essentiel de ce qui fera la législation des marchés publics jusqu'au milieu du XX^e siècle. Il impose une autorisation du ministre de l'intérieur pour les constructions et reconstructions de plus de 1000 F, et celle de sa Majesté au dessus de 10 000 F dans les administrations charitables des pauvres et hospices. « Art. 3 : Les constructions et reconstructions autorisées dans la forme prescrite par les articles précédents ne pourront être adjugés qu'en présence du préfet, du sous-préfet ou du maire, après deux publications par affiche, et par voie d'adjudication au rabais [adjudication restreinte]. »

¹⁵⁸ Par le décret du 17 juillet 1808 *sur les constructions et réparations des bâtimens communaux* [l'orthographe est celle du texte] ; *Recueil officiel de l'intérieur*, Tome 2, p. 95 ; DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 16 p. 294, Cité par G. JÈZE *Les contrats administratifs*, Paris, Giard ed., 1927 p. 79.

¹⁵⁹ Loi spéciale du 23 décembre 1809 *qui autorise des aliénations, acquisitions, concessions à rentes et échanges en faveur des pauvres et hospices de différentes communes* ; IV, *Bull.* 258, n° 5111 ; *Mon* du 24 décembre. Article 49 : « Tous les travaux qu'un hospice aura à faire en vertu de la présente loi seront, si fait n'a déjà été, évalués par devis, adjugés au rabais et ensuite faits, reçus et payés comme les travaux publics nationaux, sous l'inspection gratuite d'un ingénieur du département et sous la surveillance du préfet. » Cité par A. CHRISTOPHLE, *Traité théorique et pratique des travaux publics*, Paris, A. Marescq ed., Tome 1, 1862, p. 11. Voir aussi loi du 13 août 1851. Cette loi est aussi citée par D. SERRIGNY afin de justifier que les travaux des hospices soient qualifiés de travaux publics, in *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative, dans leurs rapports avec le droit civil*, Paris, Aug. Durand ed., 2^e ed. 1865 Tome 2, p. 180 n° 283.

¹⁶⁰ Ordonnance des 14 novembre-12 décembre 1837 *Portant règlement sur les entreprises pour travaux et fournitures au nom des communes et des établissements de bienfaisance*. Il s'agit de la même ordonnance que celle qui reprend l'application de l'adjudication à toutes les communes, sur le fondement de la loi de 1833. La règle fut reprise ensuite dans plusieurs textes : loi du 5 avril 1884, art. 89 et 90, 6° ; art. 115 modifié

furent alors qualifiés de travaux publics de façon parallèle aux travaux des communes, SERRIGNY développe même l'idée que le fondement de cette qualification était la possibilité indirecte d'exproprier¹⁶¹. Les textes postérieurs ont été plus techniques, réglementant la composition des commissions¹⁶², réévaluant les seuils en dessous desquels il était possible de passer des marchés sur facture¹⁶³ ou reprenant pour l'essentiel les dispositions antérieures¹⁶⁴. Si, avant la seconde guerre mondiale, les seuls marchés visés par les textes semblaient être les marchés des établissements de bienfaisance – ou assimilés –, la jurisprudence a étendu le principe de l'adjudication aux autres établissements publics avant que les textes ne l'aient fait¹⁶⁵.

346. L'évolution textuelle vers une prise en compte de tous les établissements publics locaux trouve son origine dans une ordonnance du 2 novembre 1945¹⁶⁶ qui ajoute aux « établissements communaux de bienfaisance ou d'assistance » les « syndicats de communes¹⁶⁷ ». Le décret du 1960 acheva cette généralisation en incluant expressément

par les lois du 17 juin 1918 et du 15 janvier 1924. Citées par G. JÈZE, *Les contrats administratifs*, Paris, Giard ed., 1927, p. 80

¹⁶¹ Il consacre tout un développement à cette qualification de travaux publics des hospices, en se fondant sur la loi du 3 mai 1841 *sur l'expropriation pour cause d'utilité publique*, leur permet d'exproprier par l'intermédiaire de leur commune de tutelle. *Op. Cit.* n° 683 p. 180

¹⁶² Loi des 7-13 août 1851, *sur les hospices et hôpitaux* art 8, 9, 10, 12 DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 51 (1851) p. 332 ; Bull. CDXXXI, n° 3139 ; cité par A. CHRISTOPHLE, *traité théorique et pratique des travaux publics*, 1862, A. Marescq ed. Tome 1 p. 12. Ce texte prévoit qu'un règlement d'administration publique rendu dans les six mois de la promulgation de la loi déterminera la composition des commissions administratives des hospices et hôpitaux (art 6). Cette commission a pour compétence de régler par ses délibérations (art 8) « le mode et les conditions des marchés pour fourniture et entretien dont la durée n'excède pas une année, les travaux de toute nature dont la dépense ne dépasse pas trois mille francs. » (art 9) : « la commission délibère également sur [...] les projets de travaux pour construction, grosses réparations et démolition dont la valeur excède trois mille francs ; les conditions ou cahiers des charges des adjudications de travaux et marchés pour fourniture ou entretien dont la durée excède une année... »

¹⁶³ Voir par exemple deux décrets du 15 mars 1957 qui réajustent les seuils en matière de marchés des « communes, établissements communaux de bienfaisance, hôpitaux et hospices. »

¹⁶⁴ Décret du 23 octobre 1935 *concernant les règles des marchés passés par les communes et établissements de bienfaisance*, DUVERGIER, *Lois et décrets*, Tome 35/II p. 672, J.O. du 24 octobre 1935, qui ne fait que modifier l'article 115 de la loi du 5 avril 1884 qu'avait déjà modifié le décret du 5 novembre 1926. L'essentiel consiste à des changements de seuils pour le caractère écrit des marchés, et leur caractère de gré à gré. Il est intéressant de noter que ce décret règle aussi l'approbation par le préfet des « les traités portant concession à titre exclusif ou pour une durée de plus de 30 ans des grands services municipaux »... la notion de commande publique n'est pas si loin.

¹⁶⁵ Voir par exemple l'arrêt du Conseil d'État du 27 novembre 1942 *Sté Bongrand et Dupin* rec. p. 335 qui répute applicables aux marchés de travaux des offices publics d'habitations à bon marché les dispositions de l'ordonnance du 14 novembre 1837, c'est-à-dire l'adjudication. Notons que ces mêmes marchés des offices publics d'H.L.M. seront ensuite soumis textuellement à adjudication par un décret du 10 mai 1955, art. 211 et 212.

¹⁶⁶ Ordonnance n° 45-2707 du 2 novembre 1945, *Relative à la réglementation des marchés des communes, des syndicats de communes et des établissements communaux de bienfaisance ou d'assistance*, J.O. du 5 novembre p. 7288, codifiées ensuite dans le code de l'administration communale appelé aussi code municipal, art 307 à 311 et 315 à 317, (qui est un décret du 22 mai 1957, au J.O. 12 juin 1957 p. 5490 et rectificatif au J.O. du 12 juin p. 5836) code qui deviendra ensuite le code des communes, puis le CGCT. Ce décret sera suivi d'autres, eux aussi intégré au code de l'administration communale, notamment un décret du 28 février 1957 pour les départements, ainsi que deux du 15 mars 1957 et un du 22 mai 1957 pour les communes, établissements communaux de bienfaisance, hôpitaux et hospices.

¹⁶⁷ Les syndicats de communes, qui sont les premiers établissements publics locaux de coopération existent depuis la loi du 5 avril 1884 qui en pose les bases dans ses articles 169 à 180. Ensuite la loi du

dans le droit des marchés publics non seulement tous les établissements publics communaux mais aussi tous ceux départementaux¹⁶⁸. Ce sont ces dispositions qui furent codifiées dans le Code des marchés publics de 1964, qui lui-même fut modifié pour être encore plus général puisqu'on appliqua naturellement ce droit aux établissements publics régionaux après 1986¹⁶⁹. L'assimilation des marchés des hospices à ceux des collectivités locales au début du XIX^e siècle est par conséquent à l'origine de l'assimilation des marchés des collectivités locales avec celui des leurs établissements publics à la fin du XX^e siècle, ces deux catégories de personnes publiques ayant entre temps été largement étendues.

2) Une extension à tous les établissements publics locaux

347. La pratique de ces textes va aussi dans le sens d'une application étendue des procédures de marché public à l'ensemble des établissements publics locaux. Ainsi, les établissements publics de coopération intercommunale sont-ils contraints de passer leurs marchés dans les conditions du Code des marchés publics. Il faut bien avouer que le développement de leurs rôles par la loi dite *Chevènement*¹⁷⁰ les rapproche de plus en plus de leurs collectivités de rattachement et que, de ce fait, le rapprochement de leurs régimes apparaît comme logique. On ne saurait pourtant oublier que la compétence des établissements publics, et des EPCI en particulier, est limitée par le principe de spécialité¹⁷¹. D'une part, cela peut conduire à des annulations au cas où le marché serait passé dans un domaine dans lequel l'établissement public n'est pas compétent. Ainsi, si une communauté de d'agglomération ne se voit pas confier la gestion de la distribution d'eau – cette compétence n'étant pas obligatoirement transmise¹⁷² –, les marchés visant à la satisfaction de ce besoin seront directement passés par les communes¹⁷³. D'autre part, une réponse ministérielle¹⁷⁴ a permis la création d'établissements publics locaux assimilables à des centrales d'achat : elle autorise en effet aux communes de confier à un EPCI leurs

22 mars 1900 et celle du 13 novembre 1917 viendront légèrement les modifier. Sur ce point, cf. M. HAURIOU *Précis de droit administratif et de droit public à l'usage des étudiants de licence (2ème et 3ème année) et en doctorat ès-sciences politiques*, Paris, 12^e ed., 1930, pp. 295-297 & 10^e ed. 1921 p. 317.

¹⁶⁸ Décret n° 60-724 du 25 juillet 1960 *relatif aux marchés passés au nom des départements, des communes, des syndicats de communes, des établissements publics départementaux et communaux*, J.O. 27 juillet p. 6923 *Dalloz* 1960, législation p. 260

¹⁶⁹ Il s'agit ici des établissements publics issus des régions-collectivités territoriales et non des régions-établissements publics qui préexistaient.

¹⁷⁰ Loi 99-586 du 12 juillet 1999 *relative au renforcement et à la simplification de la coopération intercommunale*, dite loi Chevènement, codifiée pour l'essentiel à la 5^e partie du Code général des collectivités territoriales.

¹⁷¹ C'est ce que rappellent les jurisprudences CE 18 mars 1963, *Sieur Lauterfing*, rec. p. 179 ; RDP 1963 p. 1051 ; CE 16 juillet 1941 *Syndicat de défense des contribuables de Goussainville* rec. p. 132, ce dernier arrêt rappelant le principe de la compétence des communes, limité par « l'utilité communale ».

¹⁷² Voir l'article L. 5216-5 CGCT

¹⁷³ L'arrêt CE 1 avril 1994 *Commune de Reau*, rec. Tables, p. 843-844 nous présente le cas inverse puisqu'il annule la passation d'un marché par une commune alors que la compétence – de la gestion de l'eau en l'espèce – revenait au syndicat d'agglomération nouvelle.

¹⁷⁴ Rep. Min. n° 10116 *JOAN (Q)* 1^{er} juin 1998 p. 3011 : *Dr. Adm.* 1998, n° 239 ; *BJCP* n° 1/98 p. 113, *MP-LRAP* n° 3/98 p. 6.